

Др Душан Ж. Николић, редовни професор  
Универзитет у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду  
D.Nikolic@pf.uns.ac.rs

Слобода Д. Мидоровић, асистент  
Универзитет у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду  
s.midorovic@pf.uns.ac.rs

## САВРЕМЕНА ЕВРОПСКА ПРАВНА ТЕОРИЈА О СОЦИЈАЛНОЈ ФУНКЦИЈИ ПРАВА СВОЈИНЕ: НЕМАЧКА ДОКТРИНА<sup>1</sup>

**Сажетак:** У Европи је од средине XIX века почела да се развија теорија о социјалној функцији права својине. Плејада чувених европских мислилаца којој су припадали Гирке, Јеринг, Диги, Хедеман, Менгер и Ренер указала је на потребу да се поједини приватноправни институти ограниче у јавном интересу. Неке од тих идеја су након Првог светског рата прихватили креатори правних система у више земаља. Теорија о социјалној функцији права својине је тако добила одјека и у чувеном Вајмарском уставу из 1919. године.

Ограничења права својине у јавном интересу постоје у свим савременим правним системима. Она су установљена законом, а у неким државама и уставом, као највишим правним актом. Та чињеница указује на значај социјалне функције права својине. Са историјског али и позитивноправног становишта посебну пажњу изискују правни систем и правна доктрина Немачке. Полазиште за регулисање социјалне функције права својине у тој земљи представља члан 14 Основног закона (Grundgesetz) из 1949. У првом

---

<sup>1</sup> Чланак је резултат рада на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду. Проф. др Душан Николић је написао следеће одељке: 1. Увод; 2. Ушлећење и развој теорије о социјалној функцији права својине; 6. Стандартизација немачког друштва и социјална функција права својине. Слобода Мидоровић је написала следеће одељке: 3. Законодавна рефлексивна теорија о социјалној функцији права својине; 4. Социјална функција права својине у немачкој правној теорији и 5. Социјална функција права својине у немачкој судској пракси.

ставу су загарантовани право својине и право наслеђивања, али је законодавцу дајто и овлашћење да проишце њихову садржину и оградичења. У дружому ставу ишце да право својине обавезује и да његово вршење ишреба да буде на добробити заједнице. Баријеру намеишању својинских оградичења иосиављају две основне Уставиом загарантоване вредности: људско достојанство (*die Würde des Menschen*) и право на слободан развој личности (*die freie Entfaltung der Persönlichkeit*). Немачки судови ишцише право својине као инструменти за осиварење достојанства, личне аутономије, приватности и као иреитиосиавку за слободан развој личности. Са друге стране, иосиоји ишв. институционална гаранција (*Institutionsgarantie*) која иодразумева право државе да уреди и оградичи неки институти у јавном иштересу. Тако је у случају *Naßauskiesung* Савезни уставни суд (*Bundesverfassungsgericht*) нашцао да је иодрецина иремиса Врховног суда иправе (*Bundesgerichtshof*) да власнику земљишца у складу са § 905 Немачког грађанског законика ирииада право на коришћење извора воде које се налазе на ишој иарцели. Параграфом 905 је ирописано „право власника земљишца ипросише се и на иросиор изнад и испод иовршине земље. Власник међушим не може забраниити иишцаје на ишим висинама или дубинама, уколико нема иштереса за њихово искључење.“ У вези са овим аргументиом Уставни суд је изнео став да не иосиоји иодударности између грађанскоиправног и уставноиправног иојма својине. Осим ишога, исиакао је да иоређење није иримерено јер у време доношења Немачког грађанског законика није иосиојала иошреба да се власницима земљишца оградичи коришћење иодземних вода. У међувремену су нарасле иошребе индустрије условиле значајне иромене које су довеле до измене иравне регулативе. Савезни уставни суд је осиорену меру сматирао дозвољеним оградичењем ирава својине у јавном иштересу. У раду су наведени и други иримери из ираксе судова Немачке који се односе на различите аспекти социјалне функције ирава својине.

Да би се ишекла реална и иоитиуна иредстава о социјалној функцији ирава својине у Немачкој, ишреба имати у виду и иоједине институти ириваиног ирава, иоити фидеикомиса и иородичних задужбина, које омођуђују да се велики део националног богаиштва издвоји из иравног иромейта у користи одређених слојева итановништва и иреивори у својеврсна добра мриве руке. Тој ироблематици је иосвећен завршни део овог рада.

**Кључне речи:** право својине; социјална функција; немачко право

## 1. УВОД

Након готово пола века доминације догматике, у савременој цивилистици су поново започете комплексне расправе у којима се најчешће сучељавају и прожимају ставови засновани на поставкама филозофије права,

социологије, економије и правне политике. Та квалитативна промена је не-сумњиво одраз збивања у друштву. Комплексније прилике изискују комплекснији приступ. Осим тога, дошло је до промена и у погледу тематике која заокупља пажњу правничке и шире јавности. У средиште интересовања су поново доспеле неке теме о којима се дуго није разговарало. Једна од њих је социјална функција права својине<sup>2</sup>. Кључно питање је какву улогу у правном систему има тај институт, какве ефекте производи и какве ефекте би требало да производи у одређеном друштву, времену и простору. У условима драстичне имовинске раслојености појединих друштава и човечанства у целини, треба преиспитати доминантни неолиберални концепт права својине и успоставити баланс између приватних и јавних интереса. При том треба имати у виду искуства из прошлости, као и искуства из упоредног права, међу којима су посебно важна она која имају развијене, стабилне и добро организоване државе, попут Немачке.

## 2. УТЕМЕЉЕЊЕ И РАЗВОЈ ТЕОРИЈЕ О СОЦИЈАЛНОЈ ФУНКЦИЈИ ПРАВА СВОЈИНЕ<sup>3</sup>

У Европи се, од Француске буржоаске револуције циклично смењују два модела својинских односа. Један карактеришу правни и економски либерализам, а други, наглашени државни интервенционизам.

Либерални концепт права својине је озвучен француском *Декларацијом о њравима човека и грађанина (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)* из 1789. године, а потом прецизније уређен Француским грађанским закоником (*Code civil des Français*) из 1804. године. Његову суштину одређују две норме Наполеновог законика. Чувеним чланом 544 утврђено је да је својина право уживања и располагања стварима на најапсолутнији начин, у границама одређеним законима и прописима.<sup>4</sup> У следећем, 545. члану речено је да нико не може бити приморан да се одрекне свог власништва,

<sup>2</sup> Маја 2011. године на Универзитету *Fordham* (САД), одржан је симпозијум под називом *Social Function of Property: A Comparative Perspective*. Септембра 2013. године у Конгресном центру Словачке академије наука у Смоленицама, одржан је међународни научни скуп *Weaker Party Protection in Private law*. Септембра 2017. године, на истом месту, одржана је међународна научна конференција *XIII Dies Luby Iurisprudentiae: Social Function of Law and Growing Wealth Inequality*, под уредништвом проф. др Јана Лазара (*Ján Lazar*), некадашњег председника радне групе за израду нацрта новог Грађанског законика Словачке.

<sup>3</sup> Текст овог одељка је већим делом преузет из: Душан Николић, „Климатске промене и грађанско право – елементи за стратегију прилагођавања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4-2013, 69-70.

<sup>4</sup> „La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements“.

изузев због опште користи и уз претходну правичну накнаду.<sup>5</sup> Под утицајем француске доктрине, у Европи је дуго владало мишљење да власник има пуну слободу у погледу коришћења ствари и да је у остваривању свог права ограничен искључиво правима других лица. Међутим, на размеђи XIX и XX века појавила се нова струја у правној науци, чији су припадници сматрали да право својине треба схватити на другачији начин. Један од главних протагониста новог приступа био је немачки правни теоретичар Ото фон Гирке (*Otto von Gierke*) који је 1889. године објавио студију о социјалној улози приватног права.<sup>6</sup> Посебну пажњу на међународном плану изазвали су радови француског теоретичара Леона Дигија (*Léon Duguit*). Он је у оквиру шест предавања одржаних у Буенос Аиресу 1911. године изнео мишљење да својина није право у класичном смислу, већ *социјална функција* (*théorie de la fonction sociale du droit de la propriété*). Једна од основних теза је била да власник не треба да има пуну слободу у погледу коришћења ствари. По Дигију, предмет права својине треба користити не само у приватном, већ и у јавном интересу. Држава има право (и задатак) да власника у томе охрабри, а по потреби и да га казни због занемаривања такве дужности. Осим тога, органи државне власти треба да одреде и начин на који ће право бити остваривано у јавном интересу. То подразумева одређивање услова за коришћење одређених добара и прописивање одговарајућих мера. Социјалном функцијом права својине и других приватноправних института бавио се и аустријски правни теоретичар и политичар Карл Ренер (*Karl Renner*).<sup>7</sup> Наведена размишљања нису остала на теоријској равни. Она су била идејна (и идеолошка) подлога за развој правне регулативе у већем броју земаља, а у значајној мери су утицала и на креирање судске праксе.<sup>8</sup>

### 3. ЗАКОНОДАВНА РЕФЛЕКСИЈА ТЕОРИЈЕ О СОЦИЈАЛНОЈ ФУНКЦИЈИ ПРАВА СВОЈИНЕ

Увек када законодавац власнику налаже одређено понашање или уздржавање од одређеног понашања у односу на ствар, до изражаја долазе нарочити интереси друштвене заједнице и нарочита социјална функција права својине.

Ограничења права својине у општем интересу постоје у свим савременим правним системима. Она су установљена законом, а у неким државама

---

<sup>5</sup> „Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité“.

<sup>6</sup> Otto von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889.

<sup>7</sup> Вид. Карл Ренер, *Социјална функција љавних инстипијуија*, Београд 1960.

<sup>8</sup> Вид. нпр. Одлуку Суда правде Европских заједница (ЕУ) С-347/03, *Tocai – Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia v. Agenzia regionale per lo sviluppo rurale*.

и уставом, као највишим правним актом. Та чињеница указује на значај који се придаје праву својине и његовој социјалној функцији. Са историјског али и позитивноправног становишта посебну пажњу изискује правни систем Немачке.

У наставку рада анализиране су одредбе немачког Устава (*Grundgesetz*) из 1949. године које представљају правни основ за наметање власницима социјалних дужности (*Sozialpflichten*). Посебна пажња посвећена је односу социјалне обавезе и експропријације, те границама до којих је дозвољено ограничавати право својине у интересу друштвене заједнице. Наведена проблематика је сагледана са становишта важеће правне регулативе, актуелних теоријских поставки и репрезентативне судске праксе. У том контексту изложена је аргументација Савезног уставног суда Немачке (*Bundesverfassungsgericht*) из два случаја која су се тичала дозвољености наметања социјалних обавеза власницима. У завршном делу рада отворена су нека питања која се тичу социјалне функције права својине и инструмената приватног права, попут фидеикомиса и породичних задужбина, који омогућују изузимање значајног дела друштвеног богатства из правног промета и његово претварање у својеврсна *добра мртве руке*.

#### 4. СОЦИЈАЛНА ФУНКЦИЈА ПРАВА СВОЈИНЕ У НЕМАЧКОЈ ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ

У овом контексту посебно је значајан члан 14 немачког Устава.<sup>9</sup> Његовим првим ставом се гарантује право својине и право наслеђивања и уједно се даје мандат законодавцу да пропише њихову садржину и ограничења. Већ из овог првог става произлази да се, с једне стране право својине гарантује, али да, исто тако та гаранција не представља препреку за законодавца да предвиди извесна ограничења својинских овлашћења. Други став чл. 14 представља директан одраз идеје о социјалној функцији својине. Њиме је предвиђено да својина обавезује и да њена употреба истовремено треба да буде на добробит заједнице. У последњем, трећем ставу чл. 14 дозвољена је експропријација у јавном интересу, с тим да се она може спровести само на основу закона који прописује врсту и обим накнаде. Цитирани члан представља део ширег оквира који је био замишљен у циљу да се Немачка дистанцира од дешавања током Другог светског рата. У том смислу, социјална обавеза власника може се схватити као својеврсна конкретизација принципа правне државе (*Rechtsstaat*) и државе благостања (*Sozialstaat*) из чл. 20 и 28(1) Устава.

---

<sup>9</sup> Вид. [https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg\\_01/245122](https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01/245122), 20. децембар 2017.

Сваки од наведених ставова цитираног члана је битан за анализу праксе Савезног уставног суда Немачке, а нарочито за опредељивање границе између социјалне обавезе која се власнику намеће и за коју му, по правилу, не припада право да потражује накнаду и експропријације, која увек повлачи право на накнаду. Идентификовање ове границе је нарочито тешко у граничним случајевима, нарочито онда када се не ради директно о експропријацији, него о мерама које се у ефектима практично изједначавају са њом.<sup>10</sup>

Као што је речено, немачки Устав подвргава право својине тзв. социјалној обавези. То значи да свако од својинских овлашћења може бити ограничено у интересу друштвене заједнице. Између мера које имају за последицу ограничења права својине на име социјалне обавезе и експропријације нема знака једнакости. У највећем броју случајева власник трпи ограничења својине на име социјалне обавезе „на своју штету“. То значи да он најчешће сам сноси трошкове мера које му у јавном интересу намеће законодавац. Изузетно, ограничења својинскоправних овлашћења на име социјалне обавезе могу да доведу до примене извесних мера ради њиховог ублажавања (*Ausgleichsbestimmungen*). То ће бити случај само у ситуацији када дата обавеза, односно ограничење оптерећује конкретног власника преко разумне мере.<sup>11</sup> Из тог произлази да приликом прописивања социјалне обавезе треба водити рачуна о принципу сразмерности (*Verhältnismäßigkeit*). Истовремено, приликом наметања конкретне обавезе мора се водити рачуна и о начелу правне једнакости (*der Gleichheitssatz*)<sup>12</sup> као и о потреби да се приватни интереси власника доведу у равнотежу са интересима друштвене заједнице.<sup>13</sup>

Имајући у виду да се првим ставом чл. 14 гарантује право својине уз истовремено предвиђање могућности њеног ограничење, поставља се питање где се налази праг који законодавац не сме да пређе када прописује ограничења права својине. Баријеру у наметању својинских ограничења постављају две основне Уставом загарантоване вредности: људско достојанство (*die Würde des Menschen*)<sup>14</sup> и право на слободан развој личности (*die freie Entfaltung der Persönlichkeit*)<sup>15</sup>. Док год се не доведу у питање ова два, из угла немачког Устава основна људска права, законодавац може да прописује ограничења права својине позивајући се на то да она подразумева обавезе које власник треба да испуни према друштву.<sup>16</sup> Немачки судови, дакле, штите право својине

<sup>10</sup> Wolfgang Lüke, *Sachenrecht*, 3. Auflage, C.H.Beck, München 2014, 48, 49.

<sup>11</sup> *Ibid*, 48; BVerfGE 58, 137 Pflichtexemplar, пасус 50, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv058137.html>, 27. децембра 2017.

<sup>12</sup> BVerfGE 58, 137, пасус 50.

<sup>13</sup> *Ibid*, пасус 57.

<sup>14</sup> Вид. чл. 1 Устава Немачке.

<sup>15</sup> Вид. чл. 2 Устава Немачке.

<sup>16</sup> Rebecca Lubens, „The Social Obligation of Property Ownership: A Comparison of German and U.S. Law“, *Arizona Journal of International and Comparative Law* Vol. 24, No. 2/2007, 389, 390.

као инструмент за остварење достојанства, личне аутономије, приватности и као претпоставку за слободан развој личности.<sup>17</sup> „Својина је основно људско право које је тесно повезано са гаранцијом личне слободе. Њена сврха се огледа у јемчењу слободе у имовинскоправној сфери како би власник могао самостално да организује свој живот.“<sup>18</sup>

Будући да право својине, с једне стране, треба да осигура опстанак појединца, а да истовремено служи и остварењу општих интереса, у немачкој литератури, а често и у образложењима одлука судова, својина се посматра кроз призму две гаранције. Прва је тзв. индивидуална гаранција (*Bestandsgarantie*) којом се гарантују овлашћења која припадају појединцу у конкретном случају. Друга је тзв. институционална гаранција (*Institutionsgarantie*) која подразумева право државе да уреди и ограничи неки институт, с тим да ограничења не смеју да задиру у саму срж института (*Kernbestand*), односно не смеју да га лише сврхе његовог постојања.<sup>19</sup> Однос индивидуалне и институционалне гаранције одређује меру преко које законодавац не може ограничавати право својине, јер би у супротном оно било у потпуности обесмишљено.<sup>20</sup> Приликом процене која овлашћења улазе у неповредиво језгро права својине узимају се у обзир околности конкретног случаја као и субјективна својства и потребе сваког власника понаособ.<sup>21</sup>

## 5. СОЦИЈАЛНА ФУНКЦИЈА ПРАВА СВОЈИНЕ У НЕМАЧКОЈ СУДСКОЈ ПРАКСИ

У досадашњој пракси немачких судова значајан број поступака који се тичу права својине вођени су са циљем да се утврди да ли је законодавац прекорачио своја овлашћења из члана 14 став 1 и 2. За већину случајева заједничко је питање да ли законом наметнуто ограничење својине задира у срж својинских овлашћења, или је, пак, реч о ограничењу које је власник дужан да поднесе као својеврсну жртву зарад остварења општих интереса. У најистакнутијим случајевима обрађена су питања која се тичу: ограничења права својине ради осигурања несметаног водоснабдевања,<sup>22</sup> спровођења мере консолидације земљишта,<sup>23</sup> одржавања и очувања културних добара

<sup>17</sup> Gregory Alexander, „Property as a Fundamental Constitutional Right? The German Example“, *Cornell Law Review* Vol. 88/2003, 739.

<sup>18</sup> BVerfGE 24, 367 – Hamburgisches Deichordnungsgesetz, пасус 94, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv024367.html>, 26. децембар 2017.

<sup>19</sup> <http://www.lexexakt.de/glossar/institutionellegarantie.php>.

<sup>20</sup> R. Lubens, 408.

<sup>21</sup> *Ibid*; BVerfGE 68, 361.

<sup>22</sup> BVerfGE 1981, 58.

<sup>23</sup> BVerfGE 2001, 104.

од стране власника,<sup>24</sup> заштитног законодавства намењеног закупцима које се односи на лимитирање износа закупнина<sup>25</sup> и на рестриктивно постављену могућност отказа уговора о закупу од стране закуподавца.<sup>26</sup> Због ограничености простора, овде ће бити изложена само два случаја о којима се изјаснио Савезни уставни суд Немачке и у којима је заузео значајне ставове по питању граница заштите својине.

У случају *Nafbauskiesung* (у преводу: вађење шљунка)<sup>27</sup> поставило се питање да ли су одредбе Закона о водама (*Wasserhaushaltsgesetz*), које предвиђају подвођење подземних вода под јавноправни режим и самим тим њихово искључење из корпуса власничких овлашћења без исплате накнаде власницима, у складу са чл. 14 немачког Устава. На основу спорног Закона одбијен је захтев тужиоца којим је тражено издавање дозволе за вађење шљунка и песка са његове парцеле.<sup>28</sup> Радило се о привредној делатности коју је тужилац обављао деценијама уназад и која нужно подразумева задирање у подземне воде. Оспореним Законом је било предвиђено да треба одбити издавање дозволе уколико намеравани начин црпљења воде може угрозити благостање целокупне друштвене заједнице, а нарочито јавно снабдевање водом. У конкретном случају проблем се састојао у томе што су се парцеле са којих је тужилац вадио шљунак налазиле у непосредној близини зоне заштите око предузећа за снабдевање становништва водом. У бојазни да ће наставак обављања тужиоцеве делатности довести до контаминације оближњег изворишта за снабдевање водом, надлежни орган одбио је да изда тражену дозволу.<sup>29</sup> Реагујући на ову меру, тужилац је поднео тужбу против надлежне покрајине тражећи исплату одговарајуће накнаде, тврдећи да забрана издавања дозволе за вађење шљунка представља меру којом је експроприсана његова непокретност.<sup>30</sup>

У поступку за оцену уставности кључно је било питање да ли се законско изузимање могућности задирања у подземне воде сматра мером прописивања садржине и ограничења права својине или, пак, мером експропријације. Од ове квалификације зависило је питање да ли тужиоцу треба да припадне право на накнаду, јер се она може исплатити само у случају експропријације, под условом да је законом предвиђена њена врста и висина. У току поступка Савезни уставни суд је нашао да је погрешна премиса Врховног суда правде (*Bundesgerichtshof*) да власнику земљишта у складу са § 905 Немачког грађанског законика припада право на коришћење извора

<sup>24</sup> BVerfGE 1999, 100.

<sup>25</sup> BVerfGE 1974, 37.

<sup>26</sup> BVerfGE 68, 361.

<sup>27</sup> BVerfGE 58, 300, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv058300.html>, 4.1.2017.

<sup>28</sup> *Ibid*, пасус 1.

<sup>29</sup> *Ibid*, пасуси 65-67.

<sup>30</sup> *Ibid*, пасус 68.



воде које се налазе на тој парцели.<sup>31</sup> Наиме, према § 905 „право власника земљишта простире се и на простор изнад и испод површине земље. Власник међутим не може забранити утицаје на тим висинама или дубинама, уколико нема интереса за њихово искључење.“<sup>32</sup> У вези са овим аргументом Уставни суд је изнео став да не постоји подударност између грађанскоправног и уставноправног појма својине.<sup>33</sup> Осим тога, Уставни суд је истакао да поређење није примерено јер у време доношења Немачког грађанског законика није постојала потреба да се власницима земљишта ограничи коришћење подземних вода. У међувремену су нарасле потребе индустрије условиле значајне промене које су довеле до измене правне регулативе.<sup>34</sup> Савезни уставни суд је оспорену меру сматрао дозвољеним ограничењем права својине у јавном интересу. Истакао је да спорна мера не представља експропријацију будући да власник земљишта и даље може да га користи на све друге начине који не подразумевају задирање у подземне воде.<sup>35</sup> Суд је подвукао да чл. 14 ст. 1 Устава Немачке гарантује само језгро, односно срж (*Kernbestand*) својинских овлашћења, и да у то језгро не улазе овлашћења која према § 905 Немачког грађанског законика припадају власнику земљишта.<sup>36</sup> С обзиром на значај подземних вода у систему јавног снабдевања не би било оправдано препустити њихову употребу слободном нахођењу појединца. Због тога се из угла уставног права не може оспорити могућност законодавца да подведе подземне воде под јавноправни режим.<sup>37</sup> „Из уставноправне гаранције права својине не проистиче право на онај вид употребе ствари који власнику омогућава да оствари највећу могућу економску корист.“<sup>38</sup> Уколико је у неком моменту тужиоцу и припадало право на употребу подземних вода, то не значи да му је то право вечно загарантовано. Законодавац у складу са чл. 14 ст. 1 Устава може редефинисати правну позицију власника уколико то налажу интереси заједнице. Ипак, у том случају, законом треба предвидети одговарајуће транзиционе мере како би се спречило урушавање поверења у стабилност правног система.<sup>39</sup>

Други случај се тичао Закона о заштити споменика културе покрајине *Rheinland-Pfalz*.<sup>40</sup> У току поступка се поставило питање да ли је у складу са

<sup>31</sup> *Ibid*, пасус 85.

<sup>32</sup> Вид. W. Lüke, 47, пасус 128.

<sup>33</sup> BVerfGE 58, 300, пасуси 162.

<sup>34</sup> BVerfGE 58, 300, пасуси 176, 178.

<sup>35</sup> *Ibid*, пасус 87.

<sup>36</sup> *Ibid*, пасус 94.

<sup>37</sup> *Ibid*, пасус 189.

<sup>38</sup> *Ibid*, пасус 191.

<sup>39</sup> *Ibid*, пасус 212.

<sup>40</sup> BVerfGE, 1999, 100, 226 – 248. [http://www.bverfg.de/e/ls19990302\\_1bvl000791.html](http://www.bverfg.de/e/ls19990302_1bvl000791.html), 29. децембар 2017.

уставном гаранџијом својине одредба која предвиђа да се уклањање споменика културе у приватном власништву може дозволити ако је то у јавном интересу, при чему Закон није предвидео да приликом одлучивања треба уважити и интересе самог власника.<sup>41</sup> Дакле, да би власник смео да уклони објекат који се према Закону сматра спомеником културе, потребна му је дозвола надлежног органа. У конкретном случају у улози тужиоца се нашла фирма која је била власник виле с краја XIX века, корисне површине преко 950 м<sup>2</sup> која је стајала празна од 1981. године.<sup>42</sup> С обзиром на то да тужилац није користио вилу, те да није могао ни да нађе заинтересоване купце ни закупце, а да су трошкови њеног одржавања износили око 300.000 немачких марака годишње, за тужиоца је једино рационално решење било уклањање објекта. Међутим, његов захтев за рушење виле био је одбијен.<sup>43</sup>

О спорном питању се изјаснио Савезни уставни суду са задатком да оцени да ли је противна Уставу одредба Закона о одржавању споменика културе која издавање одобрења за рушење непокретности под заштитом условљава само постојањем општих интереса уз потпуно игнорисање приватних интереса власника споменика културе.<sup>44</sup> Суд је нашао да се на овај начин, иза забране рушења фактички скрива мера која има упоредива дејства са експропријацијом.<sup>45</sup> Да ли се у конкретном случају ради о ограничењима својинских овлашћења на име испуњења социјалне обавезе или је, пак, реч о експропријацији зависи од тога шта је од права својине преостало.<sup>46</sup> Праг је прекорачен онда када услед ограничења коришћења више не постоји могућност употребе објекта у приватне сврхе. Тада испада да власник одржава споменик културе искључиво у општем интересу а да сам нема никакве користи од тога.<sup>47</sup> Реч је о мери којом се толико дубоко задире у супстанцу својине, да се практично власник лишава могућност употребе објекта у приватне сврхе. Такве мере прелазе праг уставнокомфорних одредаба којима се прописује садржај и ограничења права својине.<sup>48</sup> Таква мера не може се „излечити“ досуђивањем накнаде, јер би у том случају индивидуални интереси власника (*Bestandsgarantie*) били у потпуности истиснути јавним интересима, који по свом значају не завређују формалну експропријацију.<sup>49</sup> Приликом прописивања садржаја и ограничења својине у смислу чл. 14 ст. 1 реченица 2 Устава законодавац мора да узме у обзир и интересе

<sup>41</sup> *Ibid*, пасус 2.

<sup>42</sup> *Ibid*, пасус 45.

<sup>43</sup> *Ibid*, пасус 47.

<sup>44</sup> *Ibid*, пасус 53, 54.

<sup>45</sup> *Ibid*, пасус 56.

<sup>46</sup> *Ibid*, пасус 57.

<sup>47</sup> *Ibid*, пасус 57.

<sup>48</sup> *Ibid*, пасус 69.

<sup>49</sup> *Ibid*, пасус 70.

власника који завређују заштиту као и интересе друштвене заједнице и да их доведе у уравниожен однос.<sup>50</sup> Заштита споменика културе представља легитимну бригу законодавца ради њиховог очувања који оправдава намеће ограничења својине у смислу чл. 14 ст. 1 Устава.<sup>51</sup> Условљавање предузимања значајнијих мера у погледу споменика културе, укључујући и њихово рушење оправдано је подвргнуто издавањем одобрења и, по правилу, ускраћивање одобрења не представља несразмерно оптерећење за власника.<sup>52</sup> Када су у питању културна добра, власник мора да се помири са тим да у светлу чл. 14 ст. 2 Устава неће увек моћи да остварује право својине на рентабилан начин, тим пре што овај члан не штити употребу својине у лукративне сврхе.<sup>53</sup> Међутим, уколико услед заштите споменика културе власнику не преостаје никаква могућност смислене употребе својинског објекта, уколико он не може да искористи објекат својине ни на један разуман начин, нити може да га отуђи, елиминише се свака његова корисност. Када се уз то узму у обзир и мере одржавања које за власника представљају терет који он сноси искључиво у јавном интересу, ради се о правној позицији која не завређује да буде названа својином. Тада одбијање издавања дозволе за рушење престаје да буде разумно. Уколико се, пак, ради о објектима изразито наглашеног културноисторијског значаја, интерес заједнице за њеним очувањем може се постићи његовом експропријацијом.<sup>54</sup>

## 6. СТРАТИФИКАЦИЈА НЕМАЧКОГ ДРУШТВА И СОЦИЈАЛНА ФУНКЦИЈА ПРАВА СВОЈИНЕ

У претходним одељцима овога рада размотрени су репрезентативни примери ограничавања права својине у јавном интересу. Они потврђују чињеницу да су у немачком уставном и приватном праву развијени механизми који омогућују држави да успостави равнотежу између својинских овлашћења која имају власници ствари и оправданих потреба друштвене заједнице. У складу са начелом правне једнакости, пред законом су сви једнаки. То би требало да значи да сви остварују својинска овлашћења под једнаким условима. Међутим, у немачком праву паралелно постоје механизми који омогућују да се одређене имовинске целине, а тиме и део друштвеног богатства, дугорочније или чак и трајно изузму из тржишне утакмице, односно, правног промета. То за последицу има одржавање друштвене структуре која је

<sup>50</sup> *Ibid*, пасус 83.

<sup>51</sup> *Ibid*, пасус 88.

<sup>52</sup> *Ibid*, пасус 90.

<sup>53</sup> *Ibid*, пасус 91.

<sup>54</sup> *Ibid*, пасус 92.

карактеристична по високом степену социјалне раслојености (стратификације).

Према Извештају Центра ОЕCD за могућности и једнакост (*OECD Centre for Opportunity and Equality*) о узроцима неједнакости у Европи, из 2017. године, наведено је да је капитал највише сконцентрисан на врху друштвене структуре, односно, међу најбогатијима, у Немачкој, Аустрији и Холандији.<sup>55</sup>

Имовински односи нису статични и непроменљиви. У већини земаља постоје уставне нормe којима се гарантују право својине и слобода располагања имовином (правним пословима *inter vivos* и *mortis causa*). Тако је и у Немачкој. Међутим, у немачком правном систему и даље постоји институт породичног фидеикомиса, који је био карактеристичан за феудално друштвено уређење. Као што је познато, он омогућује оставиоцу да своју имовину остави у наслеђе потомку који стиче ограничену право својине на наслеђеним добрима. Наследник не може располагати наслеђеном имовином правним пословима *inter vivos*, већ је дужан да је очува и пренесе на свог потомка (најчешће најстаријег мушког потомка – *ѡринциј ѡримођениѡуре*). Његово право својине је значајно сужено, а право располагања сведено на минимум.

Сличну функцију у немачком праву имају породичне задужбине. Оне се оснивају у корист садашњих и будућих чланова одређене породице. За разлику од породичног фидеикомиса, издвојена добра не остају у породичном власништву, већ постају имовина задужбине, као правног лица. Међутим, она служе искључиво за задовољавање потреба и интереса уског круга бенефицијара.<sup>56</sup>

Очигледно је да су општа правила којима је на директан или индиректан начин одређена социјална функција права својине у значајној мери ограничена другим правним институтима који омогућују установљавање посебног правног режима у корист ужих друштвених група.

---

<sup>55</sup> Вид. *Understanding the Socio-economic Divide in Europe Background Report 26 January 2017*

<https://www.oecd.org/els/soc/cope-divide-europe-2017-background-report.pdf>, 26. јануар 2017. Насупрот томе, у Великој Британији, у којој постоје највеће разлике у зарадама, дистрибуција богатства је на нивоу просека.

<sup>56</sup> Вид. Душан Николић, „О породичним задужбинама“, *Право, ѡеорија и ѡпракса* 12/1997, 65-69; Душан Николић, „Property Law in Serbia: Both Autonomous Legal Development and Legal Transplant“, у: *Private Law in Eastern Europe*, (ed. Christa Jessel Holst, Rainer Kulms and Alexander Trunk), Mohr Sebeck Tubingen 2010, 259-267.; Душан Николић, „Утицај негативних каматних стопа на рад задужбина и фондација“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2015/4, 1509-1518.

Dušan Ž. Nikolić, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
D.Nikolic@pf.uns.ac.rs

Sloboda D. Midorović, Assistant  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
s.midorovic@pf.uns.rs

### **Contemporary European Legal Theory of the Social Function of Ownership: German Doctrine**

**Abstract:** *Since the middle of XIX century the theory of the social function of ownership began to develop in Europe. An array of renowned European thinkers such as Gierke, Jehring, Duguit, Hedemann, Menger and Renner indicated the need to constrain specific private-law institutes in the public interest. Some of these ideas were embraced by the creators of the legal systems of several countries in the aftermath of the First World War. The theory of the social function of ownership, thus, was accepted in the famous Weimar Constitution.*

*Limitations of ownership right in the public interest could be traced in all contemporary legal systems. They have been established by laws, whereas in some countries they have been envisaged in constitutions as the most supreme legal act. This fact underlines the importance of the social function of ownership. From the historic, as well as, currently applicable law point of view, German legal system and its doctrine deserve special attention. Starting point for social function of ownership in Germany presents Article 14 of the Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz) from 1949. In its first paragraph the right to ownership and inheritance are guaranteed, whereby at the same time, the legislator is authorized to foresee their content and limits. In the second paragraph, it has been stipulated that the ownership right entails obligations and that it shall serve the public good. Nevertheless, two fundamental values guaranteed by the Constitution: human dignity (die Würde des Menschen) and the right to free development of personality (die freie Entfaltung der Persönlichkeit) shall be considered as barriers to the imposition of ownership limitations. Accordingly, German courts protect the ownership right in as much as it is necessary for the realization of human dignity, personal autonomy, privacy and free development of personality. On the other hand, the so called institutional guarantee (Institutionsgarantie) implies the right of the state to limit certain institute in the public interest. In*

*that sense, Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) took the stance in the case Naßauskiesung that the Supreme Court of Justice (Bundesgerichtshof) took the wrong view that the land owner enjoys, pursuant to § 905 of the German Civil Code, the right to use the water sources within specific land plot. Namely, § 905 envisages that “The right of the owner of a plot of land extends to the space above the surface and to the subsoil under the surface. However, the owner may not prohibit influences that are exercised at such a height or depth that he has no interest in excluding them”. Connected therewith, the Constitutional Court asserted that there is no coincidence between the civil law and constitutional law understanding of ownership. It, furthermore, contended that the comparison is not an appropriate one, given that, in the time when the German Civil Code was enacted the need to limit the right of the land owners to use underground water did not exist. Meanwhile, a rapid growth of industry led to the significant changes which caused also changes of legal regulations. Federal Constitutional Court, thus, viewed the disputed measure as an acceptable limitation of ownership right in the public interest. The paper also analyzes other examples from the German jurisprudence which pertain to the various aspects of the social function of ownership.*

*In order to gain a complete insight into the social function of ownership in Germany, one needs to consult some private law institutes such as fideicommissum and family endowments. They enable exclusion of large portions of national wealth from legal transactions in favor of certain social strata and turning it into the so called mortmain (dead hand). The last part of the article is dedicated to this matter.*

**Keywords:** *ownership right; social function; German law.*

Датум пријема рада: 21.05.2018.