

U.F. 203

Dr. Milutinović - Bеоград

А Н А Л И

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

МАРТ — АПРИЛ
1969.

Уређивачки одбор:

Др Војислав Бакић (главни и одговорни уредник),
Др Смиља Аврамов, Др Велимир Васић, Др Драгаш Ден-
ковић, Др Драгољуб Димитријевић, Др Владимир Јова-
новић, Др Љубица Кандић, Др Драгољуб Кавран (секре-
тар Уређивачког одбора)

Лектор Душица Гутеша

Технички уредник и коректор Вукосава Манојловић

АНАЛИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XVII

Март—Април 1969.

Број 2

НЕКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ СТАРИХ КОДЕКСА*

Предмет нашег разматрања овде биће најстарији зборници закона који су нам познати. Они су необично занимљиви како са историјске, тако и са правне тачке гледишта, јер нам дају могућност дубоког увида у постанак права уопште, у друштвене услове под којима су настајали, као и неке специфичне проблеме од којих неки ни до данас нису до краја решени.

Број сачуваних кодекса које можемо убројати у старе, сразмерно је мали. У малом броју случајева располажемо оригиналним текстовима или фрагментима, па се морамо задовољити преписима, појединачним цитатима код доцнијих писаца, или само препричавањем неких места из њих, а када чак само са најопштијим спомињањем постојања таквих зборника. Ипак цео тај материјал, који је знатно допуњен материјалима откривеним у скорој прошлости и стално се допуњава новим, омогућује нам да вршимо извесне анализе и синтезе и да, са не малим степеном вероватности и убедљивости, дођемо до извесних уопштавања и закључака.

1. *Преглед познатих старих кодекса.* — Пре него што бисмо прешли на даља разматрања, осврнимо се најкраће на поједине старе зборнике, да бисмо у даљим излагањима могли бити нешто илустративнији.

Закони у Мојсијевом петокњижју били су познати још пре почетка наше ере. Међутим, захваљујући нарочито јеврејској и хришћанској теологији, све до XIX века гледало се на целу Библију, а нарочито на Мојсијеве законе, као на неку божанску објаву, насталу одједном. Тек новија научна анализа показала нам је да су тзв. Мојсијеви закони збир текстова, који су стварани постепено, током више столећа. Њихов најстарији део, тзв. Закон о савезу, који се налази у данашњем поглављу XXI и XXII тзв. друге књиге Мојсијеве, настао је, изгледа, негде у IX веку пре н.е., а записан је тек много касније. Доцнији записивачи унели су многе измене у пратекст. Тек пре неколико деценија наука је успела да очисти пратекст од ових измена.

* Овај рад представља сажета излагања курса одржаног 1961. године студентима трећег ступња Правног факултета у Београду. Објављујемо га, у облику у коме је нађен међу необјављеним рукописима пок. професора Вајса, поводом петогодишњице његове смрти.

У.Ф. 200000203.



Исто тако нам је сразмерно давно познат тзв. Закон XII таблица, најстарији споменик римског писаног права. Сматра се да је он донет око 450 г. пре н.е., дакле, неколико деценија после стварања републике у Риму. Његов оригинални текст нам није сачуван, већ познајемо само фрагменте који су цитирани у многим делима каснијих писаца.

Такође смо нешто знали и о најстаријим грчким законима, од којих ниједан није сачуван, него су фрагментарни трагови или поједина места спомињана у делима каснијих грчких писаца. Спомиње се више таквих старих грчких законодаваца, као што су, на пример, Ликург у Спарти и Дракон у Атини. Према ономе што знамо, ти закони су настали око VIII века пре н.е. Нешто новији су тзв. Солонови закони, из краја VI века пре н.е., о којима нам је знатно више познато из грчке историографске и филозофске литературе.

XIX век нам је донео извесна ближа сазнања о неком староегипатском закону од 40 свитака, донетом за време XVIII династије. Текст није сачуван ни у фрагментима. Крај XIX века нам је такође донео једини старогрчки законик сачуван у оригиналу, тзв. Гортински закон из V века пре н.е., који је пронађен 1884. године.

Најзад, био је познат низ тзв. Варварских закона, који су настали у првим столећима средњег века у Европи. То су, на пример: Салијски, Визиготски, Саксонски, Бајуварски и Алемански законици на континенту, Етелбертови закони у Енглеској и Ховел Доа у Велсу. Ови и њима слични закони настали су временски много касније него напред поменути законици робовласничког периода, (углавном између V и IX века наше ере), али по својој форми, структури, садржини и општем степену развијености несумњиво спадају у архаичне кодексе, и већином су — као целине — одраз много примитивнијих прилика, него што су неки од наведених робовласничких закона.

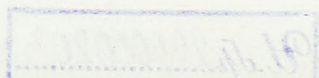
Крај XIX прва половина XX века донели су нам низ нових открића и у овој области.

Почетком нашега века пронађен је Хамурабијев законик који је настао око 1900. године пре н.е. и који је сачуван скоро у потпуности. Иако за хиљаду година старији од тзв. Мојсијевих закона, он је као правни споменик знатно потпунији, занимљивији и развијенији и од Мојсијевих закона и од Закона XII таблица.

У области Месопотамије пронађени су фрагменти још много старијих законика из Сумерског и Акарског периода. Рачуна се да је Сумерски законик настао можда још хиљаду година пре Хамурабијевог законика. Знамо и за неке законике из најстаријег периода Кинеске државе, који нису сачувани него се само помињу у доцнијим изворима.

Пронађене су и две групе староасирских закона, и то једна позната под именом „Стари асирски закони“, настали између 2150. и 1870. године пре н.е., а друга под именом „Средњоасирски закони“ или „Коментар о правима и дужностима жена“, настали између 1450. и 1250. године пре н.е.

У централном делу данашње Турске пронађени су у виду кодекса од два дела закони старе Хетитске државе, настали око 1500. године пре н.е.



Најзад, у области Месопотамије пронађени су још законици Липит Иштар и Законик градске државе Ешнуна, и то пре свега неколико година. Оба законика су очевидно старија од Хамурабијевог, и то Ешнуна за најмање 200 година, што значи да су настали око 2100. године пре н.е.

То су, углавном, конкретни изворни материјали којима данас располажемо и на основу којих вршимо анализу текстова и изводимо наше закључке.

2. *Класификација.* — У најновије време учињени су покушаји да се овај материјал класификује, и то по хронолошком и по типолошком критеријуму. Хронолошки критеријум је релативно лакши, јер са приближном тачношћу знамо време постанка тих текстова. Типолошки је знатно тежи, јер иде за тим да, без обзира на календарско време постанка, одреди редослед текстова по степену њихове правне и друштвене развијености. Код таквог критеријума датум постанка није нарочито важан, па ће текстови који су настали стотинама или хиљадама година раније, моћи бити класификовани као развијенији и модернији, него неки текстови који су настали много векова касније. Нама је јасно да то није ништа необично, с обзиром на неравномеран развитак појединих људских друштава, од којих су нека постигла висок степен робно-новчане привреде и цивилизације, па и пропала, док друга још нису ни настала или су била на примитивном степену натуралне привреде и културно заостала.

Према типолошком критеријуму, сви до данас познати кодекси разврставају се у три основне категорије: у тзв. ране, средње и касне кодексе.

а) Рани кодекси по садржини скоро искључиво представљају регулisaње кривичних и, донекле, цивилних деликата. Њихови аутори, додуше, најчешће су свештеници (бар тамо где нам је то познато), али садржина текстова ипак има врло мало или ништа од религијских примеса, спекулативно дидактичких материјала и других незаконских карактеристика. Ту спадају: Салијски закон (поглавље 2—36) донет између 500—600. године н.е.; Етелбертов закон (поглавље 2—29) донет око 600. год. н.е.; Етелбертов закон (поглавље 30—90) донет око 1100. год. н.е.; и Салијски закон (поглавље 37—60) донет око 750—800. год. н.е.

б) Средњи кодекси такође садрже доста о кривичним и цивилним деликтима, али већ и извесна правила о регулisaњу својинских односа у другим аспектима, уговсрима и слично. Аутори су и овде врло често свештеници, што се сада одражава и на много чешћим религијско-педагошким примесима, спекулативним разматрањима и т. сл. Средњи кодекси се деле у три подгрупе: 1. рани средњи, у које спадају Алемански закон (725—800. год. н.е.), Баварски закон (око 750. год. н.е.), Рипуалски закон (око 800. год. н.е.) и Англасаски закон (око 900—1100. год. н.е.); 2. средњи средњи, у које спадају Хетитски закон (око 1350. год. пре н.е.) и Бургундски закон (500—900. год. н.е.); 3. касни средњи, у које спадају: Старојеврејски (Мојсијев) закон (око 875. год. пре н.е.) и Закон XII таблица (око 450. год. пре н.е.)

в) Касни кодекси имају још више цивилноправних прописа, и по квантитету и по разноврсности. Улога свештенства у законодавству није

још потпуно престала, али је знатно умањена. Његово доминантно место заузела су световна лица, мање-више квалификовани грађански службеници, тзв. „писари”. Ту спадају: Асирски закон (око 1500. год. пре н.е.), Сумерски закон (око 2250. год. пре н.е.), Хамурабијев закон (око 1900. год. пре н.е.) и Ешнуна закон (око 2100. год. пре н.е.).

Ова типолошка класификација се углавном заснива на истраживањима и закључцима савременог енглеског правног историчара и социолога Diamonda. Иако се не бисмо могли у потпуности сложити са Diamondovim закључцима, не може се оспорити да у њима има и доста тачности и да су у сваком случају врло занимљива полазна тачка за даље и сличне компаративне студије. У крајњој линији његова класификација има за основ развој производних односа, пре свега робно-новчане привреде, која је у доба раних кодекса никаква или минимална, у доба средњих кодекса у порасту, а у доба касних кодекса на сразмерно високом степену развијености.

3. *Порекло.* — Једно од најзанимљивијих питања је питање порекла старих кодекса. Наравно, о конкретном постанку појединих од њих знамо врло мало. Њихов постанак је везан за ране митове и легенде, који нам не би могли много помоћи да продremo у суштину ствари, али нам ипак дају основу бар за неке закључке. Ово тим пре што се међу тим митовима и легендама, иако потичу из географски удаљених и временски веома раздвојених средина, показују неке основне сличности.

Тако, на пример, имамо неколико митова који постанак најстаријих законика непосредно везују за божанско откривење. Према њима, сам бог или богови су те законике створили, те их затим објавили народу преко неког свог угодника, легендарног народног вође. Такве легенде су, на пример, везане за постанак Мојсијевих закона, старондијског закона „Ману” и староегипатског закона фараона Менеса ⁽¹⁾. У сва три случаја нам легенда прича да су закони објављени, и да је то објављивање било везано за врло драматичне свечане природне и друштвене догађаје. Најпознатији пример је, свакако, онај са Мојсијевим законима, који је детаљно описан у Библији Старога завета. Према тој причи, Мојсије се попео на брдо Синај усред пустиње, и то потпуно сам, и ту му је бог дао у руке записане законе на две камене плоче. У тренутку кад се то десило севале су муње и тунђали громови, а окупљени народ чекао је у страху у подножју планине. Када се Мојсије појавио са каменим плочама, настало је велико славље, приносиле су се жртве, паљенице итд.

Друга група легенди не везује постанак најстаријих законика за неко божанско откривење и на овај директан начин, али их приписује легендарним личностима, које су истовремено биле и оснивачи држава и које су инспирацију за доношење закона на неки начин такође добиле од надземаљских бића. У старогрчкој легенди сусрећемо оба типа тих прича. За легендарног краља Миноса на острву Криту прича се да је законе добио директно од врховног бога Зевса, дакле, у основи слично као и Мојси-

(1) Занимљива је чак и сличност сва три имена, што би могло бити повод за извесна размишљања, иако немамо никаквих других индикација у том смислу.

је. За Аристиду на Теосу се прича да му је неко божанство у сну саопштило текст закона. Исто то се прича за Залеука у Локрису, коме је сама богиња Атина у сну саопштила законик. Код легенди о оснивачу Спарте, Ликургу, и оснивачу Катане, Харондасу, реч је о легенди другог типа: ту недостаје моменат божанске интервенције, закони се везују за имена краљева који су истовремено и оснивачи државе ⁽²⁾. Очевидно је да је у свим напред наведеним случајевима основни циљ био тај да се донетим законима да што већи ауторитет пред људима. Приписујући их директно или индиректно боговима или легендарним личностима давних времена, који су у својим срединама имали огроман ауторитет, хтело се постићи да се закони сматрају веома старим, а самим тим и неприкосновеним, те да се тиме стимулише њихово поштовање, безусловно покораване њима и оправдање строгог кажњавања оних који би законе прекршили.

Нешто друкчију верзију оваквих легенди, са мало мање мешања натприродних сила у законодавство, такође сусрећемо у старим изворима, иако нешто новијим од предњих. То је она група легенди где се основни законодавци упућују у неке далеке земље да би оданде донели боље законе. Тако, на пример, историчар Диодор прича за Солона да је пре доношења својих закона отпутовао у далеки Египат, где је проучавао тамошње законе. И у вези са постанком Закона XII таблица, забележио нам је римски историчар Ливије да су десет лица, тзв. децемвири, којима је Сенат поверио израду закона, отпутовали у далеку Грчку и тамо се задржали неколико година проучавајући законе, да би по повратку у Рим направили Закон дванаест таблица. Сличних легенди има и другде. Када их упоредимо, видимо да је у њима суштина следећа: законодавци путују у далеке земље, дакле у земље о којима се врло мало знало па су биле обавијене тајанственим причама. Осим тога, то су културно старије и развијеније земље. Солон иде у Египат, јер су тадашњи Грци били знатно примитивнији од стародревних Египћана, а децемвири путују у Грчку, која је, опет, у очима тада још примитивних римских сточара, важила као далеко културнија земља. Када предње имамо у виду, видимо да је основни циљ тих легенди био сличан са наведеним случајевима са божанским откровењем. Наиме: да се новим законима да већи ауторитет тиме што су донети из далеких и тајанствених земаља, из много цивилизованијих средина и после вишегодишњег проучавања.

Данас, наравно, знамо да ови закони нису створени ни по директној ни по индиректној инспирацији богова, ни од једног легендарног законодавца, као што нису могли бити ни пресађени из потпуно других друштвених средина.

Чини се да је неспорно да су стари кодекси постали на сразмерно високом степену развитка права. Нема сумње о томе да је правни живот у срединама у којима су кодекси постали, морао бити већ врло дуг и релативно развијен. Знамо да су давно пре тога у односним срединама посто-

(2) Још много много касније, у средњем веку, наилазимо на сличне приче, на пример, Франци су приписивали неке најважније законе свом првом краљу Клодвигу, Бургунди првом краљу Гундебаду итд.

јали органи власти и вршили своје функције, као што су постојали и правни прописи било у виду усменог обичајног права које се преносило традицијом са генерације на генерацију, било у виду правних прописа које су доносили и у пракси примењивали државни органи, почев од владара до нижих функционера, а нарочито судови. (3).

Можемо узети као сигурно и то, да су постојали многи појединачни законски прописи, проглашени од владара и других органа власти, давно пре писаних кодификација, јер за то имамо веродостојне доказе у изворима. Има мишљења да је до најстаријих кодификација дошло услед проналаска писма и свакако после проналаска писма. Ово потоне је логично, јер без познавања писма не би се могли ни закони записивати. Али оно прво, изгледа да није ни логично, ни историјски вероватно. Знамо да је од проналаска и увођења писма у појединим срединама из којих су нам кодекси сачувани, па до записаних кодификација, каткада протекло врло дуго време. Из поменутих средина често имамо много старије писане споменике, па и правне, него што су кодекси. Према томе, познавање писма је био технички предуслов за писање кодификација, али не и њихов узрок. Тај узрок треба тражити у нечем другом, и то у специфичним друштвеним условима.

4. *Стари кодекси су настали у време друштвених прелома.* — Тиме наилазимо на даљи и можда најзанимљивији проблем, на питање: шта су архаични кодекси били по својој садржини. У другој половини XIX века афирмисало се о томе једно схватање, чији је аутор првенствено био тадашњи велики енглески историчар и правник Хенри Мејн. По том схватању стари кодекси су били записивање до тада неписаног старог обичајног права. Мејн и његови следбеници су објашњавали да је број обичајноправних правила постајао све већи, а и њихова садржина све сложенија, тако да је постало немогуће да се све то упамти и сачува само на основу усменог предања. Пошто је, пак, у то време већ пронађено писмо, приступило се записивању прописа старог обичајног права, да би се они боље сачували и да би постојала већа сигурност у погледу њихове правилне примене. Иако таква теорија на први поглед може изгледати врло логична и убедљива, због чега је својевремено и била широко прихваћена, она у суштини није много више основана него стари митови и легенде (4). Истина је да су Мејн и његови следбеници познавали приличан број старих кодификација, али наука тада још није била на степену који би омогућио дубље продирање у суштину ствари. Сем тога, Мејн још није познавао неке од најразвијенијих старих кодекса, као што су, на пример, Хамурабијев, Хе-

(3) Има аутора који сматрају да су судови једна од најстаријих правних институција и да је правосудје испрва било једина социјална служба коју је држава давала. Према њима, суд је ваља прва велика тековина права, јер је постојање суда дало могућности за отклањање непосредног међусобног обрачунавања међу завађеним или спорним странама, а судска процедура је постепено претварала крвави физички двобој у бескрвну процесуалну борбу. Не улазећи даље у ово питање, свакако можемо прихватити констатацију да је судство старије од законодавства у стриктном смислу речи, а свакако много старије од кодификација. Узгред речено, добро можемо замислити функционисање правосудја и без закона, ако постоји организовано судство, тј. надлежно тело за решавање спорних ствари по некој утврђеној процедури, па и макар и по чистом нахођењу суда, дочим никако не можемо замислити друштво, ма и са врло добрим законима, које би могло нормално да остане без судства.

(4) Неко ју је духовито и назвао једним од митова двадесетог века.

титски или Ешнуна. Да их је познавао, тешко је веровати да би тај, иначе генијалан научник могао извести своју теорију која је стекла толику популарност.

Новија и најновија истраживања у великој су мери оборила Мејнову концепцију, иако она и данас још има својих следбеника. Данас превладава мишљење да стари кодекси нису записивање старог обичајног права, него напротив, да су донети као мере раскидања са старим обичајним правом, управо у сврху мењања, допуњавања или потпуног укидања старог обичајног права. Кодекси нису израз афирмације старог обичајног права, него израз раскида са старим обичајима, који је био нужан услед насталих крупних друштвених промена у датим срединама. У односу на старо обичајно право, кодекси имају изричит карактер новела, тј. новог права. Наравно, не може се порећи да кодекси садрже и извесну материју из старог обичајног права, али то није њихова главна садржина. Сем тога, и оне материје, које су заједничке, друкчије су схваћене у старом обичајном праву а друкчије у кодексима; обично је из старог обичајног права обухваћено само оно што је у пракси постало спорно, па се ауторитативно морало изрећи какво је правилно решење, или је, пак, обухваћено оно што је, макар само делимично, требало модификовати.

Ако пођемо од овакве концепције, постаће нам јасне многе ствари које нам Мејнова концепција није могла убедљиво објаснити. Ако бисмо прихватили Мејна, нужно бисмо се морали питати зашто кодекси садрже само нека правила старог обичајног права, а не и цело обичајно право. Да је намера законодаваца била да писаним путем фиксирају старо обичајно право, они би га записали у целости, без обзира на то да ли по извесном реду или без нарочитог реда. Међутим, знамо сигурно да је у свакоме од поменутих друштава било и нужно морало бити много више обичајно-правних правила, него што их кодекси садрже. Зашто би, дакле, законодавци одабрали само мали број свега тога, и зашто баш оно што су одабрали. Било би, на пример, необјашњиво, зашто Хамурабијев законик говори о извесним сложеним облицима купопродаје, а не говори ништа о њеним обичним и најчешћим облицима. Још чудније је што ни Хамурабијев законик, ни Гортински закон, ни Асирски нити други грчки закони ниједном речју не спомињу обично убиство и казну за исто, док се детаљно задржавају на много мањим кривичним делима. Имајући у виду сразмерно висок степен правне свести и правне технике, који се у тим законима одражава, никако не бисмо могли поћи од претпоставке да су законодавци тако важне ствари могли заборавити, омашком их испустити итд.

Међутим, ако пођемо од савремене концепције, све ће то одмах постати јасно. О обичној куповини или обичном убиству законици не говоре зато што је та материја била на задовољавајући начин регулисана у старом и усменом обичајном праву, које је свима било добро познато и у погледу којег се у пракси нису појављивала никаква колебања. Стога и није било никакве потребе да се такве општепознате и општеусвојене ствари уносе у кодексе. Насупрот томе, у кодекс су унете ствари од много мањег друштвеног значаја зато што су у оно време или биле спорне, или што стари обичаји уопште нису имали прописа за њих, или, пак, што стари про-

писи обичајног права нису више одговарали новим друштвеним условима. Када то имамо у виду, онда ћемо разумети и низ прописа којима се, с једне стране, дивимо због њихове релативне напредности, као и других, којима се на први поглед ирониично смешкамо, због њихове сувише детаљне прецизности. Тако је, на пример, Хамураби унео у свој кодекс сјајне прописе о шпедитерима, трговачким заступницима, архитектима, бродарима, лекарима, и сл., који су за оно време врло модерни и који сигурно нису имали ничег аналогног у старом обичајном праву. Али у исти кодекс је унео и прописе о томе, шта ће бити ако неко пољуби удату жену, ако крчмарица закине на мери пића, ако неко одсече реп изнајмљеног вола итд., који нам се чине нарочито неадекватним кад се сетимо да недостаје пропис о обичној купопродаји или о обичном убиству. Али, ако стално имамо у виду нашу концепцију биће нам јасно да су ови на око безначајни прописи такође унети управо зато, што се радило о правним питањима која су се у пракси појављивала, а у старом обичајном праву нису имала решење, па их је законодавац на неки начин желео и морао решити ⁽⁵⁾. Стари кодекси, такви какви јесу, несумњиво показују сразмерно висок степен развијености права и правне технике. Али би ипак било неадекватно када бисмо старима приписивали веће способности и могућности, него што су их стварно имали. И да су хтели, они не би били у стању да запишу цело обичајно право своје средине, јер знамо да је то задатак, који ни савремени научници, који истражују данашња примитивна друштва, врло тешко могу остварити с обзиром на обимност и сложеност такве материје.

Да наведемо још један аргуменат који поткрепује нашу, а обара Мејнову концепцију. Видели смо да су митови и легенде везивали доношење старих кодекса за божанско откровење, инспирацију богова, путовања у далеке земље, и томе слично, да би законима дали што већи ауторитет, и приказали их као огромне тековине. Зашто би то чинили, када би закони садржавали само записе старог обичајног права? Зар је требало муња и громава и других драматичких природних и друштвених догађаја, да би се објавило нешто што је већ свако познавао? Зар је требало путовати у далеке тајанствене земље и студирати тамо много година, да би се најзад написало оно што је сваки сељак у рођеној земљи изврсно знао из усмене предаје кроз много генерација? Очеvidно је да би то било бесмислица. Насупрот томе, савршено је логично, да се управо новим прописима, који кидају са старим обичајним правом, желео дати тако велики ауторитет, да би се они у свести људи учврстили и да би потиснули старо обичајно право, које је у свести људи било дубоко укоренењено кроз многа поколења. Свим тим ванредним догађајима, уз које су везивали постанак нових

(5) Примерице долажемо још неколико таквих наоко ситничавих прописа у неким старим кодексима, у којима недостају правила за много крупније правне послове или кривиче: Хетитски закон предвиђа казну за лице које некоме однесе одело док се купа у реци, а нема прописа за обично убиство; Харонадсов законик садржи пропис да ће дезертер из војске морати три дана да се појављује на тргу у женском оделу, а нема никаквог прописа о суштинском кажњавању бекства из војске, које је свакако било много строжије; Залеуков закон тачно прецизира број слушкиња које морају да прате слободну жену ако излази на улицу, а нема прописа о најосновнијим брачним односима; Закон XII таблица предвиђа да ће тужилац морати дати туженом, ако је овај болестан, превозно средство до суда, али не и јастуке у колима, док потпуно недостају фундаментални прописи о неким процедуралним питањима; Ховел да има пропис да судија пре дана суђења треба да спава на јастуку на коме је крај претходног дана седео, а нема прописа о низу елементарних правила судовања.

закона, у ствари су законодавци хтели савладати отпор маса који је постојао против нових закона, не само зато што су стари обичаји уживали велики углед услед примењивања од памтивека, него првенствено зато, што су стари обичаји носили у себи много трагова родовско-племенскога и сразмерно демократскога друштва, док су нови прописи кодекса највећим делом били израз ојачале класне владавине израслих владајућих класа робовласника или феудалаца.

Ако ово што смо напред изложили применимо мало конкретније на текстове старих кодекса о којима смо говорили, видећемо, и на основу само неколико примера, да су кодекси доиста постали у време друштвених прелома, када се старије желело заменити новијим, а не када се хтелo старо афирмисати.

Ако, на пример, имамо у виду друштвене услове под којима је донет Хамурабијев кодекс, онда знамо да је он настао после великих Хамурабијевих освајања, којима је овај потчинио својој власти огромне нове области, које је желео чврсто ујединити. Војно и политичко уједињење требало је да се цементира још и правним уједињењем, тј. увођењем новог јединственог законика за целу област, уместо веома разноликих правних прописа који су дотле важили у тим покрајинама. Сем тога, Хамураби није био само велики војни освајач, него и политичар и државник, који је много допринео убрзању развоја робно-новчане привреде у свом великом царству. И тај мотив га је руководио када је прописао правила за разне трговачке послове и привредне делатности, који до тада или уопште нису били познати, или су били врло слабо развијени.

Није случајно што старогрчки законодавци Солон, Ликург и други, нису припадали старој аристократији својих земаља, него новој средњој класи трговаца, предузимача, бродара и сл. Њихови закони настали су у тренутку када је тај средњи слој пословних људи све више потискивао стару земљопоседничку аристократију. Долазећи на власт, трајно или привремено, они су доносили законе којима су желели да реформишу обичајно право које је привилегисало стару родовску аристократију и да заведу право које је више привилегисало тај нови градски трговачки слој. Зар није Солонов пропис о укидању сељачких дугова управо најубеђивији пример за ово? Сељаци су били задужени првенствено код старе аристократије. Укинути те дугове значило је истовремено нанети тешку материјалну штету старој аристократији, као и политички придобити сељаке на страну средњег слоја градских трговаца.

Закон XII таблица донет је у тренутку када су дуге борбе између плебеја и патриција у старом Риму биле решене неким компромисом, који, додуше, није укинуо потпуно власт старе патрицијске класе, али је ипак отворио врата власти и новом ојачалом средњем слоју плебејаца.

Занимљиво је поменути да има случајева и у Асирији и у Грчкој да се нови законици стварају, додуше, у старој постојбини, али у сврху примене у некој новој колонији или освојеној територији. Знамо да је тзв. Стари асирски закон донет у Асирији, али ради употребе у једној новој асирској колонији — у Малој Азији. Сличних примера има више и у Грчкој. У старом крају још нису наступиле битне друштвене промене, па

стога није ни потребан нови закон, него ће још важити стари обичајни ред. Али у новој колонији, где се мора владати над освојенима и где се морају уводити целисходни прописи у ту сврху, ту ће нови закон наћи своју адекватну употребу.

Па и познати варварски законици из почетка средњег века настају у моменту таквог прелома у развоју односних друштава. Када је код самих варварских народа дошло до прерастања из родовско-племенског у почетке феудалног живота, и када је уз то требало регулисати узајамне односе између победничких варварских освајача и побеђеног римског становништва, тада се и стварају мање-више сви ти законици које данас збирним именом називамо *Leges barbarorum* или *Leges romanae barbarorum*.

5. *Стари кодекси и ранији закони и судска пракса.* — Поред схватања да су стари кодекси записи обичајног права, постојала су још и друга схватања, а наиме: да су архаични кодекси записи о старијим законима или записи ранијих судских одлука, а можда и мешавина једног и другог. Она изгледају убедљивија него схватање о записивању обичајног права. Извесно је да је на подручјима где су кодекси настали било појединачних закона и пре постанка кодекса. Такви закони могли су бити као појединачни и написани, а могли су постојати и као усмени закони, познати кроз примену у пракси. Према томе, сасвим је могуће да је приликом стварања кодекса узето и нешто материјала из старијих писаних или усмених закона, и то баш оних чији је ауторитет кодификацијама требало потврдити, било да тај ауторитет још није био довољно учвршћен, било да је био споран. Имајући то у виду, разумећемо што Хамурабијев законик, сразмерно своме обиму, не доноси нарочито много сасвим нових прописа. Ако га упоредимо са неким познатим прописима из много старијег Сумерског законика и других закона у области Месопотамије (као што је Закон цара Урукагине из Лагаша — око 2800. г. пре н.е. и Гудее, око 2500. г. пре н.е.), можемо видети да већи број прописа Хамурабијевог закона садржи аналогну материју, па и аналогне или не много измењене прописе из истих. То нам доказује да је Хамураби, преузимањем тих прописа, хтео да их поново афирмише, и то не само за уже области у којима су раније важили него и за цело своје велико царство.

Што се, пак, тиче мишљења да су кодекси били записи старијих судских одлука у нешто апстрактнијој форми, такво мишљење нема довољно поуздане основе у изворима. Али оно има јаке логичне аргументе на својој страни, пошто се зна да су кроз судску праксу — свакако знатно старију од кодификација — доиста формирана правна правила која су такође одступала од старијег обичајног права. Могуће је претпоставити да је суштина неких правних правила, створених судском праксом али у пракси још недовољно афирмисаних, унета у кодексе. Али би било неприхватајиво мишљење да је циљ старих кодекса могао бити да систематски обухвате и формулишу све резултате дотадашње судске праксе. За такав крупан подухват стари кодификатори исто тако не би били дорасли, као што нису били дорасли ни за пописивање целог обичајног права. Судска пракса је свакако морала бити много разноликија него што изгледа кроз оно што је у кодификације стварно ушло. У прилог тога иде још и чињеница да ма-

теријал у старим кодексима показује мало систематичности. Треба поменути да извесне чињенице и формулације указују на то да је у старе кодификације могло ући понешто и из разних наређења владара или упутстава која су они давали својим чиновницима. Неки претхамурабијевски споменици, на пример, често почињу формулацију појединих правних прописа типичном клаузулом »*Kima simdat šarim*«, што на старовавилонском значи „сходно краљевој заповести“. То чини вероватним да је постојала ранија краљевска наредба сличног садржаја, која је касније унета у кодекс. Нека места у Хамурабијевом закону, пак, формулисана су тако да пре представљају инструкције за поступање краљевских чиновника, него ли опште правно правило. Оправдано је претпоставити да су и ту посредни раније наредбе или упутства, који су унети у кодекс да би добили општији и још чвршћи ауторитет.

6. *Форма. Хорске рецитације.* — Правни послови су задуго били стварани и обављани било изговарањем строго одређених усмених формула, било вршењем одређених симболичних радњи, а често и комбинацијом једног и другог. Примере за то налазимо у свим старим правима, а неки трагови одржали су се и у много развијенијим правним системима, тако рећи до наших дана. Анализа овог вербалног и реалног формализма нам такође показује да се путем њега нису само у конкретној пракси понављали стари обичаји, него су се управо стварали и нови правни прописи, који су мењали дотадашњу обичајну праксу. Док није било писма, ово је био најефикаснији начин да се нова правна правила афирмишу и памте. На тај начин, вербални и реални формализам се може сматрати једним од претходника доцнијих писаних закона и законика.

Други занимљив пример своје врсте дају нам случајеви увођења и проглашавања нових закона путем хорске рецитације (Харондасов закон у Грчкој, када је био усвојен, певан је пред скупом целе заједнице). У сличну категорију иду и разни примери закона у форми стихова или другој метричкој форми, какви су нам познати из предрархаичног времена, а какви су се практиковали још и много касније. Хорско рецитовање и састававање у форми стихова очевидно су имали за циљ упознавање јавности са законом и могућност лакшег памћења његових прописа, пошто се ти циљеви још нису могли постићи путем писаних закона.

Разуме се, оваква помоћна средства постала су сувишна после проналаска писма и постепено су се губила, иако су се њихови трагови још у разним облицима сачували до много каснијих времена, па и до данас ⁽⁶⁾.

7. *Садржина.* — У погледу садржине старих кодекса, тј. конкретне материје које су најчешће обрађивали, од нарочитог је интереса да је велики број прописа у старим кодексима посвећен систему композиције, тј.

(6) Познати су примери из многих земаља, па и код нас, да се правни прописи често објављују путем добошара или гласника — телала — који их иззивује на јавним местима, у насељима где има доста неписменог света. Исто тако је познато да се стиховани облик правних прописа практиковао још дубоко у средњем веку, а неки вид тога су и тзв. правне пословице, које су извесна правна правила оформила слично неким другим народним пословицама на крајак, лапидаран и лако запамтљив начин. У релативно нову и по садржини напредну тековину наше новије правне историје, Општи црногорски имовински законик Ваљазара Богићића из почетка XX века, ушло је неколико параграфа који нису ништа друго него правне пословице које је Богићић прикупио у народу.

регулисању висине и начина накнаде коју кривац или његова породица треба да плате оштећеном или његовој породици. То је у суштини кривичноправна материја, али још блиско повезана са системом крвне освете. Знамо да су ране државе начелно биле против слободног система крвне освете, која је нарушавала поредак и онемогућавала држави кривичноправни монопол. Постепено замењивање стварне крвне освете системом композиције, у ствари представља једну од најбитнијих преломних тачака између родовско-племенске заједнице и државе, а истовремено између класне демократије и класног друштва. Увођење прецизно регулисаног система композиције са читавим низом прописа о разним висинама одштете, зависно не само од деликта него и од класне припадности и општећеног и преступника, једно је од јаких средстава за афирмацију класне власти.

С друге стране, занимљиво је да архаичне кодификације, било у својим уводним или завршним деловима, а ређе и у самом тексту, износе мотиве аутора, који су често дати као хумани и социјални мотиви, истичући да ублажавају претерану строгост дотадашњих закона, обичаја или судских пресуда. Ти прописи и њихова мотивација често наглашавају бригу о потчињеним категоријама. Тако, на пример, поменути асирски закони, нарочито онај који је познат под именом „Коментари о правима и дужностима жена”, истичу да њихови прописи побољшавају положај робова, дужника и жена у односу на дотадашњи положај. И Хамураби у мотивацији свога законика, нарочито у завршном делу, говори о томе, да хоће да заштити удовице и сирочад и да спречи да јаки тлаче слабије. Сличне мотиве сусрећемо и у Урукагинином законнику. Предња и слична места нам не показују неку нарочиту хуманост законодаваца — мада је узгред могло бити и таквих мотива — него одражавају такође преломне тачке у друштвеном развоју, нарочито у класним борбама. Иако су класне државе и у периоду кодификација биле засноване на експлоатацији потчињених, и својим правним прописима желеле да ту експлоатацију учврсте, законодавци нису могли не водити рачуна о отпору широких народних маса, праћеном било пасивном резистенцијом, било повременим устанцима и сличним појавама. Управо да би одржали експлоататорски систем као целину, они су сматрали целисходним да неке видове сувише велике самовоље и насиља ублаже и да се при том сами прикажу као заштитници економски и друштвено слабијих, да би и тиме подигли свој ауторитет. Но, без обзира на мотиве који су их стварно руководили, саме наведене чињенице нам показују да су кодекси углавном уводили нове ствари, а не потврђивали дотадашње.

Томе у прилог иде нарочито и формулација коју на више места сусрећемо у Хетитском законнику, где се у пропису често каже „пре је било тако и тако, а сада ће бити тако и тако”. Законодавац је јасно хтео да упореди старији и новији пропис, не само због бољег разликовања него и у уверењу да тиме показује да је новији пропис бољи од старијег.

Најзад, у том склопу треба указати и на оне догађаје — истините или легендарне — према којима је записивање права и објављивање закона настало као резултат једног вида друштвених борби. Као што је познато, правна правила, па и када су већ била написана, била су чувана у храмо-

вима као света тајна. На тај начин је свештеницима био дат специјално привилегисан положај у примени права, јер су једино они знали право и стога га могли примењивати са много произвољности. Обично су управо потчињене масе тражиле да се најзад правна правила не само запишу него и јавно објаве, да би се свештенички монопол укинуо и да би људи и сами тачно могли да знају своја права и дужности. Свештенство је томе давало отпор, и тај отпор је био савладан борбом потчињених класа. Најпознатија прича о томе је она о записивању и објављивању Драконових закона у Атини и борбе плебејаца у Риму за записивање и објављивање закона, што је био један од мотива за доношење Закона XII таблица.

Сви изложени примери, без обзира на разлике међу њима, суштински потврђују тезу коју овде заступамо, а наиме, да су закони и кодекси настали као новине у праву, суштинске реформе ранијег права, а као резултат друштвених борби и преломних момената у тим борбама.

8. *Систем.* — Што се тиче система у старим кодексима, и то је једно од питања која је дуго било спорно, а ни до данас није потпуно решено. Чињеница је да је у архаичним кодексима врло тешко ухватити било какв систем, а још мање неки систем који би имао сличности са савременим систематиком. Често прописи следе један за другим, наочиглед сасвим произвољно и без икакве за нас разумљиве међусобне везе. Управо из тога су неки правни историчари закључивали да стари законици нису имали никаквог система, да су њихови аутори просто набацивали прописе онако како им је пало на памет и сл. Такво стање је донекле поткрепљивало и напред изложену теорију о томе, да су законици били записивање краљевских наредаба или судских одлука, можда по реду како су оне хролошки настајале, а можда и по тренутној важности коју су аутори појединим правилима придавали.

Међутим, новија дубља проучавања довела су предња схватања у извесну сумњу. Тешко је било помирити се с тим, да су законодавци, који су показали сразмерно врло високу способност правног формулисања, сажимања, језичке дотераности и сл., били неспособни за извесно систематизовање материје коју су излагали. И доиста, анализа система Хамурабијевог законика, нарочито од стране неких совјетских правних историчара, указала је на нешто занимљиво и ново у том погледу. Они су објаснили да систем Хамурабијевог законика, наравно, не одговара никаквом савременом систему, али да он само у упоређењу са савременим системима изгледа потпуно произвољан. Доказали су и то, да је систем Хамурабијевог законика у суштини заснован на одређеној групи правних добара којима се бави и које жели штитити. Он не разликује кривичне и грађанске прописе у данашњем смислу речи, као што не разликује ни материјалне од процесуалних прописа. Под тим критеријумима цела материја би доиста била без реда и смешана. Али, очевидно је, да првих неколико чланова Законика говоре о стварима које су у вези са судом и судовањем, да би затим следовао велики број прописа који сви имају везе са браком и породицом; после тога, највећи број прописа који се баве имовинским прописима, па, затим, прописа који говоре о раду, радним односима, алатима при раду и сл. Наравно, ни тај систем није стопроцентно доследно спроведен,

али је углавном уочљив и несумњиво је представљао основну концепцију аутора.

Сличне анализе, примењене на неке друге архаичне прописе, дале су донекле и сличне резултате, иако не у сваком конкретном случају. У многим случајевима још ни данас не можемо докучити систем који је ауторима могао лебдети пред очима, тако нам кодекси још увек изгледају као несистематско нагомилавање појединих прописа. Али, постигнути резултати у најмању руку представљају путоказ за даље анализе овакве врсте и оправдавају наду да ћемо кад-тад моћи сагледати вероватну систематику осталих старих кодекса, те тиме истовремено добити много дубљи увид у начин правничког резонувања њихових аутора. То резонување је свакако било другачије од нашега, али је за своје време могло представљати напредак.

9. *Стил и језик.* — Осврнућемо се укратко још и на стилску и језичку страну старих кодекса. У том погледу је нарочито занимљиво указати на високи степен кратког и сажетог начина стилизовања. Можемо рећи да у скоро свим старим кодексима већ имамо онај начин стилизовања који је суштински истоветан са савременим, а који се састоји из тзв. кондиционалног императива. Прописи су скоро без изузетка формулисани у трећем лицу јединине, са кондиционалним уводом и описом правног посла или кривичног дела, и са правном санкцијом за прописе. Први део називамо „про-тазис“ (ако неко учини то и то), а други део „аподозис“ (да плати толико и толико, или да се казни тако и тако).

Овакав начин стилизовања правних прописа показује сразмерно високу способност сагледавања правне суштине, уз истовремено елиминисање свега онога што није стриктно и битно за правну суштину. Краткоћа и суштаственост правних правила била је мотивисана још једним — иако другоразредним — техничким мотивом. Пошто су се закони и законци у почетку обично писали на врло тврдом и опором материјалу, на коме није било лако писати, био је и то један од разлога који је гонио ка што већој краткоћи и сажетости. Као што знамо, законски текстови су се клесали у камену или изливали у бронзи, урезивали у дрво и сл., што је изискивало напоран физички рад и техничку вештину⁽⁷⁾. Поред сажетости, текстови се обично одликују једноставношћу и јасношћу стила. Нема у њима никакве поуке, моралисања, опомињања или другог васпитачког приступа, апеловања на савест људи и сл. И то свођење текста на утврђивање и опис правног ефекта и његове санкције, резултат је високог достигнућа правне логике и њеног одвајања од религијских, песничких, дидактичких и других примеса.

Истина је да се ту и тамо налази на одступања од ових класичних карактеристика. Сусреће се, поред класичне употребе трећег лица јединине, каткада и треће лице множине или друго лице јединине или множине. Такође се ту и тамо налази на морална или верска излагања, поуке и сл. Овакви изузеци нису потпуно неразумљиви, јер представљају трагове изве-

(7) Стога и до данас нарочито кратак и сажет стил обично називамо „лапидарним“ што значи каменит, као да је клесан у камену.

сног колебања. Законодавац је каткада и нехотице упадао у оно што је желео превазићи. Но поред таквих оригиналних места која одступају од класичног стила, за извесна таква места научна анализа је утврдила да су она накнадно убачена у текст (тзв. интерполације), често дуго после постанка оригинала, а каткада и знатно каснији фалсификати ⁽⁸⁾.

Занимљиво је и то, да многе приче у вези са старим кодексима очевидно потврђују да су текстови били јавно излагани на трговима, у храмовима, на важнијим раскршћима путева и сл. Поред прича, то очевидно потврђују и неки пронађени оригинали, као, на пример, и сам Хамурабијев законик, писан на великом гранитном стубу и јавно постављен на много места у Хамурабијевом царству. И то јавно излагање је био један од разлога за сразмерну краткоћу и сажетост текста ⁽⁹⁾.

10. *Сличности и разлике.* — Већ смо у уводу напоменули да конкретни материјал о старим кодексима, којим данас располажемо, даје доста могућности за суштинско упознавање њиховог постанка и њихових основних карактеристика, али да он ипак још није довољан за потпун историјат старих кодификација и коначне закључке о њиховој природи, систему итд. Не можемо са сигурношћу рећи да ли ће будућност донети више конкретног материјала, иако то није нимало невероватно, с обзиром на све живљи рад археолога и других стручњака око ископавања и обраде пронађеног материјала. Но, чак и ако не би био пронађен нов материјал, вероватно је да ће правноисторијска наука даљим дубљим проучавањем садашњег материјала моћи доћи до нових и поузданијих закључака. За сада, даље анализе и закључци отежани су још и околношћу да често познајемо текстове кодекса, али не познајемо довољно обичајноправну материју или неписано законско право из којег су они израсли било као битне новине, било као афирмација ранијег. Неизвесно је да ли и колико ћемо о тој материји знати више, иако би то било веома корисно, скоро неопходно, за правилне закључке.

Но, већ и на основи досад познатог и проученог материјала, очевидно су многе, каткада и велике сличности међу старим кодексима. Суштинске сличности су свакако веће од многих и разумљивих разлика. Одговор на питање одакле су те сличности, данас може бити у суштини само један, да су сличности резултат сличних услова друштвеног развика под којима су стари кодекси стварани. Наравно, могло је бити и извесних узајамних утицаја, који су понегде чак и евидентни, као, на пример, између Хамурабијевог законика, као старијег, и Мојсијевих закона, као млађих, или Сумерског закона као старијег и Хамурабијевог као млађег, итд. Али, очевидно је да каткада имамо упадљиве сличности и тамо, где су узајамни утицаји скоро невероватни или потпуно искључени. У таквим случајевима је једини могући одговор онај о сличностима друштвених услова.

Када познати текстови коначно буду очишћени од интерполација, фалсификата и анахронизама, сличности ће бити још убедљивије и разумљивије. Критика текстова, и филолошка и историјска анализа, имају у том погледу пред собом још велике задатке.

(8) Интерполације и фалсификати могли су лако настати, када се има у виду да је било мало оригиналних примерака и да је већина људи била неписмена.

11. *Улога религије.* — Питање које се не може мимоићи приликом разматрања старих кодекса, јесте питање односа религије и права у њима. Оно је једно од кључних и за садржину, а још више за класификацију старих кодекса. Оно је истовремено и једно од питања које — у ширем смислу — осветљава општи аспект односа права и религије у старим правима. Тај шири аспект неће бити предмет нашег разматрања у овом оквиру, јер се он и не тиче само старих кодекса, него примитивних и архаичних права уопште. У склопу који нас занима, довољно је ако кажемо да се не можемо сложити са теоријом која је дуго владала у науци, а наиме, да правни прописи потичу из религијских прописа. Тачно је да је у свести примитивних људи правна и религијска норма била недовољно разграничена, што важи и за моралне норме, правила пристojности и сл. Али је исто тако тачно да су и веома примитивне средине ипак у извесној мери разликовале правне послове и друге правне делатности и ефекте од религијских, као што су до прилично јаке мере разликовали и правне санкције од моралних или религијских. Архаични кодекси веома убедљиво поткрепљују овакво гледиште, а ово утолико пре што управо најстарији кодекси имају мање религијских примеса, него доцнији, иако то на први поглед може да изгледа необично. На овој констатацији се донекле заснива и класификација на ране, средње и касне кодексе, о којима је већ било речи.

Историјска истраживања о пореклу религијских правних прописа, њиховој структури, типологији и феноменологији, поткрепљују нас у убеђењу да право није религијског порекла и да утицај религије на право не може да се, додуше, негира, али да он није примаран и да је испрва био слабији него касније ⁽⁹⁾.

Историјска је чињеница да су свештеници врло активно сарађивали у изради како најранијих, тако и новијих архаичних кодекса, за што имамо у низу случајева конкретне доказе и у текстовима. То је, уосталом, сасвим разумљиво, када се зна да су они били најписменији људи у тим временима и да су многоструко и тесно били повезани са владајућим класама робовласничког и феудалног друштва. Али и поред свега тога, њихов утицај на кодексе је незнатан код раних кодекса, ојачао код средњих кодекса, а у поновном опадању код касних кодекса. То не може бити случајно, него такође одражава фазе у развоју друштва. У доба раних кодекса власт световних владара, такођећи тек недавно израслих из родовско-племенских поглавица, далеко је јача од утицаја свештенства. У време великих унутрашњих борби за стабилизацију робовласничких и феудалних држава, владајућој класи је потребна већа помоћ свештенства и његова идеолошка подршка, па је и утицај свештенства на функције власти, па и правосудне и законодавне, изразитији. У доба, пак када се класна држава потпуно искристалисала и владајућа класа у њој за дужи период добро учврстила, власт свештенства опада, јер је стварним носiocима власти њена помоћ сада и мање потребна.

12. *Однос обичајног и законског права.* — Пре него што бисмо завршили разматрања о старим кодексима, додирнућемо још један проблем у

⁽⁹⁾ Уосталом, нема никакве сумње у то, да је право вршило неки утицај на религију и морал, феномен који је данас у науци о историји религије, познат под именом номизам.

вези са њима, а у ширем смислу речи у вези са општим односом између обичајног и законског права. Крајем XIX века заступали су неки правни историчари теорију да између обичајног и законског права постоји извесно периодично смењивање у погледу преваге једног или другог. Према таквој концепцији, после сваког дужег периода владавине обичајног права, следовао би период интензивнијег законског права ради уношења потребних измена у стару обичајноправну материју, насталих услед промене друштвених услова. После нужних корекција које законско право доноси, опет наступа владавина обичајног права, наравно не оног истог које је раније постојало. Нови закони, учвршћујући се у свести људи и у правној пракси, полако постају општи обичаји, а и мимо њих се у правном и друштвеном животу нови обичаји стално рађају. Затим би опет дошао период када и те нове обичаје треба превазићи па за њим фаза доминације законског права. И тако редом у бесконачност.

Нема сумње да у тој теорији има извесне логичности, на први поглед, па и привлачности. Има у њој и зрна истине, јер је факат да закони који дуго владају могу да пређу у општу свест и да добију многе карактеристике обичаја. Али, историјски материјал нам такву теорију ипак не поткрепљује. Оно што нам историјски материјал показује, то је само факат да у примитивним и архаичним друштвима испрва доминира обичајно право, да оно постепено бива потискивано законским, и да задуго могу паралелно постојати и једно и друго, свако у своме домену, па и са многим испреплитањима. Али, пошто примитивна и архаична фаза буду дефинитивно пребројене, не долази више до смењивања једног или другог система као доминантног, него до сталног потискивања, па и коначног ликвидирања обичајноправног система, на чије место потпуно или скоро потпуно ступа законски. После тога долази само до смењивања једних закона са другима, једног законског система са другим. Модерна времена код свих цивилизованих народа потврђују нам само ово, а изузетне појаве неких нових правних обичаја представљају само изузетке а не неку законитост своје врсте. Психичко реаговање модерног човека, све више навикло на владавину законског права (укључујући ту и судску праксу, која углавном одражава законско право), такође је битно друкчије него психичко реаговање на обичајноправна правила у свести људи примитивнијих средина.

Као коначну констатацију подвукли бисмо да су стари кодекси законодавне творевине које настају као последица крупних промена у друштвеним условима архаичних средина, у циљу ауторитативног мењања ранијих правних обичаја или превазиђених закона. У односу на примитивно обичајно право ловаца и земљорадника, па и на обичајно право нешто развијенијих земљорадничких друштава, на прелазу из племенског у државно уређење или раних у развијене државе, кодекси одражавају испрва незнатан а касније све изразитији утицај учвршћене класне владавине и робно-новчане привреде.

Др Алберт Вајс

РЕЗЮМЕ

Некоторые характеристики старых кодексов

Соглашаясь, хотя и с некоторыми оговорками, с типологической классификацией Диамонда старых кодексов на ранние, средние и поздние, автор главное внимание посвятил вопросу происхождения и характера первых кодификаций. Согласно традиционному толкованию (Мейне), ранние кодификации представляют собой всего лишь сборники записанных обычаев. С появлением письма было приступлено к записи старых обычаев, число которых все более возросло, а содержание их все более усложнялось, с целью их сохранения и достижения большей точности в отношении их применения. Автор присоединяется к сторонникам мнения, усматривающим в кодификации новшество, разрыв со старыми обычаями, явление, возникшее в годы общественной крутой ломки. Вот почему они не содержат ряда положений, которые вне сомнения имелись и которые являлись хорошо известными обычаями, а содержат главным образом все то, что является новизной и отходом от существовавших обычаев. Поэтому, наверно, господствующие круги связывали издание кодексов с божественной волей, с путешествиями в далекие цивилизованные страны, старались законы закутать в тогу религиозной неприкосновенности, а все не было бы нужным, если бы они исходили из традиций и существовавшего обычного права. Нам известны обстоятельства, при которых была создана часть этих законов, например, законы Солона, закон XII таблиц, законы Ликурга и др. Все они свидетельствуют о классовой борьбе и разрыве с традициями. Формулировка отдельных положений кодексов („по повелению короля” и т.п.) также подтверждает мнение, что старые кодексы представляют законодательные творения, появившиеся в результате происшедших крупных перемен в обществе и означают авторитарный разрыв с правовыми обычаями в период перехода от племенного к государственному устройству.

В отношении системы старых кодексов, ссылаясь на исследования некоторых советских историков права, автор придерживается мнения, что правовой материал в них расположен в порядке, в значительной степени отличающемся от современного и логику которого не всегда легко усмотреть.

SUMMARY

Some Characteristics of Old Codes

By accepting, with certain reserve, Diamond's typological classification of the old codes to old, middle and late, the author is particularly concerned with the question of origin and character of the earliest codification. The traditional concept (Maine) finds that the earliest codifications are nothing else but collections of common law. When letters were discovered, the old customs were written down, that constantly increased and became more complicated, in order that they be better preserved and to achieve a greater safety as to their application. The author sides with those who take codification as an innovation, a break up with old customs, a phenomenon which occurs at the time of social changes. As a consequence, they do not contain some of the regulations which must have existed, and were well known, but they mainly registered those that were new, breaking with the existing customs. That is why, probably, the rulers connected issuance of codes with, God's will, with travels to far civilized countries, endeavouring to cover laws with the veil of religious divinity. All this would not have been necessary had they been the continuation of the tradition and the existing common law.

The known circumstances under which a number of such laws and codes were passed (Solon's laws, XII Tables Law, Licurg's Law) indicate the conflicts, class struggle and break with the tradition. The formulation of some of the provisions of the laws („by the order of the king", etc.) also corroborates the approach that the old codes are products of legislation as the consequence of major changes in the society and that they mean an authoritative break with legal customs in the transition from tribal to the state system.

Referring to the studies by some Soviet historians of law, the author concludes with regard to the system of old codes that the matter they contain is exposed in a system which considerably differs from the present, and whose logic is difficult to see.

RÉSUMÉ

Quelques caractéristiques des vieux codes

En adoptant avec certaines réserves la classification typologique de Diamond des vieux codes, en codes des premiers temps, de la période intermédiaire et de la période ultérieure, l'auteur a concentré toute son attention sur la question de l'origine et du caractère des premières codifications. La conception traditionnelle (Maine) ne voit dans la codification des premiers qu'un recueil du droit coutumier. Quand l'alphabet a été inventé on avait commencé à rédiger par écrit les anciennes coutumes, qui devenaient de plus en plus nombreuses et compliquées, afin de pouvoir mieux les conserver et réaliser avec plus de succès leur application. L'auteur voit dans les codifications, à l'instar de certains autres auteurs, une innovation, la rupture avec les vieilles coutumes — phénomène qui apparaît dans les périodes de bouleversements sociaux. D'où il s'ensuit qu'elles ne contiennent pas certaines dispositions qui devaient incontestablement exister, qui étaient pourtant des coutumes bien connues, mais on y trouve surtout des dispositions nouvelles et la rupture avec les coutumes existantes. C'est pourquoi, probablement, les souverains rattachaient la promulgation des codes à la volonté de Dieu, au voyage dans les pays civilisés lointains, ils s'efforcèrent de couvrir les lois d'un voile d'inviolabilité religieuse, ce qui ne serait pas nécessaire si elles continuaient la tradition et le droit coutumier existant. Les circonstances qui nous sont bien connues, dans lesquelles un certain nombre de ces lois et codes ont été adoptés (les lois de Solon, la Loi des XII tables, les lois de Lycurgue) signalent les conflits, la lutte de classes et la rupture avec la tradition. La formulation de certaines dispositions des codes („conformément aux ordres du roi" etc.) confirme également l'opinion selon laquelle les vieux codes sont des créations législatives qui sont la conséquence des grands changements qui se sont produits dans la société et qu'ils signifient la rupture autoritaire avec les coutumes juridiques dans la période intermédiaire entre l'organisation tribale et l'organisation d'Etat.

Dans un aperçu des systèmes des vieux codes, en se référant aux recherches de certains historiens du droit soviétiques, l'auteur a exposé son opinion que la matière contenue dans ces codes est présentée d'après un système qui diffère sensiblement du système actuel et dont il n'est pas toujours facile de déceler la logique.

ТУЖИВОСТ СУБЈЕКТИВНОГ ПРАВА

I

Туживост субјективног права дефинисана је у науци најчешће као особина таквог права по којој оно ужива судску заштиту, што значи да ће, на тражење свог носиоца, у случају повреде или угрожења бити правоснажно утврђено и принудно реализовано ⁽¹⁾. Способност субјективних права да буду предмет државне заштите, представља редовну појаву. Друштвена вредност тих права управо и лежи у томе што држава њиховим титлларима пружа јемство да ће кроз судски поступак постићи њихово остарење. Међутим, за извесна права у области тражбених односа закон ускраћује могућност судске интервенције ⁽²⁾. Таква потраживања срећу се у многим законодавствима, али свуда изузетно ⁽³⁾. У појединости не желимо да се упуштамо, пошто би то излазило из оквира постављене теме ⁽⁴⁾. Напомињемо само толико да се у нашем данашњем праву као главни случајеви наводе: потраживање из усменог обећања поклоне, из игре или опкладе; вишак потраживања преко износа утврђеног принудним поравнањем; застарело потраживање ⁽⁵⁾.

Оно што нас овде више занима, то је правна природа туживости: Је ли она појам материјалноправни, или спада у процесно право? Закон о парничном поступку не помиње туживост уопште, па ни као процесну претпоставку. Одговор не даје ни предња дефиниција. Питање је занимљиво пре свега теоријски. Оно стоји у вези са учењем о праву на тужбу (пр. на судску заштиту, пр. на правосуђе, пр. акције). За правника за

(1) Понекад се уместо туживости говори о изнудивости права (Види Л. Марковић, стр. 81).

(2) Овде остављамо по страни већ превазиђену дискусију по питању да ли такво једино потраживање има правну, посебно тражбеноправну природу. За одречан одговор залагао се у немачкој науци нарочито *Siber*; који је основ натуралне облигације видео у моралу, конвенционалним правилима или обичају, а не у правној норми (стр. 63, 68, 83, 147). Литературу у којој се за немачко право заступа гледиште да овде није реч о једном тражбеноправном појму, види код *Oertman*, стр. 9 и 10. У француској науци морални елемент подвлачи нарочито *Ripert* (стр. 386, и след.). Правни карактер натуралне облигације данас је несумњив. Главни аргумент је *soluti retentio*.

(3) У науци и пракси уобичајен је за означавање обавезе која одговара таквом потраживању, израз „натурална облигација“, „природна (непотпунa, несавршена) обавеза“.

(4) Види: за устријско право: *Ehrenzweig*, 2. В., стр. 5. и след.; *Gschntzer*, стр. 21; за немачко: *Esser*, стр. 87. и 88; *Ennecerus-Lehmann*, *Schuldverhältnisse*, стр. 14. и 15; за француско: *Colin-Capitant-Morandière*, *tome deuxième*, стр. 335. и след.; *Marty-Raynaud*, стр. 273, и след. за италијанско: *Barassi*, стр. 91, 477. и след., 701; *Rotondi*, стр. 330. и 331; *Trabucchi*, стр. 544. и след.

(5) За југословенско право види: *Zuglia*, Природне обавезе, стр. 26—32; *Богданфи и Николић*, стр. 5. и 84.; *Благојевић*, Уговори, стр. 80, 81. и 215; *Јакшић*, стр. 41. и 42; *Вуковић*, Обавезно право, стр. 406; *Штемпихар*, стр. 27; *Цигић*, стр. 40. Специјалну предатну литературу види и код *Петковића*, уз одговарајуће параграфе СГЗ.

кога је право на тужбу појмовно исто што и субјективно материјално право, туживост мора бити несумњиво један материјалноправни појам. Друкчије, ако се право на тужбу схвати као право на повољну пресуду (правозаштитни захтев), или само као право на мериторну одлуку. Јавноправни елементи овако схваћеног права на тужбу упућују на закључак да је туживост појам процесноправни. Такав закључак о њеној природи поготово се намеће ако се то право схвати најшире — просто, као овлашћење сваког правног субјекта да се са својим тражењем заштите обрати суду и да овај по том тражењу поступа у складу са материјалним и процесним правом. Ваља, ипак, приметити да се предњи закључак о процесноправном карактеру туживости, као последици једног одређеног схватања о праву на тужбу, не намеће са апсолутном нужношћу. На могућност супротног става указујемо у току даљег излагања.

Но, напред постављено питање није само теоријско. Његов значај не лежи само у томе што оно улази у оквир основне проблематике грађанског процесног права. Са њим се може срести и практичар. Наиме, суд у парници прво испитује допуштеност тужбе проверавањем да ли су испуњени услови за мериторно расправљање и одлучивање (процесне претпоставке). Ако се узме да туживост представља такав један услов, суд мора на његово постојање да пази по службеној дужности. И даље, у случају у коме нађе да је предмет спора једно нетуживо потраживање, он треба да донесе решење о одбацивању тужбе (арг. чл. 76, ст. 5, чл. 271, ст. 1. и чл. 277. ЗПП). Пошто до мериторне одлуке не може доћи, то изостанак тужењег не може за собом повући контумациону пресуду. Слично томе, остаје без дејства признање тужбеног захтева ⁽⁶⁾, као и одрицање од њега и поравнање — две радње са дејством правоснажног пресуђења. Ако се, на против, пође од тога да је туживост ствар самог субјективног права, суд је дужан да расправља о предмету спора и да у случају натуралне облигације одлучи пресудом којом одбија тужбени захтев (као неоснован). Исто тако могућна је пресуда због изостанка или на основу признања, а поменуће радње располагања предметом спора производе своје дејство ⁽⁷⁾. Поред тога, треба нагласити да решење, насупрот пресуди, није способно за материјалну правоснажност (чл. 322. и чл. 336 ЗПП). Доследно томе, тужилац би могао поновити тражење заштите у једној правној ствари у којој први пут није успео да увери суд да је поклон писмено обећан, а пронашао је у међувремену исправу која ту изјаву садржи. Напротив, ако се усвоји материјалноправно гледиште, тужилац би у предњем примеру могао само да предложи понављање поступка (чл. 381. ЗПП).

Питање није добило своје непосредно решење ни у страном законодавству. Ставови науке и праксе су подељени. Ваља напоменути да се сва схватања не исцрпљују у две крајности, онако како смо их изложили за

(6) Супротно, за немачко право *Reichel*: Ако тужени дужник може признати један очигледно непостојећи (неосновани) захтев, зашто не би могао признати и један нетужив. Осим тога, у признању захтева треба истовремено видети одрицање од нетуживости (разуме се, уколико је реч о таквој од које се тужени може одрећи.) Исто важи и за поравнање (*JJ*, 1912, стр. 73).

(7) За застарело потраживање горња правила не важе. Оно је способно за судску заштиту, јер тужба води осуди ако приговор застарелости не буде истакнут. Зато има писаца који застареле обавезе не рачунају у природне. Тако, на пример, *Oertmann*, стр. 10, *Esser*, стр. 87.

југословенски поступак. Међу процесноправним гледиштима нека су материјалноправном ближа, а друга даља. Одлучујуће мерило за поделу био је став према природи одлуке, дакле да ли она треба да се тиче поступка или предмета спора.

Као старије заслужује да буде означено мишљење које узима да је туживост ствар суштине спора и да њен недостатак води мериторној одлуци. Оно потиче из времена у коме је за процесне појаве пружано објашњење помоћу материјалноправних појмова. У оквиру таквог погледа на однос ове две области, акција је сведена на субјективно право, што неизбежно води цивилистичком схватању о карактеру туживости. Мисао да ова представља процесни појам, јавила се тек пошто је тријумфовало схватање парнице као односа у коме постоји једно публицистичко право странке према суду. Међутим, цивилистичко гледиште о природи овог појма налазимо и код писаца с краја прошлог или почетка овог века који су стекли заслуге за осамостаљење и развој науке процесног права, посебно код поборника правозаштитног захтева ⁽⁸⁾. То може изгледати необично ако се има у виду да знатан део савремене стране науке даје на постављено питање супротан одговор, и то управо на плану односа тужилац-суд, дакле, помоћу јавноправних елемената процеса, који добијају свој најпотпунији израз кроз читав низ теорија о праву на правну заштиту. Но, исти такав одговор може се прочитати и у делима савремених процесуалиста, међу којима неки још увек бране теорију о правозаштитном захтеву ⁽⁹⁾.

Као владајуће гледиште у данашњој страниој науци треба означити оно које у туживости види процесни појам. Већи број писаца узима просто да је реч о једној општој процесној претпоставци која се по својој основној природи, не разликује од осталих претпоставки исте врсте ⁽¹⁰⁾.

По једном схватању, туживост је ствар процеса, али не спада у процесне претпоставке. Истина, у случају у коме она недостаје, тужбу треба одбацити као недопуштену, а не као неосновану. Али, о постојању туживости треба одлучивати тек пошто буде утврђено да су процесне претпостав-

(8) Тако *Wach*, који узима да је питање да ли је субјективно право натурално, једно питање његове садржине (стр. 122. и 123). За *Hellwiga* је недостатак туживости ствар „грађанскоправног несавршенства природне обавезе“ (*Anspr. und Klagr.*, стр. 13. *Lehrb.*, стр. 19. *Kohler* међу процесним претпоставкама не помиње туживост (стр. 40). По *Goldschmidt*у је способност потраживања да буде предмет заштите једна од претпоставки права на тужбу, чији недостатак води мериторној одлуци (*ZPR*, стр. 29. и 30). *Stein-Juncker* узимају туживост за претпоставку правне заштите са материјалноправним значајем (стр. 6, 14. и 18). За аустријско право, у основи исто становиште заступају од старијих писаца: *Neumann* (стр. 864). *Pollak* (стр. 111) и *Sperl* (стр. 330. и след.). У француској науци *Glasson-Tissier*, иако јасно разликују акцију од субјективног права, сматрају питање конкретног постојања оне прве као једно питање суштине (*question de fond* — стр. 425).

(9) Тако за немачко право *Blomeyer*, који сматра да нетужив захтев треба одбити као правно неизнудив (стр. 170). Међу немачким ауторима, за материјалноправно схватање изјашњава се још изрично *Lent*, за кога је нетужив захтев правно непостојећи (стр. 86). *Bernhardt* (стр. 16—18) и *Wieczorek* (стр. 698) не помињу туживост као процесну претпоставку. То не чини ни *Sauer* у својим таблицама (стр. 227—232). Исто и *Guldener* за швајцарско право (*3PR*, стр. 178. и след.). У аустријској науци заступа материјалноправно схватање *Petschek* (стр. 239. и 257).

(10) За немачко право, у том смислу: *Bley* (стр. 89) *Rosenberg*, стр. 337; *Stein-Jonas*, претходне напомене уз § 253. *ZPO Baumbach-Lauterbach* (стр. 471) *Schönke-Schröder-Niese* (стр. 196); *Schnorr v. Carolsfeld* (стр. 250, нап. 21) *Phole* даје предност процесноправном схватању, не оспоравајући сваку тачност оном материјалноправном које би пошло од тога да је туживост саставни део субјективног права (стр. 215). У аустријској науци *Fasching* даје исти одговор за она потраживања за која закон ускраћује тужбу (судски пут, правни пут). Супротно томе, где је ускраћење туживости изведено из материјалног права прописом по коме се „исплата једног дуга неће моћи натраг тражити“, као нпр. у случајевима из §§ 1432. и 1174. *OGZ*, ради се о једном питању материјалног права (стр. 8. и 9). Као процесноправно питање, узима туживост и *v. Tuhr* (стр. 33).

ке испуњене, а према околностима не треба уопште одлучивати ако се тужба показује као неоснована ⁽¹¹⁾.

Постоји и такво мишљење, по коме туживост није нека процесна претпоставка за себе, него се своди на тзв. недопуштеност редовног правног пута ⁽¹²⁾.

У системима у којима о акцији (праву на правну заштиту) говоре законски текстови, туживост налази своје место међу претпоставкама за њено вршење. Класификацију тих претпоставки поједини писци различито изводе, и акција нема исто место код сваког од њих. Али велика већина аутора које смо консултовали заступа мишљење да тужбу треба одбацити *a limine* ако се њоме тражи заштита која није прописана правним поретком ⁽¹³⁾.

Посебну пажњу заслужује гледиште које објашњење недостатка туживости види у разликовању, карактеристичном за немачку науку, између дуга (*Schuld, debitum*) и одговорности имовином за дуг (*Haftung, obligatio*). Код натуралне облигације субјективно право постоји, што се најбоље види из искључења *conditio indebiti*. А ако постоји право, мора постојати и дуг. Оно што у оваквим случајевима недостаје, то је одговорност, која се остварује кроз парнични и извршни поступак помоћу јавноправног овлашћења на судску заштиту ⁽¹⁴⁾.

(11) Nikisch, стр. 224.

(12) Тако Wolff, стр 77. Види: Riezler, стр. 125; Reichel, JJ, 1912, стр. 71. Види и следећу напомену.

(13) Тако за италијанско право: Micheli, који туживост ставља међу процесне претпоставке (*presupposti processuali*) у ужем смислу, потребне за уредно заснивање парнице, насупрот условима под којима се суд упушта у меритум (тзв. *condizioni dell'azione*) (стр. 18—25). Слично Redenti, који узима да је туживост један од услова за допуштеност тужбе (*proporibilità dell'azione*), али да и она представља мериторно питање у ширем смислу, које треба разликовати како од питања основаности акције (меритум у најужем смислу), тако и од процесних претпоставки. Но, ако се покаже да неки од тих услова није испуњен, суд треба тужбу да одбади, јер нема разлога да се упушта у испитивање њене основаности (стр. 21. и 61). Спротивно предјим ауторима, Zangiacchi не убраја способност права за судску заштиту у претпоставке које морају бити испуњене да би поступак био заснован и развијао се у правцу мериторне одлуке. Према томе, туживост би била услов за пресуду у корист тужноца (стр. 67, 68, 78. и 79).

Указујући на непостојање процесних одредаба о туживости, Satta изражава сагласност са праксом италијанског касационог суда, који туживост узима у једном ширем смислу, дакле не само као недопуштеност судског пута или домаћег правосуђа (*difetto di giurisdizione* — чл. 37 С. Proc. Civ.), него и као недостатак акције. Иначе, исти писац не инсистира на дубљем разликовању између одлуке о неприхватљивости и неоснованости тужбе, али га сматра целасходним (*Commentario*, 50 стр. 47, 48. и 163).

И савремени француски процесуалисти сматрају туживост као претпоставку за допуштеност мериторне одлуке. Cornu и Foyer узимају да је тужба за заштиту потраживања коме одговара натурална облигација неприхватљива (*irrecevable*), јер се ради о праву које је лишено акције. Доследно томе, суд неће дати одговор у погледу суштине спора (*une réponse au fond*), него процесну одлуку којом се тужба из напред наведеног разлога одбија (стр. 269. и 273). Исто тако, и Solus и Perrot истичу да носилац једног непотпуног права нема моћ да обавезе суд на испитивање постојања таквог права (стр. 95, 101, 196). У том смислу и Cuche-Vincent (стр. 11. и 13.)

(14) Од старијих писаца, ово схватање односа одговорности и туживости заступа Oertmann (стр. 11. и 12. Види код овог писца на истом месту и литературу по питању правне природе нетуживости.) Binder чак иде тако далеко да пориче постојање правне дужности која би одговарала субјективном праву. Према материјалноправном захтеву стоји само одговорност, која се остварује кроз парницу и принудно извршење. Материјално право има за претпоставку процес, а не обратно (стр. 14). У новије време изводи нетуживост из одговорности на рочишту Esser. По њему, дужност читања значи заповест, а ова се спроводи кроз парницу и принудно извршење. Другим речима, изнудивост је остварење одговорности (стр. 82—84), која се дакле на првом месту показује као један процесни појам. Примећујемо да се разликовање између дуга и одговорности среће и у науци других земаља, а не само у немачкој. (Види: за аустријско право Gschinitzer, стр. 21; за италијанско — Trabucchi, стр. 512; за француско — Mazeaud, стр. 18; за југословенско: Вуковић, стр. 406; Штемпихар, стр. 27.) Одвајање дуга од одговорности има и својих противника. Види, на пример, Schlesinger (стр. 22. и 23), Kriickmann (стр. 309).

Најзад, предњи приказ заслужује да буде попуњен кратким освртом на римско право. Строго разликовање између материјално-правне и процесноправне стране парнице том праву није познато, те ни постављено питање не може овде гласити подједнако као за данашње. Ипак, уређење формуларног поступка допушта закључак да су последице онога што данас називамо нетуживошћу наступале кроз правила процеса. Наиме, претор је ускраћивао акцију ако по његовој оцени за чињенично стање, изложено од стране тужноца, она није била предвиђена. *Denegatio actionis* значила је окончање поступка у његовом првом стадијуму. До расправљања и мериторног одлучивања од стране *iudex*-а није у таквом случају ни долазило ⁽¹⁵⁾.

Југословенски законик о поступку од 1929. не садржи непосредан одговор на питање како треба поступати у случају недостатка туживости једног права *Цуља* (*Zuglia*) у својој монографији о натуралним облигацијама говори о *пресуди* којом је утврђена нетуживост (непринудност) једног потраживања ⁽¹⁶⁾. Доследно том ставу, који указује на материјално-правно схватање, исти аутор ни у свом систематском приказу предратног парничног поступка не наводи туживост као услов за мериторно расправљање и одлучивање ⁽¹⁷⁾. *Благојевић* у својим Начелима не убраја туживост у процесне претпоставке, али зато се на другом месту одлучно изјашњава да тужбу треба по службеној дужности одбацити ако субјективно право не ужива судску заштиту ⁽¹⁸⁾. Предратна судска пракса је поводом тужби за осуду на нетуживу обавезу одлучивала пресудом ⁽¹⁹⁾.

Као што смо рекли, питање заслужује дискусију и у данашњем југословенском праву. Закон о парничном поступку не помиње нигде туживост, нити употребљава неки сличан израз за овај појам. Савезни врховни суд одлучно је *мериторно* по тужби из усменог обећања поклона ⁽²⁰⁾. *Цуља* у свом систематском приказу парничног поступка не узима да је туживост процесна претпоставка ⁽²¹⁾. Ту природу не придаје јој ни *Трива* ⁽²²⁾. Писац ових редова, указујући да је питање контроверзно, изјашњава се изрично у свом уџбенику за материјалноправно схватање ⁽²³⁾, За *Јухарта* је, на против, туживост процесна претпоставка ⁽²⁴⁾. Такво стање законодавства,

(15) *Kaser*, стр. 52. и 53.

(16) *Цуља*, Природне обавезе, стр. 33.

(17) *Цуља*, Грађанско процесно право, стр. 669 и след.

(18) *Благојевић*, Начела, стр. 222, 302. и 303.

(19) Види, на пример: одлуку бр. 243. у Збирци *Милановић-Штрасер*; одлуку бр. 574. у Збирци *Rusner-Strohal*; одлуку Рев 199/38 од 16. апр. 1938, уз 564 СГЗ (редакција I. Петковића).

(20) „Поклон непокретности нема дејства кад уговор о поклону није писмено састављен, иако је обећање поклона дато и прихваћено пре ступања на снагу Закона о промету земљишта и зграда”. . . . *Пресуда* СВС, Рев 1350/50, од 23. 2. 1960, 30, 1960, одл. бр. 16. Види и *пресуду* Врховног суда НР Хрв. Гж. 118/57 од 6. 2. 1957, 30, 1957, одл. бр. 78: „За опстојност и ваљаност усмене даровне погодбе потребна је права предаја (физичка предаја), а ова не постоји ако је дарована ствар након погодбе остала на уживању код дароваоца.” Напомињемо ипак да се из објављеног дела образложења не види да ли је предмет спора био захтев за предају поклоњене ствари.

(21) *Цуља*, (*Zuglia*), Грађ. парн. пост., стр. 25—27.

(22) *Трива*, стр. 3. и 25—28.

(23) *Познић*, стр. 4 и 20.

(24) *Јухарт*, стр. 253.

праксе и науке допушта оцену по којој цивилистичко учење треба у југословенском праву узети као претежно.

Већ сама чињеница да оба схватања имају данас своје присталице показује да ниједно од њих не може претендовати на апсолутну тачност. Питање се своди на то како је исправније схватити однос туживости према субјективном праву. Дефиниција са којом смо почели овај чланак није довољна за објашњење тог односа. Туживост као својство (особина, обележје, квалитет) права може бити различито схваћена. О односу ова два појма могућне су две конструкције, из којих се намећу изложени супротни закључци. За обе конструкције подједнако је значајно да туживост представља могућност права грађанина на судску заштиту. Јер, држава је, уз прописивање услова под којима субјективно право настаје, његовом носиоцу обећала заштиту. Способност тог права да буде заштићено долази, дакле, до изражаја у дужности суда према тужиоцу, која има јавноправни, а не грађанскоправни карактер.

Поменути однос може бити схваћен, прво, тако што би се узело да туживост улази у појам субјективног права, образује његов саставни део, другим речима, представља једно од овлашћења која чине његову садржину. Ова конструкција неизбежно води материјалноправном схватању, и обротно, онај ко се за то схватање залаже, мора однос два појма тако да разуме. Јер, само тако може се објаснити став да је туживост ствар самог субјективног права. На тај начин, састав тог права показује се као разнородан, како по садржини титулареве моћи, тако и по пасивном субјекту: Уз овлашћење на правну заштиту, коме одговара наведена дужност суда⁽²⁵⁾. У сваком потпуном субјективном праву садржан би био, дакле, и један публицистички елемент. Ова хетерогеност у структури субјективног права представља једну слабост прве конструкције, коју неки писци осећају и чине напор да је отклоне⁽²⁶⁾.

По другој конструкцији, туживост не улази у састав субјективног права, него се појављује као његов редован пратилац. Уз материјалноправни однос између странака постоји и акцесорни однос тужилац-суд, који је јавноправног карактера, и, пошто се заснива у вршењу судске функције, треба га сматрати процесно-правним, дакле јавноправним. Туживост се овде показује као ствар процеса, а не материјалноправног односа, те њен недостатак не погађа само субјективно право. Нетужива обавеза значи само то да за суд не може ни у ком случају настати дужност да испитује да ли тужиоцу субјективно право припада. Отуда и одлука по тужби не треба да буде мериторна, него процесна. Ова конструкција изгледа нам

(25) Сматрамо застарелим гледиште по коме то овлашћење припада носиоцу субјективног права према другој страни у материјалноправном односу, као што то узима, на пример, *Chiovenda* (стр. 45. и след).

(26) Тако, на пример, *Henle*: „... Могућност тужбе састоји се у заповести судији да заштити повређено (субјективно) право. Ова заповест није, дакле, управљена на појединца... Заповест, иако јавноправне природе, упијена је од стране приватног права, с којим је у вези. Доследно томе, могућност тужбе улази у суштину субјективног права. Уз овлашћења која потичу из субјективног права, додаје се и овлашћење за тужбу као један, иако неодољив, а оно ипак различит саставни део...“ (стр. 334). Како се може разумети да је заповест судији, иако јавноправне природе, упијена од стране приватног (субјективног) права?

убедљивија, зато што она субјективно право ограничава на цивилистичка овлашћења, и не изводи из њега однос између тужиоца и суда. Из тог разлога спремни смо да дамо предност процесноправном учењу ⁽²⁷⁾.

Предња разматрања показују да се процесноправним схватањем јаче подвлачи разлика према случајевима кад тужилац истиче једно право које је позитивноправном систему непознато (на пример, на успостављање заједничког живота у браку), или за које већ по тужби нису испуњене материјалноправне претпоставке (неконклюдентан захтев). Јер, несумњиво је да у таквим споровима субјективног права нема, те је и мериторна одлука на свом месту.

По процесноправном учењу, у случају нетуживог потраживања субјективно право *може да постоји*, али недостаје дужност суда да изрекне заштиту. Доследно таквом ставу, треба донети одлуку која на питање постојања права не даје одговор. Судска изрека треба да се ограничи само на утврђење да заштити нема места, чак и кад би право постојало. Такво одлучивање је, дакле, само процесно, а не и суштинско. Супротно томе, материјалноправна теорија нужно води закључку да се одлучује о питању постојања самог субјективног права (мериторно). Смисао те одлуке није јасан. Њом се тужбени захтев одбија (као неоснован), што би требало да значи да субјективно право за које је тражена заштита, не постоји. Такав закључак, међутим, с обзиром на природу нетуживе обавезе, очигледно не би био тачан. Противречност није лако разрешити.

Процесноправно схватање, међутим, не треба разумети као крајњу супротност материјалноправном. Ако кажемо да туживост не улази у састав материјалноправног захтева, онда тиме нисмо рекли да пред собом имамо таква два односа, од којих сваки може имати своју самосталну судбину. Јер, туживост је по процесноправној теорији не само редован, него и (бар по правилу!) нераздвајан пратилац субјективног права. Пропи-сјући услове за настанак тог права, закон истовремено налаже суду да му за случај повреде пружи заштиту. И обратно, норма о нетуживости је неодвојиво везана са нормом којом је уређено заснивање једне непотпуне обавезе. Две конструктивне могућности, дакле, тичу се само начина на који ће суд такву обавезу третирати у процесу. Из њих не треба извући закључак да су однос тужиоца према суду и однос у коме он истиче своја цивилистичка овлашћења према туженом, два потпуно независна односа. Напротив, оба су уређена истом законодавном вољом.

Горња напомена нема карактер чисто теоријске поставке. Границе овако схваћене туживости огледају се, прво, у оним земљама у којима је законодавство подељено између савеза и феудалних јединица, тако да је онај први надлежан за материјално право, док је поступак стављен у делокруг ових других. Ако би се процесноправно учење схватило тако да је туживост потпуно одвојена од материјалноправног захтева, онда би се она, као ствар процесног права, налазила у компетенцији федералних јединица. Ове би, према томе, могле одговарајућим нормама спречити ефикасност

(27) Тиме напуштамо став који смо заузели у свом наведеном делу на стр. 2.

појединих субјективних права, предвиђених савезним прописом ⁽²⁸⁾. И обратно, таква могућност стајала би отворена савезу у једној федеративно уређеној земљи, у којој процесноправно законодавство припада њему, а материјалноправно федералним јединицама. Међутим, такве последице процесноправног гледишта су неприхватљиве.

De lege lata, против процесноправног схватања говори то што текст Закона о парничном поступку нигде не помиње туживост уопште, па ни као процесну претпоставку. Кад се има у виду да је он скорашње законодавно дело, треба претпоставити да је његовим редакторима био познат дуализам материјалног права и процеса као коначна тековина науке. Ако они ипак нису унели туживост као услов за расправљање и одлучивање о предмету спора, онда се то може протумачити тако да су прихватили материјалноправно схватање.

Иако предњи аргумент није безначајан, он ипак није одлучујући. Пре свега, процесне претпоставке поменути Закон не набраја таксативно, нити су оне све у том пропису предвиђене. Постоје и претпоставке које су предвиђене другим законима. Такво стање не искључује, дакле, могућност да се процесни карактер туживости изведе из материјалноправних прописа, и да се на поступање суда у случају тужбе за остварење једног несавршеног потраживања примене по аналогiji одредбе прописане за другу, сличну претпоставку, као што је судска надлежност уопште (допуштеност редовног правног пута). Да је овакав начин мишљења могућ, показује упоредно право. Немачки процесни закон не говори о туживости ништа, што за савремену науку те земље не представља сметњу да прихвати процесноправно схватање. Можда ће се приметити да 1877. године, кад је тај закон донесен, ово схватање није ни постојало. Али, као пример се може навести и италијански Законик о грађанском поступку од 1940. Ни у њему се не говори о нетуживости, па ипак већи део науке и судови узимају тај недостатак као ствар акције, а не субјективног права.

Значај туживости као процесне претпоставке такав је да њен недостатак треба у погледу поступања суда изједначити са недостатком интереса за тужбу и са сметњама које проистичу из принципа *Ne bis in idem*. То значи да председник већа сам одбацује тужбу ако нађе да се ради о једном нетуживом потраживању. Ако, напротив, сматра да таквој одлуци нема места, онда о приговору да је посреди нетуживо потраживање одлучује веће у стадијуму главне расправе (чл. 277. и 290. ЗПП).

Нетуживост је установа јавног поретка. Странке не могу својим споразумом учинити једну непотпуну обавезу потпуном ⁽²⁹⁾. Такав споразум нема утицаја на дужност суда да потраживање узме као нетуживо и да донесе решење о одбацивању тужбе.

⁽²⁸⁾ За швајцарско право до тог закључка долази *v. Tuhr*, који узима да је туживост питање процеса права, и као такво спада у надлежност кантона. Конфедерација је, међутим, својим законодавством прекорачила границу надлежности више пута и регулисала материје које су по својој природи процесне. По мишљењу овог писца, у такве материје спада и туживост (стр. 33. и 34). *Guldener* изрично одбацује могућност да туживост једног правног захтева, предвиђеног материјалним правом конфедерације, буде отклоњена процесним правом кантона. Овај став представља једну последицу начела по коме оно прво има предност пред овим другим (*ZPR*, стр. 64).

⁽²⁹⁾ Тако, изрично, *Pollak*, стр. 4.

У дискусији о правној природи туживости обично се има у виду парница по тужби за осуђу на чинидбу. Међутим, одговор заслужује и питање да ли исте ставове треба заузети и за парницу у којој тужилац свој предлог ограничава на утврђење постојања или непостојања једног нетуживог потраживања. По процесноправној теорији, такву тужбу треба одбацити као и ону којом поверилац жели да постигне извршни наслов. Јер, и у парници по декларативној тужби он тражи судску заштиту, само ова треба да му буде пружена у другом виду. Али, он одговарајућу пресуду не може издејствовати просто зато што право које треба да буде утврђено није уопште способно за судску заштиту. У оквиру материјалноправног учења, за утврђење натуралне облигације питање допуштености тужбе заслужује одговор са становишта правног интереса. Једно гледиште било би у томе да тужилац не може никад имати такав интерес, јер никад неће моћи да судским путем оствари своје право на чинидбу. По другом ставу — који нам изгледа ближи — постојање правног интереса је и у оваквој парници ствар конкретне оцене. По овом другом схватању, не би било разлике према другим парницама по декларативној тужби ⁽³⁰⁾.

II

Напред је било речи о нетуживости која је прописана законом. Поставља се питање може ли овлашћење на судску заштиту бити отклоњено вољом странака, али тако да субјективно (материјално) право постоји и даље. Питање се може поставити само за заштиту оног права којим његов носилац може слободно располагати. У римском праву поверилац је са дужником могао да закључи *pactum de non petendo*, али је тај уговор имао само материјалноправно дејство и представљао је отпуст дуга (*p. d. n. p. in perpetuo*), или одлагање доспелости обавезе (*p. d. n. p. in tempus*). За случај да парница буде покренута противно овом споразуму, дужнику је стајала на располагању *exceptio pacti* ⁽³¹⁾. Са једним изузетком, на који ћемо још указати, савремено страно законодавство не садржи одредбу која то питање непосредно уређује. Већина страних аутора даје потврдан одговор ⁽³²⁾.

Основни аргумент за пуноважност таквог споразума лежи у диспозитивности субјективног права: Ако поверилац може тим правом да располаже и тако што ће отпустити дужнику дуг, онда му се не може порећи

⁽³⁰⁾ Заступајући процесноправно схватање туживости, *Reichel* одбацује могућност декларативне тужбе, како позитивне тако и негативне (*JJ* 1912), стр. 65. Исто и *Fasching*, стр. 62. Слично и *Sperl*, који овде види и недостатак правног интереса (стр. 313). Супротно *Schoch*, која полази од тога да је туживост уређена од стране цивилноправног, а не од стране процесноправног законодавца, и да представља један чисто материјалноправни појам (стр. 64—67).

⁽³¹⁾ *Sohm*, стр. 488. и 489.

⁽³²⁾ За немачко право види: *Reichel*, *JJ*, 1911, стр. 424—451; *Rosenberg*, стр. 378; *Schönke-Schröder-Niese*, стр. 196; *Larenz*, стр. 273; *Stein-Jonas* (излагања под IV, 1c, испред § 253). Види на истом месту литературу о супротном мишљењу. За аустријско право: *Pollak*, стр. 4; влади да се таквим споразумом овлашћено лице лишава само акције, тако да његово субјект *Sperl*, стр. 342; *Schlesinger*, стр. 25; *Wolff*, стр. 3. За италијанско право — *Redenti*, који подвлачи да се таквим споразумом овлашћено лице лишава само акције, тако да његово субјективно право добија својство натуралне облигације (стр. 75. и 76); за француско право, види: *Cornu-Foyer*, стр. 309. и 310; *Terré*, стр. 20.

ни овлашћење да се одрекне права на тражење судске интервенције ⁽³³⁾. У прилог те могућности наводи се и уговор о избраном суду: Оно што је у том уговору битно — каже један писац — то није поверавање спора арбитру, него искључење парнице пред редовним правосудјем ⁽³⁴⁾. Тај уговор може се закључити само о ономе о чему се странке могу поравнати, а поравнање је могућно само уколико овлашћеном стоји на располагању одрицање од права. Ако странке увек могу парницу да окончају по својој вољи, зашто је не би могле и унапред да искључе — пита се исти аутор ⁽³⁵⁾. У прилог такве могућности наводи се и то да држава нема интереса да се парнице воде. Уосталом, ако би туживост и извршност биле изузете од страначког располагања, онда би се за непуноважно морало узети и уговарање ограничене одговорности, а за то не постоје никакви основи ⁽³⁶⁾.

За немачко право се могућност закључења уговора о искључењу туживости изводи и из неких материјалноправних одредаба које за извесне врсте односа не допуштају искључење тужбе, као на пример § 133, ст. 3. Трговачког законика (36а). Тим одредбама се придаје изузетан карактер, насупрот општој, прећутној норми која пакт у начелу дозвољава ⁽³⁷⁾.

Неки аутори истичу разлику између искључења туживости и одрицања од правног пута уопште. Нетуживошћу једног захтева само се отклања могућност непосредне принуде у циљу заштите једног права, али не и свако право на државну судску помоћ ради остварења других последица неиспуњења обавезе у материјално-правном односу, као што је пребијање у парници, реализација једног заложног права или права задржања, накнада штете итд. ⁽³⁸⁾.

У Француској науци спроводи се разликовање између (апстрактног) права на судску заштиту (*le pouvoir d'ester en justice*) и (конкретног) права на обраћање суду у циљу заштите свога права и интереса. Прво од тих овлашћења је јавноправне природе (*une liberté publique*), те се грађанин његове употребе не може одрећи. Супротно томе, посебно одрицање, којим би неко лице ускратило себи да у одређеном односу прибегне право-

(33) Тако Reichel, који сматра да се одрицање предузима једностраном изјавом. Из диспозитивности проистиче и то да се дужник увек може одрећи уговорене нетужљивости (JJ, 1911, стр. 446, 445. и 459).

(34) Terré ипак изражава сумњу у вредност овог аргумента (стр. 20).

(35) Reichel, JJ, 1911, стр. 451. и 453. Слично и Pohle, стр. 214.

(36) Тако Schlesinger у Кланговом Коментару, уз § 859.

(36а) Ништав је споразум којим се искључује или ограничава право ортака да тражи распуштање јавног трговачког друштва.

(37) Тако Schönke-Schröder-Niese, стр. 196.

(38) Ту разлику подвлачи Pisko, не дајући одговор на питање о могућности туживости (излагање уз § 19. ОГЗ, у Кланговом Коментару, стр. 205. и 206). Исто разликовање спроводи и Schlesinger, узимајући да је искључење туживости допуштено, под условом да странке имају у виду друге санкције за случај неиспуњења обавезе. Ако би оне отклониле сваку санкцију, то би значило да уговору хоће да одузму карактер правног посла (излагање уз § 859. ОГЗ, у Кланговом Коментару, стр. 25). У истом смислу и Pollak, који сматра да *pactum de non petendo* искључује само тужбу за испуњење, а оставља нетакнуто постојање потраживања и његову способност за пребијање, као и могућност друге тужбе. Овај споразум не представља разлог за недопуштеност правног пута, него само материјалноправни приговор, што је од значаја за доношење пресуде због изостанка (стр. 4). За немачко право Stein-Jonas узимају да се један правни субјект не може одрећи правне заштите као такве, али да може уговором засновати натуралну облигацију или постојећи материјалноправни захтев преобратити у такву обавезу (коментар испред § 253, под IV, 1, c).

суђу, у принципу није забрањено. Одступања од ове могућности треба прихватити у ситуацијама у којима је реч о јавном поретку ⁽³⁹⁾.

По једном мишљењу, нетуживост се може уговорити приликом закључења правног посла. Напротив, кад је реч о једном постојећем односу, такав уговор, по правилу, нема процесноправно дејство ⁽⁴⁰⁾.

Страни писци који поричу могућност споразумног искључења туживости, налазе ослонац у јавноправном карактеру овлашћења на судску заштиту ⁽⁴¹⁾. Тако, по једном мишљењу, треба гледати на стварну вољу странака. Ако оне имају у виду субјективно право, другим речима, ако намеравају да на њега утичу (на пример, отпуст дуга, одлагање доспелости, ограничење одговорности), онда се њихов споразум просуђује по грађанском праву. Међутим, ако оне имају за циљ искључење или ограничење процесног овлашћења да једно субјективно право буде изнето пред суд, онда су меродавне процесне норме, а оне познају одрицање од туживости само у виду уговора о изабраном суду. Иначе је искључење ништаво. Цивилноправни послови о процесним овлашћењима су по том мишљењу, бесмислен појам! ⁽⁴²⁾.

Изражено је и мишљење да одлучујући аргумент против поменутих могућности не треба видети у јавноправном карактеру права на тужбу, јер и у процесу има таквих јавних права којих се њихов носилац може одрећи (на пример, права на правни лек). Уместо тога, боље је позвати се на то да странке ни уговором о изабраном суду не могу потпуно и за све случајеве да се одрекну државног правосуђа. У уговорном искључењу тужбе обично лежи одрицање од самог (субјективног) права ⁽⁴³⁾.

По једном схватању, уговор о ускраћењу судске заштите допуштен је само за оно право на тужбу које за основу нема никакво приватно субјективно право, као што је случај са тужбом за остварење једног преображајног права или са предлогом за извршење, али опет само ако из природе појединог права не проистиче да се ради о изузетку ⁽⁴⁴⁾.

⁽³⁹⁾ *Terré*, стр. 20.

⁽⁴⁰⁾ Тако *v. Tuhrr*, који је у предњем разликовању усамљен. Исти аутор поставља питање на које не даје одговор — да ли правном послу за који је приликом закључења уговорена нетуживост, треба порећи сваки правни значај, или треба прихватити да из таквог посла настаје једна обавеза која није принудна, али је испуњива (*obligatio naturalis*) (стр. 30)? *Oertmann* није сасвим уверен у могућност да се једном захтеву одузме туживост уговором којим је заснован (стр. 11).

⁽⁴¹⁾ О радовима у којима је за немачко право то гледиште изнето, а који нису наведени у овом чланку, види *Stein-Jonas*, излагања под IV, 1c, нап. 79, испред § 253.

⁽⁴²⁾ *Hellwig, System*, I, стр. 451. Кроз последњу мисао аутор изражава свој начелни став да су допуштени само они процесни уговори које закон изрично предвиђа као такве. По *Faschingu*, право на тужбу је саставни део захтева за правосуђе, који припада јавном праву. Зато странке не могу то право сасвим да искључе, него могу само да га модификују уговарајући изборни суд као посебан вид правне заштите. Према томе, споразумно одрицање од туживости не може се сматрати негативном процесном претпоставком и не води одбацивању тужбе. Тај споразум ће приликом испитивања основаности тужбе моћи да буде схваћен као вансудско одрицање од материјалноправног захтева, изузев у случајевима кад сам закон не допушта то одрицање или се оно има сматрати као противно моралу (стр. 9). Могућност одрицања од мериторне одлуке пре подношења тужбе суду искључује у сваком случају и *Bley* (стр. 68). У савременој немачкој науци против ограничења права на судску заштиту (осим у виду изборног суда) изрично се изјашњава *Wieczorek* (стр. 698).

⁽⁴³⁾ Тако *Ehrenzweig*, који, позивајући се на судску праксу, своја излагања закључује речима: „Ко хоће да остане при свом праву, не може да се одрекне тужбе“ (*I B.*, стр. 313). У одељку о нетуживим обавезама исти писац понавља свој став да странке уговором не могу отклонити право на тужбу (*III B.*, стр. 7).

⁽⁴⁴⁾ Тако *Goldschmidt*, без образложења (*Prozess*, стр. 310, нап. 1605).

На могућност одрицања од туживости осврнуо се у предатној југословенској науци. А. Марковић. Полазећи од тога да право на судску заштиту има јавноправни карактер, он ову могућност пориче ⁽⁴⁵⁾.

У савременом југословенском праву заузели су по овом питању изричан став, колико нам је познато, Лухарт и Познић.

По Лухарту, странке могу закључити *pacum de non petendo* уколико им припада право располагања захтевом. Уговор има процесноправно дејство: Ако тужба ипак буде поднесена, суд треба да је одбаци. Што се тиче могућности одрицања од права да се у извршном поступку постигне остварење захтева (*pacum de non exequendo*), поменути аутор указује на то да је таква могућност прописана правним правилом из § 35. предатног Закона о извршењу и обезбеђењу ^(45a).

Аутор овог чланка заступа у свом уџбенику, без ближег образложења, супротно мишљење: Одрицање од правне заштите редовно има смисао напуштања самог субјективног права. Слично томе, изјава повериоца да се неће обраћати суду за извесно време, дејствује материјалноправно. Она просто значи одлагање доспелости потраживања ⁽⁴⁶⁾.

И за приказана становишта по питању уговорног искључења тужбе треба, пре свега, рећи исто што и за гледишта о последицама законом предвиђене нетуживости. Ниједно од њих не може се, насупрот другоме, узети, просто, као нетачно. Извесно је да оба имају своју вредност.

По нашем мишљењу, одлучујући је карактер односа тужилац-суд, у коме се туживост испољава. Право на подношење тужбе суду представља јавноправно овлашћење. То је једно право грађанина зајамчено Уставом ⁽⁴⁷⁾. Оваква природа туживости не допушта да се њоме располаже као једним цивилноправним овлашћењем. Истовремено, из тог њеног карактера проистиче одговор на следећи аргумент (на први поглед убедљив!): Ако титулар субјективног права може по слободној воли напустити то своје право, зашто се не би могао, исто тако, обавезати да неће тражити његову заштиту? Ко може више, може и мање! Ово резонување, инспирисано формалном логиком, испушта из вида да две вредности не стоје у квантитативном односу, него представљају различите квалитете. И овде нам се чини ближем конструкција по којој туживост не чини елемент субјективног права, него се јавља као његов пратилац. Од супротног схватања, напротив, само је један корак до закључка да је могућно располагање свима овлашћењима у саставу субјективног права, па и оним које се тиче правне заштите.

Друго — као што смо рекли — за одговор на предње питање, упркос његовом начелном значају, тешко је наћи поуздан ослонац у законским текстовима. Такво стање упућује на то да се решење потражи узимајући у помоћ став који се у оквиру једног позитивноправног система заузима по питању у коликој мери странке могу својом уговорном вољом да утичу на

(45) А. Марковић, стр. 86.

(45a) Лухарт, стр. 253.

(46) Познић, стр. 4. и 5.

(47) „Свако има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом, управним и другим државним органима и организацијама, који решавају о његовим правима и обавезама“ (чл. 67, ст. 1. Устава СФРЈ).

заснивање и уобличавање парнице. Јер, пакт о коме је реч, има — ако би се узео као допуштен — процесноправни карактер већ самим тим што се тиче могућности покретања поступка за судску заштиту. Нисмо спремни да га, супротно поменутих писцима, сматрамо за материјалноправни због начина закључења и због тога што га суд не узима у обзир по службеној дужности него по приговору ⁽⁴⁸⁾. Међутим, правнодогматички одговор на предње питање, услед недостатка јасних законских правила, битно је условљен правнополитичким ставом, а овај се на одговарајући начин уклапа у друштвену идеологију. Отуда је могућност споразумног искључења туживости прихватљивија за капиталистички правни поредак, у коме се странкама пружа широка слобода уговорног утицаја на поступак. И обратно, у социјалистичким правним системима, у којима је та слобода ограничена, правник не може лако да се помири са таквим уговором којим би један правни субјект лишио себе права да се обрати суду. У прилог оваквом начину посматрања може се навести став 2, члана 3. Грађанског процесног кодекса РСФСР, по коме је без дејства одрицање од права на обраћање суду. Одредба важи не само за случај одрицања од сваке судске заштите, него и за случај искључења права на тужбу по неком захтеву који већ постоји или може настати из једног одређеног односа ⁽⁴⁹⁾. Та одредба има своје дубоко оправдање: Социјалистичким погледима на друштво одговара став по коме је за одржање поретка субјективних права целисходно да носиоци тих права сачувају слободу свог опредељења не само у погледу начина вођења парнице него и по питању да ли ће је покренути ⁽⁵⁰⁾.

Није сувишно приметити да се неки аустријски процесуалисти, који узимају да је пакт допуштен, изјашњавају одлучно против процесног либерализма, сматрајући да су дозвољени само они уговори са дејством на парницу које закон изрично предвиђа (избрани суд, пророгација, судско поравнање, одрицање од правног лека) ⁽⁵¹⁾. Тако се долази до тога да је, на пример, ваљан споразум којим се продавац лишава права да покрене парницу за наплату куповне цене, док је без важности споразум по коме тај исти продавац може у тој истој парници доказивати квалитет робе само исправом издатом од стране одређеног вештака!

Правнополитичка вредност једне установе лежи у томе што она представља најпогоднији инструмент за уређење једног односа или или једне ситуације. Полазећи од тог мерила, можемо се питати да ли *pactum de non petendo* има своје оправдање. Које су то ситуације у којима уговорно искључење туживости представља најпогодније решење? Дужник можда није сигуран да ће моћи одговорити својој уговорној обавези. Али — најблаже речено — питање је да ли одрицање од права на тужбу представља одговарајући инструмент за такав случај. Право средство лежи у области

(48) Види напомену под 38.

(49) Одредба је била садржана још у члану 2. Грађанског законика РСФСР, од 1922, и добила је своју потврду у члану 5. Основа грађанског судског поступка, одакле је преузета у Грађански процесуални кодекс. Види коментарий стр. 11; Клејнман, стр. 34; Јудельсон, стр. 188.

(50) Види Познић, стр. 212. и след.

(51) Sperl, стр. 295; Pollak, стр. 366. Долажемо још и то да према овом другом писцу странке не могу уговорити могућност парнице за једну природну обавезу (стр. 4). Излази да је нетуживост, као ствар јавног поретка, неотклонива, док туживост нема такву природу и може бити искључена!

материјалног, а не процесног права: конвенционална казна, накнадна штете, поравнање. Или, дужник жели да избегне парницу, јер ће улога туженог окрњити његов углед⁽⁵²⁾. Можемо се и овде питати да ли је то један разлог да се *pactum* прихвати као постојећи у нашем правном систему. Уосталом, ако се узме — како то подвлаче неки аутори — да се тим споразумом искључује само непосредна принуда, онда дужник помоћу уговора о нетуживости поменути циљ не би могао да постигне, јер остају други видови принуде, која се остварује кроз судски поступак, а пре свега тужба за накнаду штете. Могућно је замислити и то да дужник хоће да искључи парницу само за одређено време, док не изиђе из пословних тешкоћа. И овде се може рећи да је прави пут грађанскоправни уговор и да нема никаквих потреба да се прибегава једном процесном споразуму. Укратко, у низу ситуација материјално право пружа могућност исто тако доброг, ако не и бољег уређења. Најзад, сумњу изражену напред не треба разумети тако да се потпуно искључује сваки случај у коме би уговорно оклакање туживости представљало најцелисходније решење. Али, извесно је да ће такви случајеви бити сасвим ретки. Зато се с правом поставља питање да ли због њих треба сматрати да наш правни систем дозвољава учесницима правних послова предпроцесно одрицање од тужбе за заштиту својих права.

Тачно је да држави није стало до тога да се грађани парниче. Али природан пут да се избегне судска интервенција треба видети у вансудском (материјалноправном) поравнању, а не у закључењу уговора којим грађанину субјективно право остаје без могућности да тражи његову заштиту.

Могућност да поверилац одрицањем од извршења лиши материјалноправни захтев принудне силе, представља једини позитивно-правни аргумент за мишљење да је пак о нетуживости могућан: Истина, та могућност прописана је у § 35. Закона о извршењу и обезбеђењу од 1930. за извршни поступак, али нема сумње да она по аналогiji стоји отворена и за парнични: Ако се поверилац може, задржавајући своје субјективно право, одрећи судске заштите у процедури реализације, тешко је видети зашто он то не би могао учинити већ за когнициони поступак. Но, овај аргумент има своју вредност за старо право. Он би данас могао бити одлучујући само ако бисмо, примењујући Закон о неважности правних прописа, нашли да је поменуто правило у складу са правним системом социјалистичке Југославије, а то је оно у што нисмо уверени. Против пакта о одрицању од извршења могу се навести исти они разлози који су напред изнесени против уговора о нетуживости⁽⁵³⁾.

У данашњем југословенском праву нема одредаба које би за неке односе изрично искључивале могућност уговорног одрицања од права на тужбу, као што је то случај са немачким правом. Отуда за наше право

(52) У старијој немачкој литератури је као мотив наведен страх који дужник осећа од суда. Поред тога, побуда се може састојати у томе што државни службеник жели да избегне настањак законске дужности обавештавања старешине о томе да је против њега покренут судски поступак. (види *Reichel*, *JJ* 1911. стр. 409). Док овај други разлог за југословенско право не долази у обзир, онај први је неубеђив. Ко према суду осећа фобију, нека води парницу преко пуномоћника!

(53) Види *Познић*, стр. 517. и 518.

нема вредности гледиште које ту могућност изводи тумачењем *a contrario* из таквих одредаба.

Не видимо оправдање ни за став по коме је споразум о нетуживости пуноважан ако је закључен приликом заснивања материјалноправне обавезе, док је без процесноправног дејства ако се тиче обавезе која већ постоји. Чиме се може бранити ово разликовање? Ако странке могу искључити право на тужбу за заштиту једног субјективног права које управо у том тренутку настаје, није јасно зашто не могу то исто учинити и за једно право које је настало раније. Уопште, чини нам се да за овакве дистинкције нема места, него треба прихватити један или други став.

Најзад, остаје још и позивање на могућност уговарања изабраног суда. Овај аргумент нас убеђује мање него и један други⁽⁵⁴⁾. По нашем мишљењу, смисао арбитражног споразума не лежи у одрицању од правне заштите. Поверавајући спор изабраном суду, и једна и друга страна хоће да се о њему донесе одлука снабдевена ауторитетом правоснажног пресуђене ствари, дакле таква, која ће имати својство извршног наслова. То је управо оно што оне, свака на свој начин, желе да постигну и у парници пред државним судом. Реч је, дакле, само о томе да оне својом вољом мењају правни пут којим се правна заштита постиже.

Предња разматрања упућују нас на закључак да споразум о искључењу туживости нема процесноправног дејства. При томе није од значаја да ли је таква сагласност постигнута приликом закључења правног посла на који се она односи, или накнадно, можда тек пошто је дошло до повреде права.

Али, порицати процесноправно дејство не значи порицати и материјалноправно. Закључујући споразум у коме се говори о неподношењу тужбе, или о неупотребљавању права на тужбу, странке обично имају у виду сâмо субјективно право, а не његову заштиту пред судом. Према томе, *pactum de non petendo in perpetuum*, редовно, има исто дејство као и уговор о отпусту дуга. Слично томе, материјалноправну последицу производи и *pactum de non petendo in tempus*: Он значи споразумно одлагање доспелости обавезе⁽⁵⁵⁾ ⁽⁵⁶⁾. Ако суд, напротив, стекне уверење да су странке одиста хтеле да се њиховим споразумом само искључи тужба, онда такав споразум нема никакво процесно дејство. Материјалноправни смисао може

(54) Сумњу у убедљивост овог аргумента изражавају и неки аутори који су иначе присталице допуштености споразума о искључењу права на тужбу. Види *Terré*, стр. 20.

(55) Ради се, дакле, у оба случаја о уговору, а не о једностраној изјави. Види *Ennescerus-Lehmann*, стр. 284. и 285. Дужник, дакле, може да се са повериоцем изјавом о ослабођењу од тужбе не сложи.

(56) За аустријско право тако *Fasching* (стр. 9). *Ehrenzweig* мисли да у одрицању од тужбе обично лежи условно одрицање од самог права (I B., стр. 313). У немачкој науци слично *Hellwig*, који материјалноправни смисао одрицања од тужбе не узима за редован (*Syst.*, стр. 451). *V. Tuhr*, за швајцарско право, сматра да споразум о нетуживости, по правилу, значи отпуст дуга, али изузетно производи процесно дејство, и то у случајевима у којима поверилац има интереса да остане при субјективном праву, на пример, ако жели да задржи залогу или да своје потраживање употреби за пребијање и сл. (стр. 449. и 571). Ни *Oertmann* не ограничава дејство поменутог споразума на процес: Смисао таквог уговора проистиче из околности појединачног случаја. При томе се већином намерава одлагање доспелости (стр. 430). *Ennescerus-Lehmann* узимају да споразум којим се поверилац обавезује да не тужи за одређено време или да не тужи одређено лице, има смисао уговора о отпусту дуга, са слабијим дејством (стр. 285). За совјетско право узима се, просто, да одредба о одрицању од тужбе, унесено у уговор, нема правног значаја: заинтересовано лице могло би се ипак обратити суду (*Комментарий*, стр. 11).

поменути пакт имати само кад се тиче једне постојеће обавезе. Ако је, пак, закључен истовремено са правним послом на који се односи, он остаје без икаквог утицаја на субјективно право и његову заштиту.

III

Остаје још да се са неколико речи осврнемо на питање туживости у међународном приватном праву. Да ли суд треба једну обавезу која је по *lex fori* нетужива, да узме за туживу ако она по *lex causae* има природу једне потпуне обавезе, и обратно? Тако, на пример, по француском праву неки видови игре и опкладе доводе до порфектног (туживог) потраживања (коњске и атлетске трке и друга спортска такмичења — чл. 1966. Ц. Цив.) ⁽⁵⁷⁾. У неким другим правима обећање чинидбе по основу таквих послова рађа натуралну облигацију. Предње питање може се поставити и за случај да по једном од два закона потраживање није судски заштићено, а по другом је непостојеће. Тако је у немачком праву обавеза плаћања награде за посредовање у циљу закључења брака једна натурална облигација (§ 656, *BCB*), док је по југословенском праву уговор којим се таква награда предвиђа, ништав. Или, усменим обећањем поклона заснива се по југословенском праву једна непотпуна обавеза, док по Грађанском законнику РСФСР непоштовање нотаријалне форме поклона чија вредност прелази 500 рубаља, чини обавезу неважном (чл. 47. у. в. са чл. 247).

Гледиште, да је туживост, као процесноправни појам, строго одвојена од субјективног права, упућује на закључак да суд питање њеног постојања трееба увек да цени са становишта свог националног закона (*lex fori*) ⁽⁵⁸⁾.

По другом схватању, за питање туживости меродаван је *lex causae*. То значи да ће суд обавезу узети као непотпуну ако она по статуту правног посла има такву снагу, упркос томе што је тужива по закону земље суда. И обратно, по истом становишту, обавезу која по *lex fori* није заштићена тужбом, суд ће узети као потпуну ако је као таква предвиђена у страном закону који се примењује на правни посао ⁽⁵⁹⁾.

(57) Неке друге примере из упоредног права види код *Riezlera*, стр. 126. и след.

(58) У том смислу за италијанско право (*Liebman*, који свој став по овом питању изражава кроз мисао да су постојање и прихватљивост акције, као и услови њеног вршења, уређени по *lex fori*, без обзира на закон којим је регулисан спорни материјалноправни однос (стр. 39). Слично и *Fasching* поводом допуштености тужбе за утврђивање (стр. 62). У начелу, за *lex fori* се изјашњава и *Kralik*. Међутим, овај писац одмах додаје да је ствар квалификације питање да ли извесне норме о искључењу или ограничењу туживости треба узети као материјалноправне или процесноправне, услед њихове тесне везе са одређеним нормама материјалног права (стр. 12).

(59) За немачко право, тако: *Frankenstein* (стр. 358); *Schoch*, која узима да је нетуживост статутарна грађанским (материјалним) правом и да се при томе уопште није мислило на неку процесноправну квалификацију (стр. 60); *Riezler*, којим изражава извесну сумњу само кад се ради о примени енглеског права (стр. 125. и след.). Изгледа да исто становиште заступа и *Kegel* кад каже да меродавни правни поредак треба да важи за један материјалноправни захтев у сваком погледу (стр. 205). По *Guldeneru*, и за швајцарско право меродавна је материјалноправна норма по питању да ли је правни однос тужив (*IZPR*, стр. 9). Напротив, *Batiffol* за француско право сумња да се овде може да одржи опште начело које облигацију подређује закону њеног извора. Разлог за то лежи у природи непотпуне обавезе, која своју каузу налази у дугу савести. Овај аутор, иначе, нема сасвим одређен став по питању коју норму треба применити на природне обавезе (стр. 591).

Ми смо спремни да признамо предност другом од изложених схватања. У прилог тог гледишта наводимо разлоге које смо изнели напред, посматрајући туживост на плану поделе законодавних компетенција у федеративно уређеној држави. Примена *lex fori* у овом питању значи потпуно одвајање туживости од субјективног права, што нам се чини неоправданим. Прописујући претпоставке за настанак једног потраживања, закон не препушта правном поретку друге земље питање да ли то право може уживати заштиту пред њеним судовима. Зар су странке, закључујући правни посао по једном закону по коме се рађа потпуна обавеза, желеле да се ова сматра за несавршену ако је као такву предвиђа закон земље суда? Нашем правном осећању одговара став да се питање туживости уређује материјалноправним поретком којим је регулисан извор облигација. Отуда мислимо да се питање способности субјективног права за правну заштиту треба да просуђује по *lex causae*. И у парници у којој долази до примене колизиона норма, смисао процесноправног схватања, како смо га напред изложили, састоји се само у томе што ће југословенски суд одбацити, као недопуштену, једну тужбу за заштиту потраживања нетуживог по закону меродавном за правни посао ⁽⁶⁰⁾.

Међутим, примена *lex causae* треба да трпи значајна одступања у корист супротног принципа. Наиме, по неким писцима, противно је домаћем праву да суд, примењујући страну одредбу, узме као туживу једну обавезу која по његовом националном закону није судски заштићена из разлога јавног поретка ⁽⁶¹⁾. Додајемо са своје стране да би суд, заступајући доследно исти став, морао одбити примену страног права по тужби за осуду на испуњење једне обавезе која је по страном праву непотпуна, а по домаћем ништава.

Став предратног југословенског законодавца био је по предњем питању јасан: Недостатак туживости који је налазио свој основ у обзирима јавног поретка, представљао је сметњу за дозволу извршења ⁽⁶²⁾. Из овог правила проистицало је да страни закон, утолико пре, није смео ни у парници да буде примењен на обавезу којој је домаће право ускраћивало судску заштиту из разлога јавног поретка. У литератури се као примери наводе потраживања из игре, опкладе и диференцијалног посла ⁽⁶³⁾.

Одговарајуће одредбе нашег данашњег права мање су јасне. У ставу 1, члана 20. Уводног закона за Закон о парничном поступку речено је просто да ће се одлуке страних судова извршити ако су испуњени услови прописани и за признање одлуке страног суда у статусној ствари (чл. 17. и 18.). Као један од негативних услова, предвиђено је у члану 18, став 1.

⁽⁶⁰⁾ У изложеном смислу, *Schnorr v. Carolsfeld*, стр. 250.

⁽⁶¹⁾ За немачко право тако сматра *Nussbaum*, имајући у виду обавезу из једног берзанског посла, која је по страном праву тужива, али по немачким појмовима нема то својство пошто је треба окарактерисати као диференцијални посао или игру на срећу (стр. 279). Слично и *Kuhlenbeck* (стр. 149). *Riezler* означава то гледиште као владајуће у немачком праву (стр. 126).

⁽⁶²⁾ У § 5. Закона о извршењу и обезбеђењу, од 9. 7. 1930, била је садржана следећа одредба: „Иако постоје претпоставке поменуте у §§ 3. и 4. неће се дозволити извршење или која извршена рађа у овим случајевима: . . . 4) ако би се извршењем или извршном радњом имао признати такав правни однос или остварити такав захтев, којем у нашој држави по њеним законима из обзира јавног поретка или морала није призната ваљаност или туживост.”

⁽⁶³⁾ *Матијевић—Чулиновић*, стр. 808; *Neumann—Lichtblau*, стр. 328.

истог закона да признање одлуке није противно јавном поретку Југославије. У важећем закону се, дакле, не говори о недостатку туживости. Па ипак, спремни смо да цитираној одредби дамо онај смисао који је изражен кроз одговарајуће правило старог права. Ако се једном прихвати принцип да се на питање туживости примењује *lex causae*, онда ово правило треба да трпи одступање само у случајевима у којима то налаже јавни поредак земље суда. У таквим случајевима долази до примене *lex fori*. Страни закон се, према томе, не може применити на обавезу која је по југословенском праву непотпуна, а тај њен недостатак има своје правнополитичко оправдање у разлогу југословенског јавног поретка (игра, опклада, диференцијални посао). Исто то би важило и за обавезу која је по страном праву непотпуна, а по југословенском ништава, као у предњем примеру са уговарањем награде за посредовање у браку. Напротив, кад објашњење нетуживости по домаћем праву не треба видети у заштити јавног поретка (услено обећање поклона, застарело потраживање, вишак преко износа утврђеног принудним поравнањем), онда долази до примене *lex causae*.

Др Боривоје Познић

РЕЗЮМЕ

Допустимост требования в исковом порядке субъективного права

В статье автор разбирает проблему правовой природы допустимости требования в исковом порядке субъективного права, под которой следует подразумевать способность данного права быть предметом защиты от нарушения. В данном вопросе возможны две точки зрения. По одной, допустимость требования в исковом порядке является материально-правовым понятием и как таковое входит в круг правомочий, составляющих субъективное право. По другой точке зрения, речь идет о процессуально-правовом понятии. Данная проблема является не только теоретической, но имеет также и практическое отражение в позитивном югославском праве. Если допустимость требования будем рассматривать как материально-правовое понятие, в таком случае суд, разбирающий ходатайство о защите обязательства, неподлежащего судебному разбирательству (природная облигация) выносит решение, другими словами — решает о самом субъективном праве. В противоположность этому, процессуально-правовая точка зрения означает, что допустимость требования имеет природу процессуально-правовой предпосылки и суд присуждает своим решением, отказывая в рассмотрении искового заявления, несоответствующего требованиям закона, т.е. поступает так, как поступил бы и в остальных случаях, когда сталкивается с отсутствием закона, предусматривающего вопрос, подлежащий разрешению, например, в случаях если заявление не подлежит рассмотрению в судебных органах, если не существует повода к предъявлению иска и т.д.

Автор допускает возможность, что обе точки зрения можно отстаивать, но в своих выводах он все же высказывается за процессуально-правовую точку зрения. Главный его аргумент — право на предъявление иска (action) является правомочием публично-правового характера, не входящим в состав субъективного права, а получающим свое выражение в правоотношениях истца к суду.

В статье подвергается рассмотрению и вопрос может ли носитель субъективного права по договору отказаться от обращения в суд. Автор

констатирует, что в теории и судебной практике капиталистических стран превалирует мнение, что подобный договор допустим. Автор излагает ряд аргументов, приводимых в науке в защиту данной точки зрения. Сам же он противоположного мнения. Ввиду того, что предоставление права обращения за судебной защитой представляет собой правомочие публично-правового характера, то и субъект права не может располагать им по своему усмотрению, подобно тому, как не может располагать ни другими, такими же как это, правомочиями. Ввиду того, что в законе нет положений, которые бы полностью подкрепили подобную точку зрения, автор воздвигает в качестве аргумента и соображения правовой политики, отвечающие социалистическому общественному строю.

SUMMARY

Prosecution in Subjective Law

The author treats the problem of the legal nature of prosecution in the matter of subjective law. The term prosecution should be understood here as an institute whose attribute is the right to legal protection. Two approaches are possible in this matter. Under one prosecution is a material legal notion and as such it makes part of the powers of which the subjective law consists. The other approach has that it is a notion of the law adjective. The problem is not theoretical only, but it has practical repercussions in the Yugoslav positive law. If the right to prosecution is taken as material, legal notion, the law-court in a suit demanding protection of an obligation which cannot be the matter of prosecution (natural obligation) adjudges and this means that it makes judgement on the grounds of subjective law. Contrary to this, the notion of the law adjective that prosecution is in nature a supposition of the law adjective, and that the law-court would adjudge by rejecting the accusation on the grounds of its not being permissible, i.e. it would proceed as in other cases in which it states that there is an unavoidable impediment, such as for instance incompetence of judicature in general, lack of legal interest for the prosecuting party, etc.

The author allows that both arguments could be defended, but concludes that he is in favour of the concept of the law adjective. His chief argument is that action is a power of public law and it does not come in the subjective law, but is manifested in the relation of the prosecuting party to the law-court.

The article also treats the problem whether the exponent of the subjective law can give up by contract the right to prosecute. The author points out that in theory and judicial practice of the capitalistic countries the standpoint prevails that such a contract is permissible. He comments many arguments in favour of this standpoint put forward in science. His conclusion is contrary. Since authorization to request judicial protection represents a public law authorization then the legal subject cannot dispose with it the same as it cannot dispose with other authorizations of the same kind. For lack of a legal text that would give a firm support to this approach, the author also finds arguments in the reasons of the juristic policy suitable to the socialist system.

RÉSUMÉ

Action en justice relative au droit subjectif

Dans son article l'auteur traite le problème de la nature juridique de l'action en justice relative au droit subjectif. Sous cette notion il faut comprendre la qualité spécifique de ce droit d'être l'objet de la protection juridique. En ce qui concerne cette question il est possible d'adopter deux attitudes.

des. Selon l'une l'action introduite en justice est une notion matérielle juridique, et comme telle elle fait partie d'un ensemble de pouvoirs qui constituent le droit subjectif. Selon l'autre concept on il s'agit d'une notion de procédure juridique. Le problème n'est pas seulement d'ordre théorique, mais il a aussi des répercussions pratiques dans le droit positif yougoslave. Si l'action en justice est conçue comme une notion matérielle juridique, le tribunal dans le procès intenté aux fins de la protection d'une obligation qui ne peut être actionnée (obligation naturelle) statue par un jugement, ce qui veut dire qu'il statue sur un droit subjectif. Par contre, la conception de procédure juridique signifie que l'action en justice a la nature d'une hypothèse de droit de procédure, de sorte que le tribunal statuerait par une décision par laquelle il rejetterait la demande comme inadmissible, donc il agirait comme dans les autres cas dans lesquels il constate l'existence d'un obstacle qu'on ne peut pas écarter, comme par exemple l'incompétence de la justice en général, le manque de l'intérêt juridique pour introduire l'action etc.

L'auteur admet la possibilité de défendre les deux attitudes, mais dans la conclusion il se détermine quand même en faveur de la conception de conception de procédure juridique. Son argument principal est que le droit à l'action est un pouvoir juridique qui ne forme pas partie intégrante du droit subjectif, mais qui se manifeste dans le rapport du demandeur envers le tribunal.

Dans l'article est traitée de même une autre question, à savoir si le titulaire du droit subjectif peut renoncer par contrat à intenter une action en justice. L'auteur attire l'attention sur le fait que dans la théorie ainsi que dans la pratique des pays capitalistes prédomine l'opinion qu'un tel contrat peut être conclu. L'auteur a signalé une série d'arguments qui sont exposés dans la littérature scientifique en faveur d'une telle attitude. Dans sa conclusion il soutient l'opinion contraire. Vu que le pouvoir de demander la protection judiciaire représente un pouvoir de droit public, il s'ensuit que le sujet juridique ne peut en disposer justement de telle sorte, de même qu'il ne peut pas disposer des autres pouvoirs d'une telle nature. A défaut de textes de loi qui représentent un appui solide pour une telle attitude, l'auteur trouve des arguments aussi dans les motifs de la politique juridique qui correspondent à l'organisation sociale socialiste.

РИМСКО ПРАВО ДАНАС*

1. Велики немачки историчар Момзен почео је једно своје предавањe следећим речима: „Господо (тако се онда обраћало студентима), не бих могао да вам говорим о модернијој ствари него што је стари Рим“ (1). Има у овом тврђењу и разумљиве заљубљености једног научника у свој предмет изучавања. Исто тако се може приметити да оно што је било модерно у XIX веку може да изгуби сваки значај у XX веку. Ипак, да Момзеново тврђење није сасвим без основа покушаћемо да покажемо излажући неке своје и туђе идеје (2).

Свака наука обично почиње једним питањем, једним *зашто*: зашто се изучава, чему служи. Иако је донекле конвенционално, овакво питање у случају Римског права има значај стварне потребе објашњења и оправдања. Заиста је својеврстан феномен околности да се још увек, петнаест векова после пропасти римске државе, проучава право које је у њој настало.

(*) Приступно предавање одржано октобра 1968.

(1) Према књизи у издању групе аутора: Антички Рим, превод са италијанског Е. и М. Брунети, М. Савић, Београд — Љубљана, 1967, стр. 213.

(2) Постоји ограмна литература посвећена улози и настави Римског права. Наведимо само нека дела: Appleton, Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts (*Mélanges Cornil*, I Paris, 1926, стр. 41—79); Jaubert, L'enseignement actuel du droit romain en France (*Rev. intern. des droits de l'Antiquité*, 1964, XI, р. 363—393); два тома посвећена Кошачеру, писцу књиге „Еуропа und das Römische Recht“ (München, 1953.) садржај бројне расправе од интереса за нашу тему, међу којима бисмо издвојили једну: Riccobono, La universalità del diritto romano (*L'Europa e il diritto romano*, Studi Koschaker, II, Milano, 1954, стр. 1—11); у оквиру обимне збирке посвећене Ламберу, *Introduction à l'étude du droit comparé* (Paris, 1938), један део говори о улози римског права као основи европских права (Section IV), у коме се истиче чланак, такође од Рикобона, Le droit romain dans les oeuvres de ses interprètes (стр. 234—256). Знатан материјал о утицају римског права на поједина европска и друга национална права може се наћи у *Atti del Congresso internazionale di Diritto Romano, Bologna e Roma* (штампано у Павији 1935). Педесетих година је Бартошек, проф. на прашком Правном фак., објавио чланак: Come si dovrebbe studiare attualmente il diritto romano (*Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, I, Napoli, 1952, стр. 317—338), у коме је изложио основне идеје марксизма о држави и праву примењене на римску историју, позивајући на крају научнике Запада да сви без изузетка крену уз „радни народ, са свим онима који раде у миру за добробит људског рода и напредак човечанства“. Овај чланак је изазвао реакцију. Grosso му је замерио догматизам (Приказ у *Iura*, 1953, стр. 419); Biondi, Iglesias (Мадрид) и de Castro Correa (Sao Paulo) су полемисали са њим, начином који је (као и сам чланак Бартошека) асоцирао на хаџдан пат (Biondi, Scritti giuridici, Милано, 1965, стр. 500 и сл.; Iglesias, Storia di Roma, Diritto romano e „mistero“ del diritto, *Iura*, 1955, стр. 10—17, de Castro Corrêa, Interesse Atual dos Estudos de Direito Romano, инаугурална лекција, Revista da Faculdade de direito, Sao Paulo, 1966, стр. 237—255). Часопис *Labeo* је 1956. године отворио анкету о студијама и настави Римског права у којој је узео учешће већи број романиста, између осталих и Бајић из Сарајева (*Labeo*, 1956, I, стр. 52—53) и Хорват из Загреба (стр. 77—78). Проф. Хорват је посебно реферисао о месту и улози Римског права у нашем правном студију на Конгресу у Верони (*Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Верона, 1948, II, стр. 481—492), са сличном темом се појавио 1963. у Бриселу (*L'Enseignement actuel du droit romain en Yougoslavie*, реферат на сесии Société d'Histoire des droits de l'Antiquité од 18. септ.). Проф. Стојчевић је у току свог курса на Institut universitaire des études européennes (Торино, 1961 и 1962) одржао предавање са темом „Le droit romain et les droits des pays socialistes“. Од значаја за нашу тему је и његов чланак, Римљани и право“ (*Анали Правног факултета*, 1957, 2, стр. 172—181). Професор Корошец је у два маха писао пре рата о општем значају римског права: „Naloge moderne rimskopravne vede s posebnim ozrom na razvoj rimskoga prava“ (*Slovenski Pravnik*, 1929., шт. 7—10) и „Ob štirinajstoletnici digest“ (*Slovenski Pravnik*, 1934, шт. 1—2).

Зар је могуће да и данас, у социјалистичком друштву, Римско право, право једне робовласничке државе, заслужује да буде предавано?

Говорећи уопштено, дакле не са гледишта специфичних захтева које у односу на наставу Римског права поставља наше друштво, Римско право се на правним факултетима предаје из истих разлога из којих се студентима философије предаје грчка философија и студентима уметности историја уметности. Правни систем Римљана је, бар за овај део света, далеко најзначајније поглавље правне историје. Али и овим се објашњењем не каже много. Може се поставити једно даље питање: чему историја уопште, каква је њена улога данас.

2. Дуго је историја заузимала почасно место међу наукама. Она је била згуснута меморија човечанства, искуство минулих векова, порука ранијих генерација, примењена етика, извор вере у величину свог народа. Да би се схватила садашњост, морају се истраживати њени корени, а они леже у прошлости. Све је ово добро изразила позната изрека: *historia magistra vitae*. На правним факултетима, и не само на правним, половину студија обухватале су историјске или параисторијске дисциплине. XIX век је век формирања традиционалног историјског метода (Ранке), великих успеха историјскоправне школе у проучавању римског права (*Mommsen, Savigny, Puchta* и др.).

Крајем прошлог и почетком овог века доминација историје у друштвеним наукама почела је да трпи ударце. Не само што је морала да губи почасно место међу наукама, већ су се јавила и мишљења да историја уопште и нема карактер науке.

Разлога за овај преокрет има више.

Пре свега, дошло је до промена у самом предмету историје као науке, измењен је темпо развојка друштва. Историја је одувек показивала тенденцију ка ритму који се у музици назива *sempre accelerando*. Искуство нормалног човечјег трајања вишеструко је богатије него икад раније. Прибегивање историји, која треба да да поуку искуства ранијих генерација и векова, више није тако неопходно. Што је још горе: оваква поука може да буде некорисна, чак и штетна. Није се само ритам догађаја променио, него је после индустријске и других револуција створено друштво које је нудило обиље новина, друштво у коме важе нови закони и које нуди нова искуства. Један од разлога брзе капитулације Француске 1941. био је и тај што су њени генерали мислили у категоријама I светског рата, иако је нова технологија и нови однос снага захтевао и нову војну логику.

За овакав обрт крива је и сама историја, односно историчари. Велика улога коју је историја раније имала довела је до хиперисторизма. Фетишизам докумената, нарочито „необјављених докумената“, захтев да историчар буде непристрасан рестауратор прошлости, све је то створило историјски ларпурлартизам, или боље *l'histoire pour l'historisme*. Што је непотребнији, ситничавији био предмет проучавања, то је расправа имала виши, ученији вид. Тако настају радови типа: „Да ли се Мацедо звао отац или син који је убио оца?“ Настава Римског права је била, а и данас је на извесним факултетима, тако оријентисана да је пре имала за задатак стварање научника који ће се бавити Римским правом, него што је служила

потребама будућних судија и адвоката. Наставници који желе да уведу студенте у свој свет латинских текстова и егзегезе извора, у време када укупна сума потребног знања непрекидно расте, када се умножавају и предмети и наставни програми, обично су постизали супротно. Свака генерација врши у некој мери преиспитивање постојећег. Критичног младог човека лако је отуђити од једне дисциплине ако она захтева од њега напоре у чију крајњу оправданост није убеђен.

Као последњи разлог за изменени положај историјских наука можемо навести појаву једне нове дисциплине — социологије. Ову дисциплину карактеришу настојања да утврди каузалну везу између друштвених феномена не истраживањем седимената прошлости, већ проучавањем самог постојећег друштва. Савремена људска заједница располаже довољно поузданим средствима самонстраживања, тако да се посматрањем друштва, онаквог какво јесте, а не какво је било, могу извести поуздани закључци. Не само што је историја у социологији добила такмаца који има исти предмет проучавања — друштво, социологија је, бар у неким својим видовима, имала и амбицију да се представи као једина наука о друштву. Историја је, тврдило се, учење о посебном, описивање развојка друштва кроз непоновљиве облике. Она, дакле, и није наука, будући да описује, а не објашњава. Насупрот томе, социолошко истраживање има за предмет појаве у друштву *sub specie repetitionis*, настоји да открије међусобну условљеност друштвених феномена ⁽³⁾. Свакако да ни друга страна није остала дужна. Дуго је социологија била непризната. А и данас има мишљења да у продирању социологије и социолошког метода у друштвене науке има претеривања и помодарства ⁽⁴⁾.

И поред отпора на који је наилазила, социологија је у новије време доживела прави тријумф. Доскора социологије није било ни на факултетима друштвених наука, а сада на Београдском универзитету чак и студенти математике морају учити овај предмет, а нови наставни програм Правног факултета као обавезне или опционе предмете предвиђа пет или шест социолошких предмета.

Упоредо са овим, измењен је и ранији однос између историје и социологије, тако да су раније милитантне позиције добрим делом напуштене. Историчари су морали да се помире са овим тријумфом, а социолози су у великој мери напустили ранију наметљивост и искључивост непризнатих. Многи истичу како социолошком истраживању недостаје историјска димензија ⁽⁵⁾. Увидело се да друштво које је настало после индустријске револуције, а и других револуција, није сасвим и у свему ново. Постоје детерминанте које се везују за далеку прошлост. Да ли неки новији догађаји, као што је, нпр., подметање експлозива од кога страдају недужни (железничка станица, биоскоп „20. октобар“), могу бити схваћени ако не знамо оне монструозне појаве из наше ближе прошлости (Јасеновац), од

(3) Према: Бурић, Проблеми социолошког метода, Београд, 1962, стр. 240. и сл. (писац не прихвата закључак о „ненаучном“ карактеру историје).

(4) То мишљење није сасвим без основа. Тешко би било и у САД наћи правни факултет са толико социолошких предмета колико их наш има.

(5) Милас, Социолошка имажинација, превод Додића, Београд, 1964, стр. 163. и сл.; Bosk, The Acceptance of Histories, Berkeley — L. Angeles, 1956; Бурић, нов. дело, стр. 239. и сл.; Лукић, Основи социологије, Београд, 1962, стр. 32—33.

којих ти догађаји потичу. И сам фашизам није ништа друго него кратко-трајни тријумф атавизма, реванш свега онога што је осуђено од историје на пропадање, доказ да мрачне силе прошлости имају толику снагу да лако пробијају љуштину цивилизације, ма колико чврста она изгледала. Из свих ових разлога, социолози преиспитују свој првобитни став према историји. После једног периода, када се претеривало са значајем историје, и другог, у коме је полуга клатна отишла у другу крајност, историја поново постаје актуелна ⁽⁶⁾. Рајт Милс једно поглавље своје „Социолошке имажинације” посвећује служењу историјом ⁽⁷⁾. А и сама историја трпи утицај социолошког метода. Као што су велики успеси механике или биологије у своје време имали утицај на друштвене науке, тако је и успон социологије дао боју неким правцима у савременој историографији. Јавила се једна нова методологија, чији је најизразитији представник француска школа „социјалне историје” (или школа Аналиста), која уместо традиционалне, себи окренуте историје, историје чији је акценат на политици и биткама, тражи једну нову, ангажовану историју, историју у служби друштва. Историја је одговор на питања која у односу на прошлост поставља садашњост, покушај решавања проблема, никада сасвим истих, које изнова поставља свака генерација ⁽⁸⁾. Још је Кроче (Benedetto Croce) тврдио да је свака историја савремена; чак и када има за предмет појаве које су и временски и просторно веома удаљене, она заслужује име историје само у оној мери у којој се јавља као допринос разјашњењу проблема које пред савест историчара поставља стицај политичких, друштвених, економских и културних околности времена у ком живи ⁽⁹⁾. Историја је, дакле, не само наука него и наука која има важну друштвену функцију.

3. Историја је, како видимо, потребна. Али се може даље поставити питање: да ли је, имајући у виду овакву функцију историје, актуелност Римског права данас толика да треба да постоји као посебан предмет у наставним програмима.

Разни људи су у различито време упутили бројне комплименте римском праву. Говорило се да је оно „писани разум” (*ratio scripta*), да је „најсавршеније здање правне дијалектике” ⁽¹⁰⁾, да је римска цивилизација „дала лекције из права свим народима света” ⁽¹¹⁾. Енгелс је тврдио како је римско право најсавршеније право засновано на робној производњи и приватној својини. ⁽¹²⁾ Али то није довољно. Апстрактна савршеност неког

(6) Ова померања на неки начин су рекапитулисали наши наставни програми. По ослобођењу још увек је историја заузимаала значајно место у правним студијама: постојала је Општа историја државе и права, као посебан предмет, затим Национална историја и Римско право. Педесетих година лошло је до дефанзиве, на већини правних факултета спојена је Општа историја са Националном у један предмет. Следећи ударац историји права задат је ступњевитом наставом: на Београдском и неким другим факултетима, Римско право је постало предмет који се учи на другим ступњевима, и то једино на правосудном смеру. Тако је добар део студената пролазио кроз правне студије не добивши неку ближу представу о цивилизацији која је дала лекције из права готово свим народима света. Последњи статут из 1965. вратио је Римско право на I годину и раздвојио Општу од Националне историје државе и права.

(7) Loc. cit.

(8) О ставовима социјалне историографије више у мом чланку „Однос социолошког и историјског метода”, који је делимично овде репродукован (у штампаном у *Зборнику Правног факултета у Загребу*, бр. 1 за 1969).

(9) Histoire et ses méthodes, Paris, 1961, стр. 7.

(10) Girard, Droit romain, VII изд., Париз, 1924, стр. 6.

(11) Jaubert, нов. дело, стр. 374.

(12) Енгелс, Анти-Диринг, превод Вујовића, Београд, 1959, стр. 115.

правног система још увек није оправдање да га данас проучавамо. Можда је кинеско право исто тако савршено. Један историчар, додуше историчар уметности, с правом је говорио да у историји, иако је то наука о прошлости, може наћи места само оно што је присутно у садашњости⁽¹³⁾. Да бисмо схватили какву је улогу имало римско право у настајању данашњег нашег друштва и данашњег права, морамо бацити један поглед у прошлост.

Велики број мислилаца Запада сматра да је Европа центар свега, увек у жижи светске историје. Ово мишљење још увек има извесног оправдања — многи судбински догађаји светске историје и проналасци који су изменили лице земље везани су за Европу и деривате европске цивилизације. Међутим, тако није одувек било. Дуго је Европа заостајала за другим деловима света. У раном средњем веку Европа је гладна, прљава и нетолерантна. Хиљаде жена било је спаљено под апсурдним оптужбама да су вештице. Повремено је владала таква глад да су људи убијали једни друге и јели⁽¹⁴⁾. Вођени су стогодишњи ратови због разлика у тумачењу једног истог Светог писма (иако је, наравно, било и других разлога). Ни краљеви нису били поштеђени оскудице. Карло Велики је спавао на сламарици, без икакве одеће⁽¹⁵⁾. Забележено је како је енглески ризничар мољакао у име краља трговце на пијаци за мале позајмице, јер је крајева благајна била сасвим празна⁽¹⁶⁾. Дуго се чак и за краљевом трпезом јело прстима, а руке су брисане о крзно пса или косу роба који је седео уз краљев скут.

У то време Европа је заостајала за Оријентом, који зна за свилу, фино оружје и зачине. Гримове бајке, производ немачког средњег века, ипуне су управо ужасних појединости⁽¹⁷⁾. Упоредимо то са филиграном маште, какав представља збирка Хиљаду и једна ноћ, у којој се стварност и машта, сензуалност и авантура преплићу на префињен начин. Овај однос полуварварске Европе и цивилизованог Истока илуструје и додир крсташа са Цариградом. У то време Константинопољ има око милион становника, банкарe, римску традицију јавног живота, трке на хиподрому. Највећи град Запада, међутим, Венеција, броји једва сто хиљада, а Париз, Минхен и други свега неколико десетина хиљада. Крсташа су, видевши сјај и богатство Византа, били одушевљени. Толико је било њихово одушевљење

(13) Пикон, Увод у једну естетику књижевности, превод Милошевића, Београд, 1965, стр. 148.

(14) „Искапали су лешеве и прождирали их, јачи су убијали слабије, а мајке своју децу да тиме утаже глад” пише у *Annales Mosellani*, XVI, 498, 23 за годину 1032. (према Кулишеру, Опћа економска повијест, превод Брандса, Загреб, 1957, I књ., стр. 102). Овакве појаве нису непознате ни у нашим крајевима. Године 1689. у Босни „помрли много народа од глада. У Сарајеву изидоше лица матер мртву. У Бањој-луци кога би обисили, обноћ би га гладни људи свега изили” (запис објављен у Гласнику Земаљског музеја у Босни и Херцеговини, 1889, књ. III, стр. 79).

(15) Кулишер, нов. дело, I, стр. 74.

(16) Кулишер, нов. дело, I, стр. 335.

(17) Неколико бајки из Гримове збирке почињу једним несхватајиво суровим чином: родитељи, зато што немају чиме да се прехране, остављају децу у шуми да би их појеле звери. У *Ивици и Марици* вештица, у кући направљеној маштом гладног, тови дечака и спрема се да га испече и поједе. Марица гурне вештицу у пећ и тако се ужасним хепендом завршава ова прича. Ето чиме је Европа успављивала своју децу! Чак и у нешто суптилнијој *Снежани* зла краљица каже дворјанину „Оаведи Снежану у шуму, убиј је, *шичупај* јој срце и донеси га као доказ”. Ничег сличног нема у оријенталним бајкама.

да су почели, уз нечувена насиља, да пљачкају Византинце, иако су дошли као савезници.

Ето, таква је била Европа готово десет векова по паду Рима.

Што је то што је од Европе створило расадник цивилизације и што јој је дало подстрек да стане на чело прогреса? Свакако да је тешко овако велики прелом објаснити једним чиниоцем, а исто тако и одвојити узроке од последица, јер су испреплетени. Ипак, нема сумње да је овај заокрет у европској историји обележен оним што се обично назива ренесансом. То буђење антике, трагање за грчким и римским узорима свуда: у архитектури, вајарству, философији и књижевности, та синтеза умрле цивилизације и тек цивилизованих варвара, дала је онај огроман полет, векове који рабају једног Дантеа, Колумба, Леонарда да Винчија, Шекспира.

Ми правници са поносом можемо истаћи једну околност. Један од најранијих облика овог препорода јесте баш правна ренесанса, међу првим факултетима су школе за проучавање права, тачније римског права. То је истовремено и најтипичнија ренесанса, јер је до ње дошло готово на један мах. У XI веку откривен је у Италији рукопис Јустинијанових Дигеста. Напоменимо да је Источно римско царство одувек знало за цео *Corpus juris civilis*, из кога изводи своје законодавство. Осећање које имају први читаоци Дигеста могло би се упоредити са оним код човека који сриче таблицу множења и нађе уџбеник у коме се говори о тригонометријским функцијама. Поштовање које глосатори указују римском праву граничи се са обожавањем, то је за њих *ratio scripta*. Тако је настало једно расположење које је трајало вековима. После одушевљења теоретичара и пракса је прихватила римско право; јавио се јединствен феномен да се право једне ишчезле државе примењује. Реципирано римско право задржало се све до прошлог века, да би било замењено кодексима који су његови непосредни или посредни потомци: француски *Code civil*, Аустријски грађански законик, новија генерација законика у које спадају *BGB*, швајцарски Законик о облигацијама и други. Чак и Богишићев, Имовински законик, који се сматра аутентично нашим, поникао на обичајима народа, обилује одредбама које имају пандан у Јустинијановом зборнику⁽¹⁸⁾. У томе је и смисао Енгелсове констатације да без античке Грчке и Рима не би било ни савремене Европе⁽¹⁹⁾. Познати романиста Макс Казер (*Max Kaser*) тврди да су Јустинијанова Дигеста највише читана, највише коментарисана и једна од најзначајнијих књига данашње цивилизације.⁽²⁰⁾

4. Како то да су баш Римљани дали толико велики допринос историји права и данашњем праву?

Римљани су народ са много мана. Један од њих је недостатак маште. Који други народ има тако сиромашну имажинацију да својој деци даје имена која представљају радне бројеве: *Quintus, Sextus, Septimus* итд. Ако можемо поделити народе, а та подела је као и већина других само делимично и условно тачна, на оне који гледају звезде и маштају, и оне који гледају око себе и раде, Римљани спадају у ову другу групу. У домену ап-

(18) Zocco-Rosa, *Influssi di diritto romano sur una legislazione slavo-serba*, *Mélanges Cornil*, II, Paris — Gand, 1926, стр. 625—638.

(19) Анти-Дириг, превод Вујовића, Београд, 1959, стр. 199.

(20) Предавање на Institut universitaire des études européennes, Торино, 1960.

страктонога они далеко заостају за Грцима или Хиндусима ⁽²¹⁾. Отуда се и каже да су Грци стварали грандиозне теорије о држави, а Римљани готово никакве теорије, али су створили грандиозну државу. Тај њихов сми-сао за практично свуда је присутан. Упоредимо један вид остварења њихове цивилизације са египатском. Фараони сатиру масу људи, огромна сред-ства и време да би дигли пирамиде које не служе људима. Оне су огромни надгробни споменици лажним боговима ⁽²²⁾. А највећи грађевински подухвати Рима су путеви, аквадукти, јавна купатила, тргови и арене. Све ово носи обележје практичности и окренуто је човеку и животу.

Наравно, то нису била богомдана својства. То су природне особине народа који је потицао од ситних земљорадника, ратоборних сељака, који су завладали једним подручјем, од давнина погодним за трговину. Само Апенинско полуострво налази се усред мора које повезује земље и народе (које се, уосталом, и зове Средоземно — *Mediterraneo*). На једној страни су земље које сем жита готово ништа немају, али га имају у изобиљу (до-лине Нила, Тигра и Еуфрата), а на другој рудом и шумом богата полуо-стрва. На обалама ничу колоније Грка и „божанских трговаца“, Феничана, чију су најмоћнију насеобину, Картагину, Римљани уз тешке муке побе-дили пре него што су постали господари Средоземља. Нужни пратиоци тр-говине, банкарство и кредит, били су у Риму толико развијени да су ста-новници неких градова готово сви пословали посредством банкара ⁽²³⁾.

Поред ових природних и привредних околности које су нужно довеле до веома развијеног правног система, постојали су и неки други посебни разлози за ванредна достигнућа Римљана на подручју права и правне те-хнике.

Стварању и примени права посветили су се многи најбољи умови Рима. У Дигестама (D. 1, 2, 2, 35) налазимо: „Многи најистакнутији људи посветили су се науци цивилног права, а неки од њих су дошли до најве-ћег уважавања у римском народу...“ Правна делатност била је у тесној вези са вршењем многих јавних функција, које Римљани сматрају за једну од најпривлачнијих каријера. Све или готово све што се односило на право одигравало се пред лицем јавности. Први акт претора по избору било је истицање едикта; сенат је заседао при отвореним вратима; спорови су по правилу пресуђивани на Форуму, а неки од њих су привлачили пажњу читаве јавности. Дobar адвокат, *causidicus*, био је познат свима, публика је долазила да га слуша, он је могао рачунати на подршку јавности. Тако се Цицерон уздигао до једног од кључних људи политичког апарата Рима крајем републике. Већина закона и сенатских одлука носи име предлага-

(21) „Будистичка наука о космосу дели време и простор на *кале*, Калпа је време, практично бескрајно, ... када би се човек у одећи од најфиније тканине, чији крај доди-рује тле, једном у стотину година пео на неку планину од најтврђе стене, једна калпа би била време које је потребно да се планина од тог додира тканине потпуно саврши.“ (*Кинеска уметност*, текст П. Свана, превод Јовановића, Београд, без год. изд., стр. 60). Овакав излет маште премашује могућност Римљана, чија је и митологија збирка једноставних прича пуних пасторалних и раторских елемената.

(22) Не може се рећи да пирамиде немају никакву практичну сврху. Оне, вероватно, треба да импресионарају, да утерају страх у кости поданицима пред државом и фараоном. Да парафразирамо познату хришћанску максиму (што је побожност подигла, подиже са сво-је стране покорност држави).

(23) Полибије, *Historiae*, VI, 17.

ча, што је велико признање и подстрек да се широм отворе очи и уши за потребе живота.

Ваља указати на још један разлог, који на први поглед може да чуди, а то је традиционализам и конзервативност Римљана ⁽²⁴⁾. Римљани су, из разлога у које овде не можемо улазити, а међу којима религија није била најмање важна, стално окренути својој прошлости. Њихово поштовање старих закона је толико да они по правилу остају на снази вековима, чак и кад изгубе сваки смисао. Тако се све до краја задржао Закон XII таблица. Ово право, настало када је Рим био мало насеље, у коме се гложе патрицији и плебејци, у коме је глад чест гост, све је мање одговарало потребама народа који је завладао светом. То је један од разлога римске правничке генијалности: у раскорак између стега традиције и потребе иновације они су нашли веште начине да старо не повреди а да одговоре захтевима времена. То је нарочито видљиво у преторској делатности. Формално уважавајући старо *jus civile*, претор му је давао нове димензије и примењујући разна средства правне технике: широка тумачења, фикције, формуле са промененим субјектима и друге. Тако се „на старом и суром зиду цивилног права постепено простирао свежи зимзелен преторског права” ⁽²⁵⁾. И обични грађани су показивали сличну довитљивост у коришћењу старих института и реинтерпретацијама старих норми. Тако је из једног облика продаје, настале када се плаћало металним шипкама (форма *per aes et libram*, створен низ институција породичног, наследног, стварног и облигационог права: фидуцијарни послови, облици залог, *mancipatio familiae* и *testamentum per aes et libram*, адопција и еманципација, *coemptio, solutio per aes et libram, nexum* и други. Свему томе дала је завршни облик, облик који ни данас није превазиђен у техничком савршенству, правна наука.

И римска државна традиција имала је великог утицаја у историји. У првом светском рату борило се, било на страни централних сила или на страни савезника, пет владара чија је титула изведена из Цезаровог имена: руски и бугарски цар, немачки и аустријски кайзер, као и енглески владар, који је, између осталих, имао и титулу цезар Индије. Извесно је да је римско државно уређење периода принципата испирисало Наполеона, а вероватно је да је и Хитлер у својим монструозним плановима имао на уму пример Римљана, који су освојили и романизовали тада познати свет. Ипак, највећу своју вредност стваралачки дух Римљана је показао не у погледу државотворности и јавног права, већ у домену грађанског, приватног права.

У којој мери римски правни институти и принципи цивилног права имају трајну вредност, колико су успели да одоле вековима, види се из следећег примера.

Рачисања која је радила на Грађанском законик у Руске СФСР добила је изричита упутства да овај кодекс треба да буде израз нових односа и да, сходно томе, треба избегавати класичне институти и формулације пореклом из римског права. Међутим, ма колико настојали да их заобиђу,

(24) Тако: Стојчевић, Римљани и право, *Анали Правног фак.*, 1957, 2, стр. 175—176.

(25) Вајс, Неке специфичне законитости у историјском развоју права, *Зборник радова посвећен А. Вајсу*, Београд, 1966, стр. 13.

редактори су морали да дају места основним институтима римског приватног права. Тако у њему налазимо и зајам, и послугу, и трампу и друге уговоре које су оформили стари Римљани.

Довољно је погледати неке установе нашег облигационог и стварног права (нпр. службености), па да се постави питање како је уопште могуће у овом нашем свету, у коме „све тече и све се мења“, да неке категорије, настале пре петнаест и више векова, остану готово недирнуте. Такав пример трајања тешко је наћи ма у ком другом виду људског стваралаштва. Ако се важност епоха и цивилизација у историји цени њиховом присутношћу сада, у данашњем свету, онда римско право има вишеструко већи значај него сва остала права заједно. Чак и они институти који воде порекло из неких других старих правних система, најчешће су дошли до нас посредством Римљана (хипотека, принцип хаварије према *lex Rodia de jactu* и други).

5. Многи цивилисти спадају у поштоваоце римског права, а неки су и школовани на римском праву. У уџбеницима Грађанског и Облигационог права често се помињу Римљани. Али се обично наилази и на неке резерве и ограде, иако се признаје велики допринос Римљанима. Тако се римском праву замера, наведимо само најважније:

— да познаје апсолутну својину, својину која није ничим ограничена, и да, уопште узев, не зна за институт злоупотребе права;

— да је римски систем облигација прожет формализмом, јер је важило правило: *nudum pactum non parit actionem*. Осим тога, облигације су биле строго везане за личност, тако да није било ни заступништва нити преношења тражбине.

Да ли су ове замерке оправдане?

Поћимо од апсолутности римске својине. Веровање да Римљани ничим не ограничавају својину заснива се на добро познатом тројству овлашћења које има сопственик: *usus, fructus, abusus*, као и на погрешном преводу речи *abusus* са злоупотреба. Али ово није дефиниција коју су дали римски правници, већ конструкција постглосатора, на основу неких норми које се односе на плодоуживање ⁽²⁶⁾; а и та сама дефиниција није добар аргумент за апсолутност и неограниченост својине, јер у целини гласи: *ius utendi, fruendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*. Према томе, сопственикова овлашћења се крећу у оквирима које правни *ratio* допушта. Нешто је ближа изворним текстовима „дефиниција“ својине као *plena in re potestas*, иако Римљани, колико је познато, нису нигде дефинисали својину, нити постоји посебна књига, чак посебан титулус у Институцијама или Дигестама посвећен искључиво својини. На једном месту у Институцијама у одељењу у коме је реч у плодоуживању (I, 2, 4, 4), каже се да власник, у случају плодоуживања има голу, празну својину, али да ће онда када плодоуживање престане, добити пуну власт над ствари. Тако је настала горња дефиниција својине. Чак и ако прихватимо конструкцију постглосатора о постојању *usus, fructus, abusus-a, abusare* у овом случају не значи што и *abuser* у француском или *abusare* у италијанском, одно-

(26) I, II, 4, 4.

сно злоупотребити већ право власника да уништи ствар или је отуђи (27). Римљани, додуше, кажу: *nemo videtur dolo facere, qui suo iure utitur*, али на другом месту налазимо: *male enim nostro iure uti non debemus* (28). Шта је то до злоупотреба права? Уосталом, римско право је познавало и конкретна ограничења власника и у корист суседа и у јавном интересу, а добар део тих ограничења поставио је већ Закон XII таблица (29).

Други недостатак који се приписује римском праву јесте формализам. Заиста, римски правници тврде да прост споразум не рађа облигацију, да *nudum pactum* не даје право на тужбу. (30). Али немојмо им веровати!

Испитајмо ближе начине за закључење уговора у Риму. У консенсуалној форми, тј. без формализма, закључују се неки најважнији уговори: продаја, закуп, најам, уговор о делу, ортаклук и мандат. Готово без формализма, а у сваком случају не са више формализма него што је данас случај у већини савремених правних система Европе, склапају се реални уговори: зајам, остава, послуга и залога. Исто тако, не постоји форма за низ трансакција које се убрајају у безимене контракте, где спада трампа и све оне безбројне комбинације двостраних односа у којима једна странка нешто даје или чини, а друга се обавезује да за узврат штогод да или учини. Додајмо овоме пакта, која обухватају поклон, модификације уговора, разне банкарске операције, обећање мираза и друге. Шта онда остаје за форму? Ништа или готово ништа. Остаје стипулација, која је најпре усмена, затим писана и неки литерарни контракти пореклом из грчког права. Међутим, ниједан од ових уговора није контракт са одређеном садржином, не постоје ситуације у којима се мора применити. То су биле универзално употребљиве форме ради постизања неког практичног циља, нпр. олакшања доказа. Странке су ради сигурности могле да уз споразум саставе и писани документ.

Из овога можемо закључити нешто што на први поглед изненађује: и поред декларативног опредељења за форму, римско право је мање формалистично него и једно савремено право. Пokuшајте данас да продате кућу и извршите уговор, у већини држава биће вам потребно неколико дана. У Риму се то могло урадити за трен ока.

6. Откуда овакво предубеђење?

Оно има корен у ставу већине романиста. Формализам, као и строго лично дејство облигација заиста су постојали у Риму једно време. А управо том периоду, периоду ране класике, научници упућују своје дивљење и највеће похвале. Тако се занемарује потоњи развој римског права, за који се држи да је значајно опадање, декаденција, да чак и не представља римско, него неко друго право.

Томе је највише допринела немачка историјскоправна школа. Трагајући за исконским, правим народним духом сваког права, па и римског,

(27) Gaudemet, *Méthode historique et droit romain*, *Nouv. Revue histor. de droit français et étranger*, 1946—47, p. 69.

(28) D, L, 17, 55 (*nemo videtur dolo facere etc.*); Gai Inst., I, 53 (*male enim etc.*).

(29) Седма таблица, фрагменти: 1, 4, 7, 8, 9, 10 (према Жираровој реконструкцији).

(30) *Nuda pactio obligationem non parit...* (Улијан, D, II, 14, 7, 4); *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur* (*Pauli Sententiae*, II, 14, 1).

припадници ове школе су у класичном римском праву видели аутентичан римски дух, а у оном што је следило декаденцију под утицајем грчког и других права. Италијани и други европски народи, са својим неповерењем према Византији, православљу и Истоку уопште, радо су прихватили овакав став. А било је и других разлога. Многи правни историчари припадају оном кругу мислилаца који се бори за рушење феудалног деспотизма. Природно је што су они осећали мало симпатија за право посткласичног периода, право једне друге врсте деспотије и што су му претпостављали републиканске установе или бар дијархију принципага. Оваквој слици допринели су и сами Римљани. Квирити су увек били окренути својој прошлости, они су увек уздизали *mos maiorum* и раније векове своје историје. Чак и у време када Риму тек предстоји процват моћи и културе, Плиније јадикuje: „О, какав је био живот предака! Какво поверење при коме се ништа није печатило.”⁽³¹⁾

Такав начин гледања прихваћен је добрим делом и у марксистичкој историографији. Он се поклапао са неким упрошћеним премисама о вези између базе и надградње. Како је привреда позне империје назадовала, логично је очекивати да и право буде на нижем нивоу. Као да између права и привреде мора постојати механичка веза.

Када се ближе испита оно што се сматра дегенерацијом и опадањем, види се да је то најбољи и најхуманији део римског права: пораст консенсуализма, каузалност, оштећење преко половине, заштита сиромаша, делимична еманципација жене итд.⁽³²⁾ Екстраординарни поступак много је ближи данашњем поимању процедуре, него легисакциони или формуларни.

Од Диоклецијана у праву је заиста дошло до промена, али све оне нису значиле назадовање. Почиње превласт *jus gentium*-а. После додељивања права римског грађанства свим слободним становницима Империје, римско право постаје, уместо права једног народа и једног града, универзално право целе Империје. Зар је околност што је оно најбоље преузето из грчког, јеврејског или других права, значила неку дегенерацију?

Са црним тоновима којима се слика посткласични период не слаже се ни чињеница да је у то време настао *Corpus Iuris Civilis*. А управо Јустинијанова кодификација представља највећи домет римског права. Тoliko хваљене Гајеве Институције, као аутентични представник класике, по обиму не чине ни тридесети део Јустинијановог корпуса. Да овај зборник није сачуван, ни Гај ни сви други постојећи текстови не би били довољан разлог да римско право одигра ону улогу коју је имало у историји права и цивилизације. Све то може да чуди ако знамо да је кодификација настала у грчу једне агоније, не само непосредно пред пропаст Западног царства, већ, у извесном смислу, после његовог пада. Ипак, односи између привредне и војне ситуације, с једне стране, и права, с друге, не могу

(31) *Naturalis historiae*, XVII, 7.

(32) Riccobono (нав. чланак у *Introduction à l'étude de droit comparé*, стр. 242) је крикoваo став историјске школе, тврдећи да је због њега римско право изгубило неке своје најмодерније црте и да је тако немачким правним историчарима било лако да докажу супериорност германског права. Према писцу, италијански коментатори имају најисправнији однос према римском праву. Близак је овом ставу и Бјонди, иако он сав прогрес и хуманизам посткласичног периода приписује утицају хришћанства (Biondi, *Il diritto romano Cristiano*, Милано, 1952—54; неке примедбе на основне идеје Бјондија: Станојевић, Зајам и камата, Београд, 1966, стр. 137—138).

се свести на једноставне механичке полуге. Ова кодификација није плод друштвених и привредних прилика у којима је донета, она је пре резултат тежње да се обнови у најбољем могућем виду римско право. Јустинијанов корпус је прва прилика да се римско право на систематизован начин сучи са својом еволуцијом, да одабере оно што је најбоље и од свега створи нај-монументалнији споменик који је правна историја уопште дала.

7. Постоји још један феномен који захтева извесно објашњење. Како то да ми данас, у друштву које тежи укидању класа, проучавањем римског права одајемо пошту правном систему државе на којој је била љага ропства?

Римско друштво, уколико је могуће давати такве апстрактне оцене, можда носи жиг ропства, али право добрим делом не. Оно што је данас живо и актуелно од римског права готово да уопште не указује на постојање робова. То није необјашњива појава. Римско право регулише односе између слободних и оно је већим делом право трговине. Роб је ствар, предмет. Закон XII таблица још увек гледа на роба као на другоразредног поданика, тако се и повреда роба кажњава само мањим износом композиције (tab. VIII, 3). Али већ *lex Aquilia* сврстава роба у исту категорију у коју и четвороножне животиње. Тако је роб, сем изузетака, избрисан из категорије субјеката и постао објект. У највећем броју установа облигационог и стварног права роб није присутан, на исти начин — дозволићете једно не баш танано упоређење — на који стока коју данас користи сељак не даје печат уговорима које он склапа. Не може се рећи да је наше право воловласничко. Као израз односа слободних људи у уживању и промету добара, римско право је и добило оне универзалистичке црте. Оно је универзално у мери у којој је универзална трговина и робни тип производње, тако да се могло примењивати и у феудалној Византији, средњовековној Европи, грађанским друштвима, па, добрим делом, и у социјализму.

8. И на крају долазимо до последњег питања. Као што је речено, историја се увек поново пише. Она није непристрасно описивање „како се нешто стварно збило“, већ је одговор на питања која изнова постављају свака епоха и свако друштво. Која су та питања која се данас постављају пред наставу и науку Римског права у нашој земљи.

Раније, а и сада на Западу, од римског права се тражила подршка вредностима као што су приватна својина, индивидуализам, слободна иницијатива. Аплтон је писао да је, између осталог, римско право корисно и за колонизацију, јер је примећено како француски чиновници у Индокини који су знали римско право, боље схватају обичаје домородаца, пошто су ови налик на старе римске обичаје⁽³⁸⁾. Код совјетских романиста запажа се тежња да се класној борби посвети највећа пажња. И наша послератна наука била је добрим делом, са извесном натегнутошћу и претеривањем, овако оријентисана. Тако у једној дисертацији посвећеној римском нексуму, налазимо: „Свесни смо да човечанство тек сада, у социјализму, доживљава нови морални успон и да зато познавање све дубине првог пада треба да помогне да се још појачају напори на отклањању мучних последица поделе друштва на класе и да тако у нашој социјали-

(38) Appleton, нав. дело, стр. 46. прим. 1.

стичкој средини што пре буде спремљен пут за прелаз на потпуно бескласно, комунистичко друштво. Познавање свирепости поверилаца, везане за староримски нексум, моћи ће да продуби мржњу према експлоатацији и појака лепоту наше нове стварности" (34).

Како би требало прићи и шта очекивати од римског права данас?

То је најзначајније поглавље правне историје и најстарија правна дисциплина. Еволуција римског права је добра илустрација неких основних закона државноправног развитка уопште. Оно што су римски правници дали у домену приватноправних института и терминологије, у највећој мери живо је и данас. Римско право је одговор на неке енигме данашњег права: шта је и како је настала публицијанска тужба, интердикт, *actio Pauliana*, многе правне максиме. Право Квирита је увод у грађанско право у мери у којој су савремени кодекси потомци Јустинијановог корпуса. Али, поред ових традиционалних задатака, постоје и други који су потреба овог нашег историјског тренутка.

9. Настава Римског права не треба да буде само кључ прошлости, објашњење једне од најважнијих епоха историје права. Она може и треба да буде, као и свака права историја уосталом, функционално везана за садашњост, помоћ у решавању неких постојећих и будућих дилема.

Одумирање државе и права не значи неко нестајање, ишчезавање без остатка. То је преображај, сличан оном који од гусенице даје лептира. Одумирање државе је милионер на Теразијама који са осмехом, са очигледном љубављу за свој посао, регулише саобраћај, тако да се људи окупљају да га виде. Нема одумирања државе уз одбојно лице носилаца власти, иако, наравно, то није само проблем привлачне физиономије. Одумирање права је нормативна активност у предузећима. То ново, привлачније лице власти, власти коју ћемо осећати као своју, та нова правила понашања која неће бити наметана споља, то су путеви преображаја ларве у лептира.

Овакав задатак тражи и посебан однос према праву. Ако је право нешто мрско или, у најбољем случају, болесник на самрти, морибунд, а чини се да га део теорије тако слика, такав став мора имати утицаја на развитак правне науке, на квалитет оних који се опредељују на правне студије. Тиме се не доприноси очекиваној трансформацији права, подизању система норми на један виши, хуманији ниво. Овај век у досадашњем току није био нарочито наклоњен друштвеним наукама. Највећи део својих напора човечанство је усмерило савлађивању природних сила и остварењу благостања. Али није далеко дан када ће многа друштва, задовољивши материјалне потребе, осетити као превасходан задатак не стварање армије технолога и повећање продуктивности рада, него решавање питања везаних за људске односе, правила понашања и етику.

Нашим студентима се уопште не говори, или недовољно говори о томе како је одговорна, са колико је дилема и моралне одговорности везана функција судије, правника. Студенти медицине полажу Ескулапову заклетву — још један пример актуелности антике и њених правила етике.

(34) Пухан, Нексум — најстарија општа форма уговорних односа у Риму, докторска дисертација, Београд, 1951, стр. 9 (дактилографисано).

Зар је дужност судије, тог делноца правде, мање одговорна у једном хуманом и моралном смислу? А о томе се у току студија готово и не говори ⁽³⁵⁾. Скоро да је у праву Достојевски (кнез Мишкин из „Идиота”), који замера наукама како уче свему, осим оном суштинском. И у овом погледу, као и у другим, римски *jurisprudentes* могу нас којечему научити. Нису ли они говорили да је право створено ради човека (*cum hominum causa omne ius constitutum sit* — D. I, 1. 5. 2); нису ли они истицали да је право вещтина или уметност доброте и правде (*ars boni et aequi* — D. I, 1. 1. пр.), да правна наука има не само хуманих, људских, него и божанских компоненти (*divinarum atque humanarum rerum scientia* — I, I, 1. 1). Само се таквим односом према праву може извршити преображај пред којим наше друштво стоји.

Др Обрад Станојевић

РЕЗЮМЕ

Римское право сегодня

После некоторого насыщения историей, в последнее время к прошлому снова начинает возрастать интерес, но он получает новые выражения: история — это не простое описание, а поиски ответов на вопросы, предъявляемые прошлому нашим временем. Римское право становится актуальным сегодня постольку, поскольку его положения имеются в современных институтах и поскольку оно объясняет эти институты.

Римскому праву в истории нашей цивилизации принадлежит огромная роль. Интерес к нему, начиная с 12 века, является частью движения, преобразившего Европу — Ренессанса.

Чем объяснить что именно римляне являются народом, оказавшим огромное влияние на развитие права почти у всех народов мира? Ответ на данный вопрос следует искать в обстоятельствах, способствовавших созданию из римлян народа практического уклада и с исключительными организационными способностями. Римляне были неограниченными хозяевами в бассейне Средиземья, имевшего с древних времен все условия для торговли. Многие большие умы посвятили себя правовым наукам, а деятельность юристов находилась постоянно под надзором общественности и являлась почетной профессией.

Римскому праву часто ставится в упрек, что оно является формалистическим, что оно разработало неограниченное право собственности и т.п. Однако, если ближе познакомимся с его установлениями, мы можем прийти к выводу, что оно является в меньшей мере формалистическим, чем большинство современных прав. Причины подобного предубеждения кроются в симпатиях, которые историческо-правовая школа, а в некоторой степени и марксистская, обнаруживали к ранним периодам римской истории, в которых данное право действительно являлось формалистическим. В силу этого недооценивается Корпус юрис цивилис, высшая ступень создания в истории Рима.

Может удивлять актуальность в социалистическом обществе права, принадлежащего цивилизации, основанной на рабовладельческом строе. Между тем, та часть римского права, следы которого сохранились до наших дней, регламентировала отношения между свободными людьми и потому не носит клейма рабства.

(35) Један од изузетака је проф. Константиновић, који на курсу последипломске наставе каткад говори о овоме, цитирајући римске правнике.

SUMMARY

Roman Law To-day

After a period of saturation with history, the interest for the past has been lately aroused, but it is getting new dimensions: history is not a mere description, but search for the answers to the questions posed by the present with respect to the past. The Roman Law is actual to-day in so far as its provisions are present in the modern institutions and explain these institutions.

The role of the Roman Law is very great in the history of our civilization. The interest for the Roman Law, aroused in the XIIth century, is part of the movement which has transformed Europe — the Renaissance.

How comes it that the Romans are the people who gave lectures in law to nearly all the nations of the world? The answer to this question should be looked for in the circumstances that made of the Romans a people without imagination, but with a talent for practical and organization. They were the masters of the Mediterranean basin oriented to trade from old. Many, most intelligent men, devoted themselves to law, while the activity of the jurists was constantly under public control and was very esteemed.

It has often been remarked for the Roman law that it is formalistic, that it knows the absolute ownership, etc. However, if we go from one institute to the next, we may conclude that it is less formalistic than most of the modern laws. The reasons for such a conviction are inclination of the historical — juristic school, and the Marxist to some extent, for the older periods of the Roman history in which this law was in truth formalistic. The Corpus juris civilis is in this way underrated though it is the greatest achievement in the Roman history.

The actuality of the law of one civilization, based on slavery, may be surprising to the Marxist society. But, the part of the Roman law that is extant to-day, had regulated relations between free people, and so it does not bear the mark of slavery.

RÉSUMÉ

Le droit romain aujourd'hui

Après une certaine saturation par l'histoire dans les temps récents l'intérêt s'est accru pour le passé, mais il acquiert de nouvelles dimensions: l'histoire n'est plus une simple description, mais la recherche dans le passé des réponses aux questions qui se posent dans les temps présents. Le droit romain est actuel aujourd'hui pour autant que ses dispositions sont présentes dans les institutions contemporaines et dans la mesure qu'il nous explique ces institutions.

Le rôle du droit romain dans l'histoire de notre civilisation est considérable. L'intérêt pour ce droit qui s'est manifesté depuis le XIIe siècle est une partie de l'évolution qui a transformé l'Europe — la Renaissance.

Comment peut-on expliquer que c'est justement le peuple romain qui a donné des leçons de droit à presque tous les peuples du monde? Il faut chercher la réponse à cette question dans les circonstances qui ont contribué à former des Romains un peuple qui ne bâtissait pas des chimères, mais qui avait un talent prononcé pour tout ce qui est pratique et pour l'organisation. Les Romains étaient les maîtres du bassin méditerranéen, qui est depuis la plus haute antiquité orienté vers le commerce. Les hommes les plus capables se sont consacrés au droit, et l'activité des juristes était toujours soumise au contrôle de l'opinion publique et elle fut très estimée.

On reproche souvent au droit romain d'être formaliste, qu'il connaît la propriété absolue et ainsi de suite. Cependant, si nous examinons les institutions les unes après les autres, nous pouvons tirer la conclusion qu'il est moins formaliste que la plupart des droits contemporains. Les raisons d'une telle présomption se trouvent dans les sympathies que l'école historico-juridique et jusqu'à un certain point l'école marxiste avaient témoigné à l'égard des périodes les plus reculées de l'histoire romaine dans lesquelles le droit romain était réellement formaliste. Ainsi on mésestime le Corpus juris civilis, pourtant il est de la plus haute importance dans l'histoire de Rome.

Il peut paraître bizarre que le droit d'une civilisation fondée sur l'esclavage puisse avoir le caractère d'actualité dans la société socialiste. Cependant, la partie du droit romain qui est présente aujourd'hui a réglé les rapports entre les hommes libres, c'est pourquoi elle ne porte pas l'empreinte de l'esclavage.

ОДНОС ДРУШТВЕНЕ ОПАСНОСТИ И ПРОТИВПРАВНОСТИ КАО ЕЛЕМЕНАТА ОПШТЕГ ПОЈМА КРИВИЧНОГ ДЕЛА ⁽¹⁾

1. У теорији кривичног права постоје многобројне дефиниције општег појма кривичног дела. У нашој новијој литератури скоро редовно се кривично дело дефинише као друштвено опасно, противправно, у закону одређено, вино проузроковање последице људском радњом. Ову дефиницију ћемо и ми прихватити као полазну тачку даљих излагања. Наш задатак је, наиме, да објаснимо појам и однос првих елемената наведене дефиниције: друштвене опасности и противправности. Ако се хронолошки посматра развој учења о друштвеној опасности и противправности, онда се може запазити да је теорија кривичног права прво посветила пажњу изучавању појма противправности. И не само то. Теорија кривичног права је појму противправности посветила и много више пажње. У почетку предмет научних дискусија била је искључиво противправност посматрана са формалне тачке гледишта, тзв. формална противправност. Нарочито наилазимо на разрађен појам формалне противправности и старијој немачкој литератури код припадника тзв. класичне нормативне школе, чији је главни протагониста немачки теоретичар К. Биндинг. Појам противправности је проучаван и са материјалне тачке гледишта у старијој немачкој литератури, нарочито у време владавине Листовог објективно-каузалног и натуралистичког приступа обради кривичноправних института, да би у новије време, у периоду када је значајан утицај на науку кривичног права почело да врши Велцелово учење о финалној радњи, добио нове и потпуније димензије.

⟨Тек у литератури социјалистичких земаља, а првенствено у совјетској литератури, сусрећемо и учење о друштвеној опасности као елементу општег појма кривичног дела.⟩

Сада ћемо размотрити основне проблеме који су се у науци јавили у вези са појмом противправности у материјалном и формалном смислу, као и у вези са појмом друштвене опасности, да бисмо затим прешли на детаљнију обраду односа друштвене опасности и противправности.

2. Када се говори о противправности као елементу општег појма кривичног дела, потребно је прво поћи од тога да је кривично дело по својој природи неправо. У вези с тим намећу се следећа питања која је потребно разјаснити.

(1) Садржина овога рада изнета је на приступном предавању одржаном 29. октобра 1968. године на Правном факултету у Београду.

Пре свега, да ли је неправо својство само кривичног дела, или је, пак, оно својство свих деликата, а затим, какав је однос између појма неправа и појма противправности?

Што се тиче првог питања, може се рећи да се у теорији скоро сви аутори слажу са тим да неправо нису једино кривична дела, већ да неправо представљају и други деликти (нпр. грађанскоправни, административноправни, итд.). Али има мишљења (нарочито у старијој литератури) да се кривичноправно неправо по своме квалитету разликује од других врста неправа ⁽²⁾. У новијој литератури (Живановић, Лист, Меркел и др.), међутим, претежно је заступљено гледиште да је неправо родни појам за све врсте деликата, одн. да је неправо исто, па било о којој врсти деликата да је реч.

Кривично дело је противправно дело. Зато се поставља питање каква је разлика између појма противправности и појма неправа. Има мишљења (нпр. Меуер ⁽³⁾) да између противправности и неправа нема разлике, одн. да су противправност и неправо једно те исто. Овакво мишљење произилази, у ствари, из усвајања тзв. јуристичког схватања појма неправа. Према овом схватању, неправо је чисто правни феномен и састоји се у нападу на правне норме. Доследно томе, противправност није елеменат неправа, већ његова суштина ⁽⁴⁾.

Насупрот томе, по реалистичком схватању направа, оно се дефинише као један реалан феномен, као једна појава спољашњег, природног света. То је пре свега људско дело, које у себи садржи проузроковање последице људском радњом. По својој суштини, дакле, неправо је реална чињеница, која још увек није сама по себи правно обојена. Она постаје правна чињеница само уколико уђе као елеменат у свет правних норми ⁽⁵⁾. Тек тада неправо може добити карактер противправног дела. Значи, противправност се појављује као атрибутивно обележје неправа. До у основи истог закључка долази и Велцел ⁽⁶⁾. По њему је противправност једна релација — несклад између остварења бића кривичног дела и захтева који поставља правни поредак. Неправо је, међутим, нешто супстанцијално: то је само противправно понашање. Противправност је, дакле, предикат, док је неправо супстанца.

(2) О ранијим покушајима да се под утицајем Хегеловог учења између кривичноправног неправа и приватноправног неправа пронађе квалитативна разлика вид. v. Liszt: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin und Leipzig 1922, стр. 118, прим. 3. О том схватању, као и о аргументима против њега вид. такође др. Т. Живановић: *Основни проблеми кривичног права*, Београд, 1930, стр. 51—55.

(3) Вид. др. Т. Живановић: *Основни кривичног права Краљевине Југославије*, Општи део, I књ. Бгд. 1935, стр. 205, прим. 3.

(4) У теорији кривичног права постоји спор о томе да ли је противправност обележје одн. карактеристика кривичног дела — или је, пак, то суштина кривичног дела одн. *in se* кривичног дела. Известан број аутора под вођством Белинга, одлучно одбија схватање да је супротправност (*Widerrechtlichkeit*) обележје кривичног дела (нпр. Kohlrausch, H. A. Fischer, Berolzheimer, Höpfner, Kitzinger). Други, пак, сматрају да је противправност објективан елеменат појма кривичног дела (вид. о томе: dr. J. Nagler: *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, Leipzig, 1911, стр. 15, и 16).

(5) Вид. о томе детаљно: др. Т. Живановић: *Систем синтетичке правне филозофије*, Бгд, 1959, стр. 326—329.

(6) H. Welzel: *Das Deutsche Strafrecht*, 9. Aufl. Berlin, 1956, стр. 46—47).

Из свега реченог следи закључак да противправност није исто што и неправо и да је она само једно обележје неправа, а самим тим и кривичног дела као једног вида неправа.

3. Пошто је на овај начин дефинисан појам неправа и указано на његов и однос према појму противправности, потребно је прећи на излагање о самом појму противправности.

Као што је већ напоменуто, хронолошки посматрано, прво су се јавила схватања о формалном појму противправности. Присталице формалног појма противправности, дефинишу је као повреду закона. Тако Карара истиче да је суштина кривичног дела у односу супротности између људског дела и закона ⁽⁷⁾. Поставља се, међутим, питање коме закону се противи кривично дело. Има мишљења, нарочито у старијој литератури (на пример, аустријски професор Штос ⁽⁸⁾) да се овде ради о противности самом кривичном закону. Другим речима, сматра се да се противправност једног дела заправо састоји у томе што је оно противно кривичном закону у коме је предвиђено. Овакво мишљење је заступљено и у новијој литератури. Од наших аутора, на пример, заступник овог мишљења је С. Франк. Он каже: „Појам кажњивости, односно описаности дјела у закону и појам формалне противправности подударaju се. Дјело, којег обиљежја нису у закону описана, није кажњиво, јер није формално противправно ⁽⁹⁾.”

Насупрот оваквом схватању формалне противправности, постоји схватање читавог низа аутора који у објашњењу појма формалне противправности заступају такозвану теорију норми, чији је аутор Биндинг. Биндингово схватање формалне противправности се, наиме, састоји у следећем ⁽¹⁰⁾.

Закон је неповредив. Закон је воља, а не снага или принуда, а воља је као таква неповредива. Енергија законске воље је пре противправне радње иста као и за време и после ње. Ако би се узело да је повређен закон извршењем противправне радње — онда значи да би појединачним вршењем противправних радњи био окрњиван или коначно дефинитивно анулиран закон, а то је немогуће замислити. И стога, када неко учини кривично дело, он не поступа противно кривичном закону. Напротив, он поступа у сагласности са кривичним законом. Када закон каже: ко другога лиши живота — па то неко и учини, онда је тај управо поступио онако како кривични закон каже, и тиме је испунио потребне услове које закон тражи, да би на њега била примењена кривична санкција. Учиниолац, дакле, вршећи кривично дело не крши кривични закон, већ крши једну норму која се налази ван кривичног закона. Садржај те норме се може сазнати ако се диспозиција кривичних прописа преобрати у императиван облик. Нпр., из диспозиције: „ко другог увреди“, произилази норма „не вређај другог“. Међутим, иако се садржај норме може сазнати из кривич-

(7) Др Ј. Таховић: Кривично право, општи део, Београд, 1961, стр. 114—115.

(8) Stoops: Lehrbuch des Oesterreichischen Strafrechts, Wien und Leipzig 1910, стр. 73.

(9) Др С. Франк: Теорија казненог права по Кривичном законик у од 1951. Општи део, Загреб 1955, стр. 117.

(10) Binding: Die Normen und ihre Ubertretung, 4. Aufl., I Band, Leipzig, 1922, стр. 293. и даље.

них прописа његовим преобраћањем у императиван облик, сама норма се не налази у њему. Она само служи као законодавни мотив инкриминације кривичног дела тј. потреба њене заштите инспирише законодавца да њено кршење пропише као кривично дело и угрози кривичном санкцијом. Према томе, противправност није противност кривичном закону — већ противност норми која се налази ван кривичног закона. Неосновано се сматра да није тачно ово Биндингово тврђење. Тако на пример Срзентић — Стајић⁽¹¹⁾ сматрају да учинилац кривичног дела вршећи кривично дело поступа противно кривичном закону, јер из сваког кривичноправног прописа, кад се повеже његов диспозитивни део са санкцијом, добијамо одреке заповести и забране.

Ако би те забране или заповести вукле свој корен искључиво из кривичног закона, ако би се сматрало да оне настају са настанком одредаба кривичног закона (као што то погрешно сматра Штос) — онда би елеменат одређености кривичног дела у закону у суштини био истоветан са противправношћу у формалном смислу, тако да би паралелно постојање оба ова елемента у дефиницији општег појма кривичног дела, представљало непотребно понављање. Наиме, ево о чему је реч. Ако би се сматрало да је једно кривично дело противправно зато што је противно пропису кривичног закона који га инкриминише као кривично дело — онда би то практично значило да је оно противправно зато што је одређено у кривичном закону. То што је једно дело одређено у кривичном закону, чини од њега противправно дело. Овакво решење је логички неодрживо са гледишта усвојене дефиниције општег појма кривичног дела. У том случају или се из дефиниције мора елиминисати елеменат противправности у формалном смислу, или се, пак, из дефиниције мора уклонити елеменат одређености кривичног дела у закону.

Нама се, међутим, чини да оба ова елемента имају своје место у дефиницији кривичног дела — да сваки са своје стране карактерише појам кривичног дела — и да би појам кривичног дела без једног од њих био непотпун. Биндингово схватање противправности, које једино обезбеђује посебно и самостално место овом елементу у појму кривичног дела — дакле, употпуњује и заокружава општи појам кривичног дела. Противправност у формалном смислу, баш онако како је схвата Биндинг, осветљава суштину кривичног дела са једног аспекта, са кога је не може осветлити елеменат одређености кривичног дела у закону. Коначно, одсуство елемента противправности у формалном смислу, односно његово уклапање у законски елеменат дефиниције, онемогућило би објашњење појаве непоклапања противправности и одређености кривичног дела у закону. У случају нужне одбране, кривично дело је испунило све законске елементе бића — али се сматра да није противправно. Ако се противправност не би схватила онако како је Биндинг схвата, онда се не би могло овако резоновати, већ би се морао прихватити апсурдан закључак да у случају нужне одбране није искључена противправност дела, што се противи скоро општем усвојеном схватању у теорији кривичног права. Из свега изложеног прои-

(11) Срзентић—Стајић: Кривично право Федеративне Народне Републике Југославије, Општи део, Београд, 1961, стр. 124.

зилази да се једино може прихватити схватање да противправност није противност кривичном закону — већ да је противправност противност неким другим нормама које су ван кривичног закона.

Поставља се сада питање, о каквим нормама је овде реч и одакле оне потичу. Према Биндингу, овде се не ради о нормама приватног, административног итд. права, већ о нормама јавног права, укључујући норме неписаног права. Насупрот њему, Белинг сматра да се овде не ради о прописима јавног права, већ о прописима разних грана права, а посебно приватног права ⁽¹²⁾. Кад би се прихватило да све норме морају бити норме јавног права, онда би норме које су по својој суштини, нпр., приватноправне — биле нужно дуплиране, јер би, поред тога што се налазе у приватном праву, морале да поново буду потврђене у јавном праву. Но ипак — каже Белинг — не постоји приватноправна, административноправна итд. противправност. Противправност је увек једноставна одн. увек иста, без обзира о којој се грани права ради. Белинг посматра норму са њене формалне стране, без обзира на њену конкретну садржину. Тако гледано, противправност је противност норми, уколико уопште узев она представља једну забрану или заповест, а не уколико се њоме ово или оно заповеда или забрањује. Зато је противправност противност општој нормативној вољи или норми уопште, а не противност овој или оној норми.

У вези са изнетим различитим схватањем норми, занимљиво је изнети и схватање норми које заступа Мајер (Mayer) у свом делу *Rechtsnormen und Kulturnormen* (Breslau 1903). Мада Мајер даје материјалну дефиницију противправности, ипак се у његовој дефиницији налазе извесни елементи који могу бити од значаја и за схватање и дефинисање противправности у формалном смислу. Ми ћемо се касније вратити на Мајерову материјалну дефиницију и објаснити њену суштину. На оном месту ћемо се само оганичити на његово објашњење питања порекла норми ⁽¹³⁾. По Мајеру, противправност јесте противност културним нормама једног друштва. Те културне норме су заповести или забране које одговарају постојећој култури. То су, дакле, норме које су опште усвојне од стране једног народа. То могу бити и моралне норме, религиозне норме, захтеви економског живота итд. Но, да би њихово кршење представљало противправност, оне морају бити признате од државе. То ће рећи да њихове повреде морају бити од стране законодавца оглашене за кривично дело, приватноправни или који други деликт. Према томе, норме није законодавац створио, већ их је нашао готове у култури народа и само их је преузео и правно признао. У нашој савременој кривичноправној литератури преовлађује мишљење да норме чије кршење представља противправност, морају бити норме писаног права. Тако, нпр., Срзентић—Стајић истичу да појам противправности „не треба везивати за заповести изван оних које су правно регулисане“. По њиховом мишљењу противправност је „противност свакој заповести садржаној у било коме правном пропису, како кривичноправном пропису (што је погрешно), тако и сваком другом ванкривичноправном

(12) Вид. о томе: Т. Живановић: Основи кривичног права Краљевине Југославије, Општи део, I. књига, Београд, 1935, стр. 297. и даље.

(13) Вид. о томе: Т. Живановић, Основи Кривичног права, стр. 202.

пропису⁽¹⁴⁾. Поставља се питање које од наведених мишљења о пореклу норме треба усвојити. Да ли су норме саставни део неписаног јавног права, као што каже Биндинг; да ли се ту ради о апстрактној норми, која представља општу нормативну вољу, као што каже Белинг; да ли су у питању културне норме које право не прописује већ их признаје, као што каже Мајер; или је, пак, овде реч само о писаним нормама које су донете у виду правних прописа, као што кажу Срзентић—Стајић.

По нашем мишљењу, сва ова решења имају у себи по нешто тачно, мада ниједно није потпуно прихватаљиво. Велики број норми, нема сумње, предвиђен је писменим актима државе. Тако, нпр., код кривичног дела неплаћања алиментације из чл. 197. КЗ, ради се о кршењу норми, које су прописане у породичном праву. Код кривичног дела повреде бирачког права из чл. 159. КЗ ради се о кршењу норми предвиђених у Уставу итд.⁽¹⁵⁾ Међутим, постоје и такве норме које нису предвиђене писаним правним прописима. Тако, на пример, норма „не убиј“, која се криши извршењем кривичног дела убиства из чл. 135. КЗ, није предвиђена ниједним писаним правним прописом државе. Према томе, не може се прихватити да су норме искључиво предвиђене правним прописима. Има, дакле, и таквих норми — као што каже Биндинг — које су саставни део неписаног права, при чему то не морају бити само норме јавног права, како он то погрешно сматра. Ради се, дакле, о нормама које законодавац није прописао, већ их је нашао као правила, опште усвојена у цивилизованом друштву. Другим речима, ради се о културним нормама, које је — како каже Мајер — држава признала. Нама се чини да је основни извор норми у општем систему и духу правног поретка једног друштва—државе, па било да се ради о писаним или неписаним нормама. Наиме, и прописане норме у првом реду јесу норме које произилазе из опште констелације и система правног устројства државе, и њихово прописивање, по нашем мишљењу, не значи њихово конституисање, већ значи само њихово декларисање. У вези с тим, треба навести мисао коју је немачки професор Цу Дона изразио у свом раду о противправности: „Није противправно — каже он — оно што је забрањено (и зато што је забрањено), него се мора узети обрнуто, да правни поредак забрањује оно што је противправно (и зато што је противправно)”⁽¹⁶⁾.

Шта је дозвољено а шта забрањено у једном друштву — произилази из општег духа правног поретка. Према томе, и оно што је прописано као дозвољено или забрањено, није дозвољено или забрањено зато што је прописано. Из овог произилази закључак да су забране и овлашћења, која поставља правни поредак, у суштини и по пореклу истородне, па без обзира да ли су изричито прописане или нису. Разлика је између прописаних и непрописаних норма у томе што прописане норме постављају обавезна правила понашања у одређеним ванкривичним гранама права, и њихово кршење представља противправно дело, мада не мора истовремено представљати и кривично дело, уколико као такво није предвиђено и за њега није од-

(14) Срзентић—Стајић, *op. cit.*, стр. 125.

(15) Др М. Радовановић: *Кривично право*, Општи део, Београд, 1965, стр. 111.

(16) Alexander Graf zu Dohna: *Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle a. S., 1905, стр. 27.

ребена кривична санкција — док непрописане норме своју правну санкцију прво и једино добијају кроз кривични закон. При том треба нагласити да не постоје различите противправности, грађанскоправна, административноправна, итд. — већ постоји једна једнородна противправност. Но, не потребно је овај закључак градити на бази неке апстрактне норме, која је лишена свог конкретног садржаја, као што то чини Белинг, јер противправност је противност праву, противност нормама правног поретка — при чему је за њено постојање без значаја о којој грани права је реч. Ако кажемо, нпр., да је једна појава противна физичким законима, онда ништа не мења у суштини ствари чињеница да ли је посреди противност закону слободног падања, закону акције и реакције, или неком другом закону физике. Једноставно, појава је противна закону физике. Иста је ситуација и у праву.

4. Следећа излагања ћемо посветити појму противправности у материјалном смислу. Одредити појам противправности у материјалном смислу, значи одговорити на питање зашто се једно дело сматра противправним, одредити шта је то у суштини што једно дело чини противправним.

Раније је наглашено да је Мајер дао материјалну дефиницију противправности. Материјалност његове дефиниције је у томе, што су културне норме, по њему, такве норме којима се нешто заповеда или забрањује ради заштите друштвених интереса ⁽¹⁷⁾. На тај начин, по нашем мишљењу, Мајер покушава да, одређујући социјални садржај и сврху ових норми, одреди реалан значај њиховог кршења — дакле материјалну суштину противправности. Међутим, Мајеру се оспорава да је дао чисту материјалну дефиницију противправности. Хајниц ⁽¹⁸⁾ наводи следеће приговоре Мајеровој реалној (материјалној) дефиницији противправности. По Мајеру каже он — противправност је оно понашање, које противречи од државе признатим културним нормама. Међутим, које културне норме су признате од стране државе, или како такво понашање измењено мора бити (у чему је његова извитопереност, девијантност — прим. Д. А.) — о томе Мајерова дефиниција не говори ништа. Чисто позивање на културну условљеност права не може ослободити дефиницију њеног формалног карактера. Јер треба имати у виду да Мајер не означава као материјално противправно напосто једно „култури противно” понашање, него једно такво понашање које је противно од државе признатим културним нормама. Другим речима, Хајниц замера Мајеру да није објаснио зашто је држава признала одређене културне норме, и због чега се једно понашање, као кршење одређене културне норме, сматра противправним. Реална одн. материјална дефиниција противправности, по Хајницу, мора се тражити кроз сагледавање државне воље. Мора бити, наиме, откривен онај карактер радње, због кога законодавац њу забрањује, а тај карактер се састоји у њеној штетности за државу. Хајниц, међутим, сматра да овде ипак не може бити реч о *правној* реалној дефиницији противправности, већ да је посреди појам противправности у социолошком смислу. У погледу могућности давања правне реалне дефиниције противправности он је скептик, а за социо-

(17) Т. Живановић, *оп. cit.*, стр. 201.

(18) Heinitz: *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, Breslau, 1926, стр. 109.

лошки појам противправности сматра да он не може послужити решавању проблема основа искључења противправности, па стога критикује оне ауторе који, покушавајући да дају материјални појам противправности, у ствари одређују њен социолошки појам.

Немачки научник Лист је први дао материјално-формални појам противправности. У формалном смислу Лист дефинише противправност као противност дела државној норми. У материјалном смислу, по њему, противправно је оно дело које је друштвено штетно (антисоцијално или само асоцијално) ⁽¹⁹⁾. У нашој литератури материјално-формални појам противправности даје академик др Живановић ⁽²⁰⁾. По њему, противправност у формалном смислу јесте противност извесном правном пропису (норми) у облику напада на извесно кривичноправно добро. У материјалном, или — како Живановић каже — тачније, у материјално-формалном смислу, противправност је противност извесном правном пропису (норми) у облику напада на извесну кривичноправну индивидуалну или колективну потребу постојања друштва-државе. Живановић сматра да чисто материјална дефиниција противправности није довољна по Зауеру, материјално противправно је оно понашање, које по својој врсти држави више штети него што јој користи (вид. Heinitz, *op. cit.*, стр. 110). Према чешком аутору Олшару ⁽²¹⁾ материјална противправност се састоји у социјалној шкољивости дела. У совјетској кривичноправној литератури ⁽²²⁾ противправност се у материјалном смислу изједначава са друштвеном опасношћу, која се појављује као посебан елеменат дефиниције кривичног дела.

Под утицајем совјетске литературе и у нашој послератној литератури влада мишљење да се противправност у материјалном смислу и друштвена опасност поклапају. Тако, нпр., Срзентић—Стајић истичу да противправно дело у суштини није ништа друго него одређено понашање човека којим се напада једна друштвена вредност — а то је друштвено опасно дело. Према томе, друштвена опасност дела и противправност у материјалном смислу не могу бити посебни елементи кривичног дела. Наведени аутори, доследно изнетом резонувању, заступају мишљење да противправност као елеменат општег појма кривичног дела, може бити схваћена само као формална противност. Материјална противправност, пошто представља друштвену опасност, означава се као засебан елеменат под именом друштвене опасности.

Међутим, док Срзентић—Стајић сматрају да је друштвена опасност самосталан елеменат појма кривичног дела, одвојен од противправности у формалном смислу — већи број аутора, под утицајем совјетске литературе, стоји на становишту да су противправност у формалном смислу и друштвена опасност две стране једног истог елемента, две стране једне медаље. Противправност се појављује као формални израз друштвене опасности, а друштвена опасност се појављује као материјални израз противправности. Према томе, противправност и друштвена опасност појављују

(19) Liszt, *op. cit.*, стр. 139.

(20) Живановић: Основи кривичног права, стр. 205.

(21) Erich Olšar: Studie o protipravnosti, Праг, 1940 (резиме) под 3, стр. 103.

(22) Советское уголовное право, Общая часть. коллектив авторов под општом редакцијом др В. М. Чхиквадзе, Москва, 1959, стр. 125.

се као један елеменат општег појма кривичног дела, који само има своја два израза: материјални и формални. Овакво мишљење заступају Таховић (стр. 116), Радовановић (стр. 106), С. Франк (стр. 117—118) и др.

Ми се не бисмо могли сложити са схватањем да су формална противправност и друштвена опасност два израза једног истог елемента општег појма кривичног дела. Ми се не бисмо могли сложити ни са тим да су противправност у материјалном смислу и друштвена опасност један те исти елеменат. Друштвена опасност јесте материјални елеменат општег појма кривичног дела, али не и материјална страна противправности. Материјална противправност значи друштвени садржај формалне противправности, а друштвена опасност значи друштвени садржај целокупног кривичног дела. Материјална противправност и друштвена опасност са различитих аспеката осветљавају општи појам кривичног дела. Материјална противправност оцртава социјално-правну материјалност кривичног дела, а друштвена опасност оцртава социјално-рационалну материјалност кривичног дела. >

У даљим излагањима ћемо настојати да ближим објашњењем појма материјалне противправности и појма друштвене опасности потврдимо и докажемо горе изнете констатације.

Противправност у материјалном смислу је, по нашем мишљењу, противност ономе што чини садржину норме. Док је противправност у формалном смислу противност самој норми као таквој — дотле је у материјалном смислу противправно оно дело које је супротно садржају норме. Док противправност дела у формалном смислу значи једноставно противност дела правном поретку — противправност дела у материјалном смислу значи противност дела онаквом понашању какво правни поредак захтева. Противправност у формалном смислу значи кршење правних правила понашања, а противправност у материјалном смислу значи неслагање учињеног понашања са понашањем које као друштвено корисно и целисходно правни поредак хоће да успостави и обезбеди. Значи, за оцену материјалне противправности једног дела меродавно је утврђивање значаја тог дела са гледишта друштвених потреба и интереса, његовог положаја и места у склопу друштвених вредности. Материјална противправност се са те тачке гледишта појављује као један суд о друштвеној невредности дела, као негативна друштвена оцена дела. > У литератури се често о материјалној противправности говори као о „негативном вредносном суду“ или као о „суду о невредности“. Овакво мишљење сусрећемо код Велцела (Welzel, op. cit., стр. 46), који каже: „Пошто правни поредак са својим нормама и овлашћењима хоће да успостави један пуновредни (wertvoll) социјални животни поредак, свако понашање које ово пуновредно стање осујећује, представља противправно остварење бића.“ Наглер⁽²³⁾ у том смислу каже: „Када ми једну радњу или неки феномен означимо као противправан, онда ту долази до изражаја наш вредносни суд“. Са гледишта ове вредносне оцене, по њему, постоје три категорије дела: „правусходна“ дела, правно индиферентна дела и противправна дела. Код првих, резул-

(23) Dr. J. Nagler, op. cit. стр. 13.

тат њиховог вредновања са гледишта правног поретка је позитиван, код других, њихова вредност је мањлива одн. вредности нема, а код трећих ради се о правној негацији, тј. о позитивном утврђивању њихове правне невредности. Суд о противправности је осуђујући суд, он је прекор противстајању правном поретку.

Поставља се питање, ко одређује шта се у једном друштву сматра невредним, другим речима, ко доноси суд о невредности дела, ко оцењује једно дело као противправно. Лист ⁽²⁴⁾ сматра да је материјални садржај противправности независан од оцене законодавца — да је, дакле, метајуристички. Законодавац не проглашава дела противправним, она као таква већ постоје и он их само налази. Већина аутора, пак, сматра да противправност једног дела није унапред дата, већ да зависи од његовог вредновања са гледишта друштвених интереса и потреба.

По Наглеру (стр. 14), мада је вредновање, природно, у сазнајно-теоријском смислу субјективно те отуд и релативно, ипак оно у условима социјалног живота и са гледишта практичних потреба има општи карактер. Велцел истиче да је противправност један објективан суд. Субјект негативног суда вредности није поједини човек, него правни поредак као такав. Судија не може доносити овај вредносни суд, он само може да већ донети вредносни суд од стране правног поретка само накнадно потврди (Велцел, стр. 46).

По нашем мишљењу нема сумње да је оцена противправности један објективан вредносни суд. И даље, пошто је правни поредак израз воље владајуће класе — то онда основно мерило за оцену противправности и друштвене невредности једног дела јесте воља и интерес владајуће класе у одређеном друштву. При томе, међутим, треба имати следеће у виду. Законодавац је тај који ову вољу изражава и правно оформљује. Он је, дакле, тај, који оцењује друштвену и правну вредност односно невредност понашања људи. Са те тачке гледишта посматрано, Лист није у праву када каже да законодавац дела не проглашава противправним већ их налази. Међутим, у једном другом обрту посматрано, ствар изгледа другачије. Ни воља владајуће класе ни, према томе, воља законодавца, нису апсолутно дати и независни друштвени феномени. Воља владајуће класе и интереси владајуће класе условљени су историјским развитком одређеног друштва, у првом реду развитком његових производних снага. Према томе, шта ће бити интерес владајуће класе, па стога и шта ће бити воља владајуће класе, зависи од економске структуре друштва и од политичког система тога друштва који из ње проистиче. Са те тачке гледишта посматрано, друштвено политичка и економска структура друштва заправо одређује шта ће бити интерес класе која је на владајућем положају у том друштву и које ће друштвене односе она имати да одржава и брани. Према томе, воља и интерес владајуће класе се појављују као историјски дати и условљени друштвени феномени на одређеном степену развитка производних снага и продукционих односа. Зато није неправилно рећи да законодавац у суштини не проглашава одређена дела противправним, већ се дела као противправна налазе, јер нужно произилазе из одређене друштвено-политичке

(24) F. v. Liszt, op. cit. стр. 140.

и економске констелације друштва у одређеном историјском тренутку. Дакле, воља и интерес владајуће класе само примарно-опажајно представља извор оцене противправности једног дела, а суштински оцена противправности једног дела одређена је самом економском и политичком структуром одређеног друштва, исто тако као што је овом структуром одређена воља и интерес владајуће класе. >

У досадашњим излагањима видели смо где лежи извор критеријума за оцену противправности односно друштвене вредности и невредности дела. Сада је потребно видети *како* се ствара овај вредносни суд, како се долази до негативне вредносне оцене одређеног људског понашања.

Правни поредак, као што је већ речено, хоће да обезбеди такве друштвене односе, који ће омогућити опстанак, функционисање и даљи развој друштва. Да би се обезбедило остварење оваквих друштвених односа, пред појединце се постављају дужности да усагласе своје понашање у социјалном животу са потребама опстанка, функционисања и даљег развика друштва. Правни поредак, као одраз одређених друштвених односа на бази одређеног степена развика производних снага, успоставља одговарајуће дужности које се намећу свим члановима друштва. Сваки појединац мора да се понаша у складу са овим дужностима — значи, социјално целисходно. Дакле, норме увек у себи садрже одређену дужност, која се поставља пред човека у његовом понашању у друштву. *Кршење те дужности је материјална противправност.*

Овде долазимо у ситуацију да се изложимо критици коју је Цу Дона учинио Фернеку⁽²⁵⁾, тврдећи да се овај са својим констатацијама врти у кругу. Наиме, према Фернеку — како каже Цу Дона — противправна радња је истовремено противдужносна и противнормна: дужност постоји само где је издата норма, норма се објављује само онда када треба да буде заснована једна дужност. Но, наставља Цу Дона питање — *када* је једна радња противнормна, и стога противдужносна, и стога противправна — представља узалудно питање.

Сматрамо да је приговор Цу Доне неоснован. Питања се разрешавају редом: једно дело је противправно јер је противно норми, а противно је норми јер одступа од дужности коју ова норма одређује. Остаје, стварно, можда питање кад једно дело одступа од дужности. Фернек сматра да ће се такво прецизно одређивање садржаја противправне радње узалудно тражити у литератури. Овоме треба додати да је такво прецизно одређивање и непотребно. Ми ћемо мало касније то и показати.

Па ипак, у погледу могућности садржајног одређивања противдужног понашања као садржаја материјалне противправне радње, треба рећи следеће:

Шта се сматра социјално-целисходним, па према томе дужним понашањем — најчешће је предвиђено у правним прописима ванкривичноправног карактера. Међутим, то није увек случај. Већ раније смо рекли, кад смо говорили о формалној противправности, да норме не морају бити увек писане, већ могу произилазити из духа и смисла целокупног правног поретка. Са гледишта материјалне противправности то значи да социјална пра-

(25) Ferneck: Die Rechtswidrigkeit, Jena, Gustav Fischer, 1905, стр. 2.

вила понашања не морају увек бити одређена кроз писани садржај правне норме, већ садржај норме може произилазити из опште тенденције кретања и развика одређеног друштва, те на тај начин одредити које је понашање правно и социјално адекватно, а које то није.

Има мишљења да у случајевима када дужно понашање није изричито предвиђено — оно треба да се утврђује по критеријуму тзв. „објективне брижљивости“. Објективна брижљивост би, по Велцелу ⁽²⁶⁾, била брижљивост у понашању која се може очекивати од савесног и увиђавног човека. Према томе, дужност тј. праву сходно понашање би било оно понашање које би у датој ситуацији остварио савестан и увиђаван човек. Одступање од тог понашања било би противдужносно одн. противправно понашање.

Ово Велцелово схватање противправности у извесном смислу задира у проблем виности или, боље рећи, извесне елементе виности преноси у домен противправности ⁽²⁷⁾. Оцена дужине брижљивости у понашању човека редовно се узима као основ за оцену виности тј. нехата. По Велцелу се овде, међутим, ради о тзв. објективној брижљивости која је независна од тзв. субјективне брижљивости, која улази у појам виности. Ко вређа објективну брижљивост, понаша се социјално неадекватно, те поступа противправно. Дакле, учинилац поступа противправно онда када његово понашање није у сагласности са објективном брижљивошћу, без обзира на то да ли је он био у стању да зна за ово или није. Ту је реч о једној објективној категорији која уопште не утиче на субјективну страну дела — на кривицу учиниоца. Питање да ли се учинилац могао понашати и да ли је требало да се понаша по захтеву објективне брижљивости, јесте питање да ли је он крив или не — а питање да ли се он понаша по захтеву објективне брижљивости, јесте питање објективне социјалне оцене дела — и не спада у домен виности, већ у домен противправности. Са оваквим схватањем Велцела у погледу прецизирања противправности дела, можемо се сложити. Да ли се једно понашање поклапа са дужним понашањем одн. са понашањем савесног и увиђавног човека — то је питање објективног упоређивања тог понашања са *моделом* понашања који се у социјалном саобраћају међу људима захтева. То је, несумњиво, једна објективна процена. Друго је питање да ли је неко према својим личним својствима био у стању да се понаша онако како то дужност захтева, и то је питање које треба

(26) Dr H. Welzel; Das Deutsche Strafrecht, 6. Aufl., Берлин, 1954, стр. 138.

(27) У Науци кривичног права прилично је спорно питање разграничења противправности од виности. У том погледу, нпр. Бауман (J. Baumann: Strafrecht, Allg. Teil, 3. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1964, стр. 228); каже: Све до почетка XIX века у науци није чињена оштра разлика између противправности и виности. Данашња кривично-правна догматика је, напротив, потпуно сагласна да ово разликовање треба чинити. Спорно је, међутим, како ово разликовање треба спровести. Белинг је противправност и виност разграничавао на тај начин што је узео да све објективно треба да спада у област противправности, а све субјективно у област виности. У радовима Мелгера, Хегелерса, Наглера и др. долази се, међутим, до сазнања да ова гранична линија није тачна и да има таквих субјективних елемената неправда који ипак спадају у област противправности.

У погледу уношења субјективних елемената у противправност најдаље је отишло финално учење о радњи, при чему оно ипак — по мишљењу Баумана — стаје на пола пута. По нашем мишљењу, учење о финалној радњи ни у ком случају не треба одбацити, јер оно и поред тешкоћа на које nailази, ипак отвара врата решењу многих до сада нерешених проблема у кривичном праву. Сам Бауман, полазећи са гледишта нормативног схватања виности, истиче да се суд о противправности као објективан суд може означити као један објективно-унперсонални суд, уколико је то један објективно-унперсонални суд о објективном и субјективном догађају; док је суд о виности, додуше, исто тако објективан унперсонални суд, али суд о односу између правног субјекта и овог догађаја.

решавати у оквиру виности. Питање дужности треба издвојити из области виности и пренети га у област противправности ⁽²⁸⁾.

Међутим, околико конкретизовање противправности од значаја је само онда када је потребно оценити да ли је понашање конкретног садржаја противправно или није. Другим речима, овде се више не одређује појам суштине противправности, већ се даје критеријум за појединачно издвајање радњи које су противправне од радњи које нису противправне. Овакав критеријум би нам био потребан када бисмо ми на основу утврђивања противправности једног дела, били овлашћени да прогласимо то дело за кривично дело. А то је немогуће из два разлога. Прво, само утврђивање да је одређено дело противправно, не значи да је оно кривично дело, јер противправност не чини од једног дела кривично дело, већ само представља његову карактеристику, један елеменат његовог појма. И друго, што произилази из првог, држава одн. законодавац је тај (а не ми) ⁽²⁹⁾ који одређује које ће противправно дело бити проглашено за кривично. Значи, законодавац је тај који из читавог спектра противправних понашања издваја поједине конкретне садржаје и проглашава их кривичним делима, дајући њихов опис у бићу кривичног дела. Према томе, физички садржај понашања које се сматра кривичним делом, није одређен његовом материјалном противправношћу, јер је и читав низ других физичких садржаја материјално противправан па ипак не представља кривично дело. Физички садржај понашања које се сматра кривичним делом одређен је кроз елементе бића кривичног дела. Међутим, мада биће одређује физички садржај дела оно је вредносно неутрално односно индиферентно. Правно вредновање оствареног бића кривичног дела добија се кроз оцену материјалне противправности. Овакво мишљење заступа Белинг, који каже: „утврђивање чињенице да је остварено биће, само по себи још никога не осуђује, у бићу нема оцене” ⁽³⁰⁾. Против оваквог мишљења су Велзел, Трајнин и други ⁽³¹⁾. Међутим, на овај начин се једино може објаснити зашто једно дело које има сва обележја кривичног дела није кривично дело ако

(28) Има схватања да дужност као елеменат противправности није исто што и дужност као елеменат кривичне одн. виности. Бауман (Baumann, *op. cit.*, стр. 228) нпр. говори о тзв. учењу о двострукој функцији кривичноправне норме. По том учењу разликују се две функције норме. Једанпут се норма појављује као вреднујућа норма. Као таква она наређује једно социјално пожељно стање: „то тако мора бити” (нпр. код крађе: „не сме се учинити захтев у туђу имовину”). Ако се понашање не поклапа са овим вреднујућим нормама, онда је оно противправно. Други пут је норма одређујућа одн. дужносна норма. Као таква она се управља на субјекта који јој је подвргнут и наређује му одређено понашање: „ти греба” (нпр. код крађе: „не треба да крадеш”). Ако је субјекат који је норми подвргнут подобан адресат (ако норму може разумети и следити је), онда је његова повреда норме скривљена. Сама полазна тачка учења о двострукој функцији кривичноправне норме је неприхватљива. Већ је напред јасно утврђено да кривични закон не садржи нити ствара норме, већ оне постоје ван њега и служе кривичном законодавцу само као инспирација за одређивање бића кривичног дела и санкције. Према томе, не може се прихватити постојање „кривичноправне норме”, која би као таква садржала у себи неке функције. С друге стране, пак, посматрано, учење о двострукој функцији норме засновано је на привидном изгледу ствари. Заправо, дужност као таква увек је иста. Ради се само о две врсте оцене на бази те дужности. Први пут се оцењује сама дужност тј. објективно се оцењује да ли се неко понаша сходно дужности, а други пут се оцењује субјективни однос учиниоца према дужности, тј. да ли је неко могао да се понаша сходно тој дужности. Практично то значи да дужност и њена оцена, као објективна оцена, остаје у домену противправности — док је питање виности у ствари питање субјективног односа према дужности, а не питање саме дужности.

(29) Овакво појединачно одређивање да ли је једно понашање противправно или не, може добити у обзир једино када се ради о тумачењу бића кривичног дела, приликом конкретне квалификације одн. супсумције дела под одређени пропис КЗ.

(30) Вид. о томе: Трајнин: Учење о бићу кривичног дела. Научна књига, Београд, 1949, стр. 12.

(31) Welzel, (вид. прим. бр. 6), стр. 47, и 48; Трајнин, *op. cit.*, стр. 12. и даље.

постоји неки основ искључења противправности, дакле, неки основ поништења његове невредности. Ако би само биће носило у себи неку вредносну оцену дела, онда би његово остварење онемогућило анулирање невредног карактера дела. Са овим се, чини нам се, највидније оцртава улога материјалне противправности као елемента општег појма кривичног дела, и значај овог елемента за потпуност дефиниције општег појма кривичног дела.

5. Најзад, потребно је објаснити појам друштвене опасности као елемента који, такође, са своје стране, доприноси потпуности дефиниције општег појма кривичног дела.

Заслуга за увођење овог елемента у дефиницију општег појма кривичног дела, као што је већ речено, припада совјетској науци кривичног права. Грешка је, међутим, совјетских аутора што су овај елемент изједначили са противправношћу у материјалном смислу. Томе су донекле допринеле и сувише широке дефиниције материјалне противправности које често срећемо у буржоаској кривичноправној литератури која је, не познајући појам друштвене опасности, извесне његове елементе уносила у појам материјалне противправности. Међутим, елементе друштвене опасности треба издвојити од елемената противправности у материјалном смислу, јер они, логички посматрано, не могу чинити јединство, пошто представљају састојке два сасвим различита појма.

Шта, дакле, треба подразумевати под друштвеном опасношћу? Друштвена опасност се, по нашем мишљењу, има схватити као друштвена штетност одн. друштвена шкодљивост дела. Друштвена опасност је феноменолошки израз кривичног дела као квантитативне друштвене категорије. У друштвеној опасности, такође нема никаквог суда, нема никаквог оцењивања. Док противправност у материјалном смислу оцртава друштвени квалитет дела, дотле друштвена опасност оцртава само друштвени квантитет дела. Материјална противправност је вредносни суд о делу. Друштвена опасност је резултатски исказ волумена неповољности дела по друштво. Друштвена опасност је количинска мера материјалног губитка друштва од извршеног дела. То је негативни салдо који извршено дело уноси у биланс друштвених материјалних добара, али не и негативна друштвена оцена тог салда. Правна и етичка оцена једног дела се не морају поклапати са штетношћу одн. друштвеном опасношћу тог дела. На пример, кад се неко, ради зидања куће, послужи новцем који му је пријатељ дао на чување, с тим да му тај новац врати кад му га буде тражио — онда у овом делу нема штетности одн. друштвене опасности, али је дело противправно, јер право не може одобрити неовлашћену послугу туђим новцем. Послуга новцем који је поверен у служби представља, међутим, друштвено опасно, па стога и кривично дело, јер се њиме нарушава функционисање службе — дакле настаје штета за друштво. Ово би био пример за случај када је једно дело противправно а није друштвено опасно. Обрнут случај би био, на пример, овај. Вршење абортуса над женом код које је плод зачет силовањем, правно и етички није невредно — али је несумњиво друштвено штетно, јер спречава наталитет.

Из ове разлике између противправности и друштвене опасности произилази да ови елементи у различитим правцима делују на питање искљу-

чења постојања кривичног дела. У нашој литератури се, наиме, редовно говори о заједничким основима искључења друштвене опасности и противправности кривичног дела. Ово, међутим, није тачно. На пример, код нужне одбране је искључена друштвена опасност и противправност, али то не значи да је искључење друштвене опасности аутоматски за собом повукло и искључење противправности. Дело извршено у нужној одбрани представља један друштвено штетан резултат. Међутим, ова његова штетност је компензирана једним другим позитивним резултатом, који се састоји у спречавању друштвеног губитка на другој страни. Ово, међутим, није довољно за искључење противправности дела, јер у себи не садржи никакву оцену, никакво вредновање. Тек када се има у виду да је овде реч о понашању које сузбија једно невредно понашање, може се доћи до закључка да је његова сопствена невредност искључена — те да није противправно. Насупрот томе, код крајње нужде реч је само о искључењу друштвене опасности, а не и о искључењу противправности, јер невредан акт који је у крајњој нужди предузет нема никаквог правног и етичког оправдања.

6. Пошто је на овај начин јасно указано на разлику између друштвене опасности и противправности, остаје да се на крају расправе још нека спорна питања у вези са појмом друштвене опасности.

Друштвена опасност је једини мерљиви елеменат општег појма кривичног дела. То је једини елеменат који се може степеновати. Друштвена опасност може бити мања или већа, па према томе, и кривична дела могу бити мање или више друштвено опасна. Тежина једног кривичног дела зависи од степена његове друштвене опасности. Према томе, друштвена опасност се појављује као основни критеријум за одређивање врсте и распона казне за одређено кривично дело. Приликом одређивања врсте и распона казне, законодавац узима у обзир просечан волумен друштвене опасности који то дело у редовним случајевима манифестује. За свако кривично дело типичан је одређени волумен друштвене опасности. На основу тих волумена ми можемо да упоређујемо поједина кривична дела по тежини. Тако ћемо, на пример, рећи да је убиство теже од крађе, да је крађа тежа од увреде итд. У овом случају ради се о тзв. *општој друштвеној опасности*. Међутим, да би суд могао да утврди тачну меру казне за одређено кривично дело, он мора да утврди тачан степен његове друштвене опасности. Судија пред собом има одређени распон казне, на пример од 5 до 15 година строгог затвора. Тај распон одговара просечној скали друштвене опасности коју у појединим конкретним случајевима то дело може уопште испољити. Сада је, међутим, потребно одредити тачно коју казну заслужује баш одређено кривично дело извршено од стране одређеног учиниоца. Да би то утврдио, суд мора да утврди *посебну друштвену опасност* дела. Та посебна друштвена опасност нам омогућава да упоређујемо поједине случајеве истог кривичног дела по тежини. Тако ћемо рећи да је крађа ствари која вреди 2000 динара, а коју је учинио X, лакша од крађе ствари која вреди 4000 динара, а коју је учинио Y.

Суд не може унапред ниједном кривичном делу одређи његов друштвено опасни карактер. Општу друштвену опасност одређује само зако-

нодавац. Међутим, утврђујући степен друштвене опасности конкретног кривичног дела — дакле, утврђујући посебну друштвену опасност дела — суд може констатовати да одређено кривично дело показује толико низак степен друштвене опасности да то дело губи карактер кривичног дела. Наиме, према чл. 4, ст. 2. КЗ, није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја кривичног дела одређена законом, представља незнатну друштвену опасност због малог значаја или због незнатности или одсутности штетних последица.

Институт незнатне друштвене опасности створио је у теорији и пракси доста проблема, нарочито у вези са тумачењем употребљених израза „мали значај дела” и „незнатност” или „одсутност” штетних последица дела ⁽³²⁾.

Најпре се поставља питање шта треба подразумевати под делом малог значаја. Има мишљења да свако дело чије су штете последице незнатне или одсутне, самим тим представља дело малог значаја, па стога није јасно шта треба да значи израз „дело малог значаја” ⁽³³⁾.

По другом мишљењу, да ли је дело малог значаја треба процењивати не само на основу штетности последице, већ на основу свих околности које указују на конкретан карактер учињеног дела ⁽³⁴⁾. По неким мишљењима, ту долазе у обзир не само објективне околности под којима је дело извршено већ и субјективне околности, као нпр. облик виности, намера, побуде из којих је дело учињено, личне прилике учиниоца итд. ⁽³⁵⁾.

Са оваквим схватањем се не бисмо могли сложити. У нашој теорији постоји сагласност о томе да је друштвена опасност објективна категорија. Чак се сматра, додуше погрешно, да је друштвена опасност у ствари материјална противправност — што још једном доказује да је овде реч о једном чисто објективном елементу. Међутим, као што правилно констатује др Фрања Бачић ⁽³⁶⁾, то не спречава домаће ауторе да у незнатну друштвену опасност, која је дериват друштвене опасности, и која би требало зато да остане објективна категорија, уносе субјективне моменте и елементе. Осим тога — каже Бачић — са гледишта систематске обраде једног кривичноправног института — недопуштено је да се незнатна друштвена опасност распростире на кривично дело у његовом тоталитету. „Ако закон каже да у случају незнатне друштвене опасности не постоји кривично дело, онда то може бити само зато, јер недостаје један од основних елемената кривичног дела, а не зато што би се радило о некој околности која искључује кривично дело у свим његовим обележјима.”

Ми не искључујемо могућност да се узимају у обзир субјективни momenti да би се утврдио степен друштвене опасности учиниоца кривич-

(32) О предлозима за измену формулације чл. 4, ст. 2. КЗ, види Н. Срзентић: Образложење измена и допуна Кривичног законика, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2/60, стр. 85.

(33) А. Перић: Основни проблеми у примени кривично-правних института условне осуђе, судске опомене, ослобођења од казне и одредбе чл. 4, ст. 2. КЗ — кореферат на Саветовању о неким проблемима кривичног права, одржаном 10. и 11. јануара 1962. године у Аранђеловцу, изд. Југ. удруж. за кривично право и криминологију, Београд, 1962, стр. 29.

(34) Вид. Миличевић, нав. материјал са Саветовања у Аранђеловцу, стр. 49.

(35) Овако мишљење, нпр., заступају: В. Јевремовић, реферат на пом. Саветовању у Аранђеловцу, стр. 49; вид. о томе А. Перић, стр. 29, Миличевић, стр. 49, Срзентић, стр. 53.

(36) Ф. Бачић: кореферат на поменутом Саветовању у Аранђеловцу, стр. 22.

ног дела. Али, под друштвеном опасношћу учиниоца кривичног дела ми подразумевамо нешто друго. То је количина криминалног потенцијала учиниоца, а не елемент општег појма кривичног дела. Степен друштвене опасности учиниоца може утицати на примену других института кривичног права, нпр. на примену института условне осуде, судске опомене, ублажавања казне, ослобођење од казне итд., али не може имати утицаја на постојање самог кривичног дела.

Наше је мишљење да сва она схватања која појам „мали значај дела” покушавају да тумаче са гледишта оцене разних околности које су ван саме штетности дела — не могу бити исправна. Са те тачке гледишта најприближније је тачности оно прво схватање, по коме је значај дела зависан од величине и постојања штетних последица. Међутим, ми се ипак не слажемо са констатацијом која одатле произилази — да је појам „мали значај дела” непотребан, јер је, наводно, свако дело малог значаја чим су му штетне последице незнатне или одсутне.

Да би се правилно схватило значење појма „мали значај дела”, потребно је претходно размотрити шта значе појмови „незнатност” и „одсутност” штетних последица.

Но, да би се све то разумело, потребно је пре свега поћи од објашњења самог појма штетности дела. Утврђивањем овог појма утврђује се и суштина друштвене опасности, а самим тим и незнатне друштвене опасности.

Под штетом се подразумева материјални губитак друштва. Под овим се, међутим, не подразумева само губитак физичких (предметних) добара друштва, већ и губитак у области оних функција друштва кроз које се испољава његова реална егзистенција. Материјална штета постоји, дакле, и онда када се угрожава, ремети, уништава или оштећује нека друштвена институција или друштвени однос кроз који се изражава или који условљава живот друштвеног организма. Према томе штету бисмо могли дефинисати као губитак на плану материјалне структуре друштвеног организма, подразумевајући под елементима материјалне структуре како суму физичких добара друштва, тако и суму оних друштвених механизма кроз које или преко којих друштво као такво функционише.

Одржавање и развијање ових функционалних претпоставки егзистенције друштва, по правилу представља друштвени интерес. Али све оно што је корисно са гледишта органских потреба друштвене егзистенције не мора утицати на оцену друштвеног интереса. Интерес друштва могу одређивати разлози начелног, политичког, моралног итд. карактера. На пример, са гледишта органских потреба функционисања друштва неопходно је да сва друштвена потраживања буду измирена. Иако је то штетно са гледишта органских потреба функционисања друштва, држава може, због начелних моралних, политичких и др. разлога одустати од захтева за намирење дуга. Иако је друштвено штетно не гонити учиниоца кривичног дела — из политичких, начелних и др. разлога, држава може одустати од гоњења давањем амнистичке.

Из овога се види да је друштвени интерес нешто различито од друштвене корисности. Додуше, и задовољење овако схваћеног друштвеног

интереса представља у извесном смислу корист за друштво, политичку, моралну итд. — али оваква корист је ипак појамно различита од користи која значи задовољење органских потреба егзистенције друштвеног функционисања. Ово је нематеријална, неорганска корист друштва, и зато је ми називамо дружничјим именом: друштвени интерес.

У овим констатацијама налазимо нову потврду нашег раније изнетог схватања да друштвена опасност и материјална противправност нису једно те исто. Материјална противправност је противност друштвеном интересу, а друштвена опасност је друштвена штетност — а то су, као што се изложеног види, две различите ствари ⁽³⁷⁾.

После свих ових разматрања потребно је објаснити шта то значи незнатност или одсутност штетних последица. Сам појам „незнатност“ штетних последица не захтева неко посебно објашњење. Међутим, појам „одсутност“ штетних последица није сасвим јасан и захтева објашњење.

Пре свега, треба нагласити да је овде реч о штетним последицама дела као целине, а не о штетној последици као елементу бића кривичног дела. Последица као елеменат бића кривичног дела мора наступити, јер у супротном и не би било дела, већ би се радило само о покушају. Дакле, када је реч о штетним последицама дела, онда се овде мисли на неке даље штете које произилазе из дела и настају после извршеног дела. Једино на тај начин је могуће замислити одсуство штетних последица, а да је ипак остварена последица биће кривичног дела. Није, дакле, реч о штети која није саставни део бића кривичног дела, већ о даљој штети. На пример, погоршавање здравственог стања радника због повреде прописа о забрани прековременог или ноћног рада (чл. 165. КЗ). Овде се дакле, ради о штетним ефектима дела, о штетним последицама које произилазе из дела, а не о самој штетности дела. Иначе, свако дело је само по себи штетно чим га је законодавац прописао као кривично дело. Разлика је, међутим, у томе што нису сва кривична дела подједнако штетна. Нека су више а нека мање штетна, па према томе постоје и таква дела која су веома мало штетна, али ипак испуњавају минимални квантум штетности, који законодавац сматра довољним да би једно дело уопште прогласио кривичним делом. То су дела за која је законодавац по правилу предвидео најминималније казне. Таква дела треба сматрати делима малог значаја у смислу чл. 4, ст. 2. КЗ. Но самим тим што је једно дело минималне штетности, што је, дакле, малог значаја — оно не престаје да буде кривично дело. Оно може изгубити карактер кривичног дела само ако поред тога што је малог зна-

(37) На могућност непоклапања друштвеног интереса са друштвеном корисношћу указао је још Лист. Мада у својим теоријским разматрањима није имао у виду друштвену опасност као елеменат општег појма кривичног дела, он је ипак осетио да циљеви правног поретка нису увек у супротности са радњом којом се врши повреда или угрожавање правног добра, тј. да радња којом се врши повреда или угрожавање правног добра, може бити некад у складу са циљевима правног поретка. Он у том смислу долази до сличних закључака до којих смо и ми дошли, мада их изражава дружничјом терминологијом, и каже: „... повреда или угрожавање правног добра је само онда материјално противправна, када противречи циљевима заједничког живота, регулисаног правним поретком; она је, упркос њеној управљености против правно заштићеног интереса, материјално сходна праву, ако и уколико она сама одговара циљевима правног поретка, а са тиме и људског заједничког живота“ (Liszt: *op. cit.*, стр. 140).

Наравно, због неразлучивања појмова противправности и друштвене опасности, он није дошао у ситуацију да врши разликовање између појмова друштвени интерес и друштвена корисност одн. штетност, те због тога у последњој реченици говори о „правно заштићеном интересу“, мада тај израз свакако не би одговарао његовој интенцији, када би се она изражавала овде усвојеном терминологијом.

чаја, нема неких даљих штетних ефеката, или су ти штетни ефекти незнатни. С друге стране, иако дело нема никаквих даљих штетних ефеката, оно не може бити незнатно друштвено опасно, ако је само по себи у тој мери штетно, да та штета превазилази минимални квантум штетности и пење се изнад њега. У том случају не може бити речи о делу малог значаја. На овај начин, чини нам се, објаснили смо како треба схватити појам „мали значај дела”.

7. Као последње питање које се у вези са незнатном друштвеном опасношћу намеће, јесте питање да ли је дело које је, услед незнатне друштвене опасности изгубило карактер кривичног дела, престало да буде друштвено опасно.

Има мишљења да су само кривична дела друштвено опасна дела а да остали деликти, као нпр. прекршаји дисциплински преступј итд. немају карактер друштвено опасног дела. Нама се чини да овакво схватање није сасвим основано. У чл. 4, ст. 2. КЗ се говори о делу *незнатне* друштвене опасности. Из тога произилази закључак да дела не губе карактер кривичног дела зато што *нису* друштвено опасна, већ зато што су незнатно друштвено опасна. Према томе, извршен интензитет друштвене опасности може постојати и код дела која су изгубила карактер кривичног дела, само што је он ирелевантан за кривично право.

С обзиром на то да и други деликти могу бити друштвено опасни, а не само кривична дела, у теорији се сматра да је друштвена опасност иманентна свим противправним делима ⁽³⁸⁾. Међутим, ово није тачно. Није искључено да и друге врсте деликата садрже у себи елемент друштвене опасности. Али то не значи да свако друштвено опасно дело мора бити и противправно. За неке деликте се може рећи да су истовремено и друштвено опасни и противправни (мада нису кривична дела, уколико нису предвиђени у Кривичном законикју), али то није доказ да су сва противправна дела истовремено и друштвено опасна. Ово је, чини нам се, јасно када се имају у виду целокупна излагања која су претходила, а чији је главни циљ и био да покажу и потврде чињеницу да материјална противправност и друштвена опасност нису један те исти појам.

Др Драгољуб Атанацковић

РЕЗЮМЕ

Отношение общественной опасности и противозаконности как элемента общего понятия преступного деяния

Если будем исходить из хронологического порядка, то первым в науке уголовного права появилось учение о противозаконности в формальном смысле. Данному учению отведено больше всего места в уголовной лите-

(38) Има аутора који сматрају да се друштвена опасност јавља као објективно својство свих видова „неправа”. Тако, нпр., Михајловски узима да и „некривична неправа, представљају друштвено опасна дела. „Законодавац утврђује некривична неправа, елемент друштвене опасности изоставља само зато да би могао да га употреби у најпунијем смислу, тамо где је најпотребнији.” (Михајловски: О принципу друштвене опасности у нашем кривичном праву, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, 4/66, стр. 515). Узрок оваквог схватања лежи у сувише широком, и стога непрецизном схватању друштвене опасности као елемента који дело тотално прожима и представља његову срж и бит, а услед тога и у мешању елемената материјалне противправности са елементима друштвене опасности, онако како су они овде схваћени и одређени.

ратуре, в особенности в классической. Позднее появляется и учение о материальной противозаконности. И лишь в литературе социалистических стран, в первую очередь в советской, мы встречаемся с учением об общественной опасности как об элементе общего понятия преступного деяния.

Когда идет речь об определении формального понятия противозаконности, не лишним будет сказать, что это понятие в науке почти всегда принято определять как деяние, идущее вразрез с существующими правовыми нормами. Согласно мнению большинства, правовая норма, нарушение которой составляет сущность формальной противозаконности, не является нормой уголовного кодекса, а является нормой, вытекающей из всего духа и смысла правопорядка (писаная и неписаная) и служит законодателю только в качестве мотива для инкриминирования преступного деяния и для наказания за него.

Материальную противозаконность следует определить как поведение, несоответствующее поведению, к которому стремится и которое желает обеспечить правопорядок. Оно является поведением, неадекватным в социальном смысле, т.е. поведением, расходящимся с поведением, требуемым интересами и потребностями общества. Потому оно и рассматривается юридически несостоятельным. С этой точки зрения противозаконность в материальном смысле появляется как „суждение о юридической несостоятельности действия”.

Подобное понимание материальной противозаконности не позволяет приравнять ее к общественной опасности, как это принято в югославской уголовной литературе. Общественная опасность представляет собой количественную сторону деяния. Она не является качественным выражением деяния, каким бывает при материальной противозаконности, а является лишь количественным выражением неприемлемости деяния для общества. По существу, она является показателем вреда деяния, но в самом себе не содержит правового определения. В силу этих причин возможны ситуации, при которых появляется отсутствие тождественности между противозаконностью в материальном смысле и общественной опасностью. Например, преступление, вызванное крайней необходимостью, не может иметь своего правового оправдания (как это и находят многие авторы) и потому рассматривается материально противозаконным. Объяснение вопроса почему преступление, совершенное при крайней необходимости, все же не расценивается как уголовное деяние (в этом отношении в существующей уголовной литературе было много блужданий) кроется в факте, что оно не является общественно-опасным действием, так как принесение в жертву одного блага ради сохранения другого, одинаковой или большей ценности, не приносит вреда обществу.

SUMMARY

Relation of Social Danger and Unlawfulness as the Elements of the General Notion of Criminal Deed

If viewed chronologically, the teaching of unlawfulness in the formal sense comes first in the science of criminal law. This teaching takes up the most of the space in the literature on criminal law, especially in the classic one. Later we have teaching of the material unlawfulness. In the literature of the socialist countries only, the Soviet in the first place, we come across the teaching of the social danger as an element of the general notion of criminal deed.

When speaking of the determination of the formal notion of unlawfulness one can say that it nearly always is determined in science as the contrariness of the deed to the legal norm. According to the most of the opinions the legal norm, the breach of which is the essence of the formal unlawfulness,

is not the norm of criminal law, but the norm resulting from the entire spirit and sense of the legal order (either written or not), and serves to the legislator of criminal law only as a motive for incriminating the criminal deed and punishment accompanying it.

The material unlawfulness should be determined as a behaviour contrary to the behaviour that the legal order tends to establish and secure. This is the behaviour which is socially inadequate, i.e. behaviour that does not tally with the behaviour exacted by the social interests and need. That is why it is legally valueless. From this point of view, unlawfulness in the material sense is not a judgement of the valuelessness of the deed".

Such an understanding of the material unlawfulness does not give the possibility to equalize it with the social danger as it is usually done in the Yugoslav criminal literature. The social danger is the quantitative side of the deed. It is not the qualitative (assessing) definition of the deed, as is the case with material unlawfulness, but only a quantitative definition of unfitness of the deed with respect to the society. It is, in fact, an indicator of the harmfulness of the deed, but does not mean any legal judgement. For these reasons situations are possible where unlawfulness in the material sense and the social danger do not tally. For instance, a criminal deed perpetrated in the utmost necessity cannot find its legal justification (as many authors appropriately find) and therefore it is legally worthless, i.e. materially unlawful. Clarification of the question why a criminal deed perpetrated in the utmost necessity is not considered as criminal (and as to this the theory of criminal law is quite hesitating) is to be found in the fact that it is not socially dangerous, for to sacrifice a good in order to save another good of equal or greater value is not harmful to the society.

RÉSUMÉ

Rapport du danger social et de l'illicéité en tant qu'éléments de la notion générale de l'infraction

Considérée chronologiquement, dans la science du droit pénal apparaît d'abord la doctrine de l'illicéité dans le sens formel. Cette doctrine occupe la plus grande place dans la littérature de droit pénal, surtout dans la littérature classique. Plus tard apparaît aussi la doctrine de l'illicéité matérielle. Ce n'est que dans la littérature des pays socialistes, en premier lieu dans la littérature soviétique, que nous rencontrons aussi la doctrine du danger social en tant qu'élément de la notion générale de l'infraction.

Quand il est question de la détermination de la notion formelle de l'illicéité on peut dire que dans la science elle est presque toujours définie comme opposition de l'acte à la norme juridique. Selon l'opinion dominante la norme juridique, dont la violation est l'essence de l'illicéité formelle, n'est pas une norme de la loi pénale, mais c'est une norme qui résulte de l'esprit tout entier et du sens de l'ordre juridique (écrite ou non écrite), et elle sert à la législation pénale seulement de motif pour l'incrimination de l'infraction et de la peine pour celle-ci.

Il faut définir l'illicéité matérielle comme comportement qui est contraire au comportement que l'ordre juridique veut établir et assurer. C'est un comportement qui est socialement inadéquat, donc un comportement qui ne coïncide pas avec le comportement que les intérêts et les besoins sociaux requièrent. C'est pourquoi juridiquement il n'est pas valable. De ce point de vue l'illicéité dans le sens matériel apparaît en tant que „jugement de la non validité de l'acte".

Une telle conception de l'illicéité matérielle ne donne pas la possibilité de l'assimiler au danger social, comme on le fait généralement dans la littérature de droit pénal yougoslave. Il n'est pas l'expression qualitative de

l'acte, comme c'est le cas de l'illicéité matérielle, mais seulement l'expression qualitative du caractère malencontreux de l'acte à l'égard de la société. Il est en réalité l'indicateur de la nuisibilité de l'acte, mais il ne renferme aucune estimation juridique. Ce sont les raisons qui expliquent que de telles situations peuvent se produire quand il y a discordance entre l'illicéité dans le sens matériel et le danger social. Par exemple, l'infraction perpétrée dans l'extrême nécessité ne peut pas être justifiée au point de vue juridique (comme le considèrent de nombreux auteurs) et c'est pourquoi elle reste sans valeur juridique, c'est à dire matériellement en violation des lois. L'explication de la question pourquoi l'infraction commise dans l'extrême nécessité n'est quand même pas une infraction (à ce sujet il y a eu dans la théorie juridique beaucoup d'aberrations) repose sur le fait qu'elle n'est pas socialement dangereuse, car le sacrifice d'un bien pour sauver un autre bien de la même valeur ou d'une plus grande valeur ne peut pas porter préjudice à la société.

ПРИПРЕМНА РАДЊА КАО КРИВИЧНО ДЕЛО

I

Пут који води у свет криминалитета је некада врло кратак. Но то није увек случај. Често је доста дуга етапа која прати увек свако умишљајно проузроковање. У времену од тренутка рабања криминалне мисли па до њеног спровођења у дело могуће је да се појави више тачака успона које осваја једно лице. Наиме, реч је о одлуци за извршење кривичног дела, припремању кривичног дела, покушају кривичног дела и најзад, довршењу радње кривичног дела и проузроковању последице. Ови успони или боље рећи етапе у реализацији кривичног дела су само могући а не и нужни у једном понашању. Тако се у неким случајевима реализовање одлуке зауставља на предузимању припремних радњи или само на покушају кривичног дела, а да и не долази до потпуног извршења кривичног дела. Све ове етапе реализације кривичног дела немају исти кривичноправни значај, па стога оне свака за себе налажу потребу и дужност њиховог расветљавања и сагледавања. Наш задатак у овом раду је да подвргнемо проучавању припремну радњу и учинимо видљивијом њену кривичноправну проблематику, као и да сагледамо одговарајућа решења.

1. *Генеза и реализација кривичног дела.* — а) *Етапе у настајању кривичног дела.* Прва етапа у настајању и рабању кривичног дела јесте размишљање о његовом извршењу и само доношење одлуке да се изврши то дело. Садржај те одлуке, њена потенцијална снага као и чврстина могу да буду ванредно различити и условљени како социјалним тако и личним факторима. Не улазећи дубље у овај сложени криминолошки проблем, теорија кривичног права а и законодавства појединих земаља усвајају опште правило да се не кажњава за саму кривичну одлуку, ма колико она и њен власник покварени и криминални били. У овој етапи не може се уопште поставити питање постојања кривичног дела, пошто се у њој не сусрећемо са материјалним елементом који је обележје кривичног дела. Према томе, може се рећи да сама кривична одлука не подстиче интервенцију кривичног закона ако се она не материјализује на одређен начин у спољашњем свету. Прво спољашње манифестовање кривичне одлуке јесте њено саопштавање неком лицу и оно представља усмени део извршења кривичног дела. По правилу, и за ово манифестовање кривичне одлуке се не кажњава, осим ако се не ради о неком начину извршења кривичног дела ⁽¹⁾.

(1) J. A. Roux, Cours de droit criminel, français, 2e éd., Paris, 1927, p. 73—74.

После донете кривичне одлуке једно лице се обично на томе не зауставља. Оно најчешће креће у акцију предузимајући извесне акте којима обелодањује своју одлуку. Обелодањење кривичне одлуке може да се појави у облику припремне радње или у облику покушаја кривичног дела. Припремна радња претходи покушају и отуда се појављује у односу на њега као претходна етапа у генези и реализацији кривичног дела. У савременом праву се по правилу за припремну радњу не кажњава и она у већини страних кривичних законика не чини општу установу ⁽²⁾. Међутим, у изузетним случајевима, руководећи се одређеним разлозима, законодавац једне земље изричито проглашава припремну радњу за кривично дело, те тада она има значење деликта своје врсте (*sui generis*).

Учиницац напуштајући једном етапе размишљања и припремања кривичног дела прелази на остварење бића кривичног дела. Тада његово понашање доводи некада само до делимичног остварења бића кривичног дела. У том случају радња извршења је била започета али није довршена или је довршена али последица кривичног дела није наступила. То је, у ствари, трећа етапа у генези и реализацији кривичног дела, која у себи носи проблематику покушаја кривичног дела. Она, за разлику од претходне две, чини прву кажњиву етапу и представља општи институт у кривичном законик у ⁽³⁾.

Четврта етапа уствари представља потпуно остварење свих елемената бића кривичног дела, а нарочито његове последице, коју закон тражи за постојање конкретног свршеног кривичног дела ⁽⁴⁾.

б) *Припремна радња у генези кривичног дела.* У процесу остварења кривичног дела између унутрашње кривичне одлуке и кажњивог започињања извршења налази се припремна радња. Она се најчешће манифестује у следећим делатностима: набављање и припремање средстава за извршење кривичног дела; тражење саучесника, испитивање места на коме ће и прилика под којима ће започети кривично дело; упознавање личности према којој ће се извршити кривично дело и др. ⁽⁵⁾.

Не улазећи у излагање шта се све може и на који начин остварити горе набројаним делатностима, с обзиром да су то све питања практичне природе, на плану општих разматрања о припремној радњи може се рећи да горњи примери евидентно показују да припремна радња излази из сфере унутрашњих психичких аката личности и представља један догађај којим се дејствује на спољашњи свет. Међутим, обележје спољашњег акта није карактеристика само припремне радње. Манифестовање кривичне одлуке може да буде изражено и у виду покушаја кривичног дела. Но, разлика између ова два облика спољашњег манифестовања кривичне одлуке лежи у времену обелодањења те одлуке. Припремна радња се појављује раније и она претходи покушају. Тако, на пример, радња оштрења ножа ради

(2) R. Garraud: *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. I., 3e éd., Sirey, 1913, 1935, p. 482.

(3) Др Т. Живановић: *Основи кривичног права*, Општи део, књ. II, св. 1 и 2, Београд, 1937, стр. 151; P. Bouzat et J. Pinatel: *Traité de droit pénal et de criminologie*, T. I, Paris, 1963, p. 207.

(4) Liszt-Schmidt: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin u Leipzig, 1921, S. 200.

(5) Уп. R. Frank: *Vollendung und Versuch* (Vergleichende Darstellung, Allg. Teil, V, S. 184, цит. према Ф. Бачићу: *Почетак извршења кривичних дела и кажњивости припремне радње*, Београд, 1954, стр. 137.

извршења кривичног дела убиства чини једну претходну радњу у односу на покушај убиства. Имајући ово у виду, као и то да је појам покушаја садржан у започињању извршења једног кривичног дела ⁽⁶⁾, може се рећи да припремна радња, као вољни акт којим се обелодањује кривична одлука, представља спољашњу радњу која претходи започињању извршења кривичног дела. Она, као таква не чини акт којим се започиње остварење бића кривичног дела.

У улози претходног чина, иако не конституише започињање извршења намераваног кривичног дела, припремна радња је повезана са тим деликтом. Та веза је таква да се припремна радња просто утапа у другу радњу која служи за извршење кривичног дела. Њена природа даје само један плод, и то у облику припреме која треба да олакша и омогући односно допринесе остварењу радње извршења ⁽⁷⁾. Стога она и нема свој самосталан правац ни са гледишта узрочности, она се појављује само као услов, док је узрок последице кривичног дела само радња извршења. Тако, на пример, куповање лествица за пењање, прислањање лествица уза зид ради извршења крађе, представља припрему која треба да олакша и омогући остварење овог деликта.

Свакидашњи наш живот сведочи да припремна радња не чини отпочињање извршења намераваног дела. На пример, ако неко спремајући се на пут, набави потребну опрему или набави пасош, он се припрема, посреди је припремна радња. Настанком припремне радње стварно су отшкринута врата намери аутора те радње, из које може да произиђе читав низ других радњи, па и радња извршења кривичног дела.

Но, иако је одлука за извршење кривичног дела пропраћена припремном радњом, први озбиљан корак ка остварењу кривичног дела, ипак у претежном делу савременог законодавства начелно припремна радња није кажњива. Она по тим законодавствима излази у начелу из оквира кривичне одговорности. Ово становиште усвојено је у француском КЗ, белгијском КЗ, италијанском КЗ, немачком КЗ, швајцарском КЗ, пољском КЗ ⁽⁸⁾. Овде спада и југословенски Кривични законик. За некажњивост припремне радње изјашњава се и савремена теорија ⁽⁹⁾.

Из оваквог третмана припремне радње настаје питање да ли је оправдано некажњавање припремне радње? На ово питање теорија има више потврдиних одговора ⁽¹⁰⁾. Пре свега, док се учинилац налази још у припремању, он, скоро по правилу, поново оцењује разлоге за и против извршења кривичног дела, па отуда, уколико код њега преовладају ови други, он може и да се предомисли и да не започне извршење кривичног дела. Свест је врло јак посредник за одустајање од намере. Све силе које утичу на промену одлуке док се још није испољила у некој спољашњој радњи, све те силе подједнако па чак и у потенцираним размерама утичу на свест чо-

(6) V. P. Bouzat, et. J. Pinatel, op. cit., p. 210.

(7) R. Maurach: Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, Karlsruhe, 1954, S. 426.

(8) Уп. Објашњење уз нацрт Кривичног законика ФНРЈ, Београд, 1951.

(9) R. Garraud, op. cit. p. 483, P. Bouzet et J. Pinatel, p. 211—213, H. Welzel: Das deutsche Strafrecht, VI Aufl, Berlin, 1958, S. 163; J. Таховић: Кривично право, Општи део, Београд, 1961, стр. 241.

(10) В. Ф. Бачић; op. cit., стр. 131.

века на раскрсници припреме и започињања извршења кривичног дела. Био би погрешан онај систем који би паралисао сваку делатност свести која се буди, чињеницом која повратак чини бесциљним, иако човек по довршењу припремне радње, одуставши од намере није ни почео њено спровођење у дело.

Да припремна радња треба да остане некажњена, истиче се и околност што она још не сведочи да би њен учинилац извршио или бар отпочео извршење кривичног дела. Она је по свом карактеру неодређена и не указује увек поуздано на извршење одређеног кривичног дела. Због тога, манифестовање кривичне одлуке у облику припремне радње представља још крхак стаклени ослонац на коме би се могла засновати кривична одговорност.

Истакнути разлози у прилог некажњавању припремне радње осветљавају њену формалну страну и не дају потпун одговор на постављено питање. Прави разлог за објашњење оваквог става великог дела кривичних законика треба тражити у друштвеној вредности понашања у виду припремне радње. Другим речима, шта то понашање представља за једно конкретно савремено друштво. Са овог аспекта посматрана, припремна радња у својим разноликим појавним формама (облицима), који су више или мање удаљени од извршења дела и последице, као и њен непоуздан основ за утврђивање дела које се припрема тим понашањем, указује да она не представља још за једно друштво-државу опасност у толиком степену да би улазила у сферу кривичне одговорности. Ово понашање за конкретно друштво-државу не значи још напад или угрожавање заштитног објекта кривичног дела и не проузрокује никакву штету на том објекту. Оно је још врло далеко од тога да представља повреду или неко непосредно угрожавање примарних потреба опстанка одређеног друштва и његовог развоја односно друштвених односа који постоје у конкретном друштву-држави. Стога припремна радња са гледишта одређеног друштва-државе у себи не садржи онај степен просечне друштвене опасности који је то друштво-држава резервисало за своју интервенцију путем кривичне санкције на плану његовог сузбијања. Према томе, социјални значај припремне радње објашњава да та радња још не поседује степен друштвене опасности да би се наметала интервенција путем кривичног права.

Када се овако сагледа ствар, онда није тешко разрешити питање зашто савремени кривични законик, па и наш Кривични законик, не инкриминишу и не кажњавају припремну радњу.

Међутим, евидентна је чињеница да закон забрањује неку радњу која може да послужи као припремна за извршење кривичног дела, без обзира на радњу са којом би се ишло на извршење. На пример, договор за извршење кривичног дела. У таквом случају, та радња, иако је по својој природи припремна, није кривичном санкцијом забрањена као припремна радња за извршење кривичног дела, већ се појављује као самостално кривично дело — *delictum sui generis*. Она са гледишта кривичног законика није припрема већ кривично дело. После свега изложеног, припремна радња добија следећа своја обележја: 1) то је вољна радња, 2) манифестује се у спољашњем свету, 3) претходи радњи извршења а не представља њено започињање, 4) та радња на одређени начин доприноси радњи извршења,

5) она сама за себе не представља друштвено опасно чињење и нечињење које изискује кривичноправну интервенцију.

Узимајући у обзир ова обележја, долазимо до закључка да је припремна радња вољна радња, која се манифестује у спољашњем свету, која претходи радњи извршења а не представља њено започињање, која на одређен начин доприноси радњи извршења кривичног дела и која сама за себе не представља друштвено опасно чињење и нечињење које изискује кривично правну интервенцију.

в) *Место припремне радње приликом реализације кривичног дела.* Одређивање места припремне радње, а тиме и њеног животног простора не задаје пуно тешкоћа када је у питању њена граница у односу на прву етапу реализације кривичног дела — кривичну одлуку. Излазак у спољашњи свет кривичне одлуке у облику материјализоване припремне радње у теорији није спорно. Међутим, њена горња граница у односу на покушај кривичног дела, представља проблем који задаје велике тешкоће. Изгледа да је врло тешко доћи до неког прецизног критерија који би представљао гранични камен између ове две категорије аката.

аа) Савремени кривични законици настоје да реше горњи проблем означавањем граничне линије између некажњивог и кажњивог акта. У том смислу они су ово разграничење везивали за моменат настанка покушаја кривичног дела, тиме што је у њима одређивана тачка рабања покушаја, а сам појам припремне радње добијао је своју горњу границу. Но у том свом настојању они се међусобно разликују. Једна група кривичних законика, по узору на класичну формулу француског Кривичног законика „Почетак извршења...”, мање-више на сличан начин врши разграничење припремне радње од покушаја кривичног дела. Тако у немачком Кривичном закону ⁽¹¹⁾ почетак извршења односно кажњиви покушај остварује онај „ко је одлуку да учини злочин или преступ започео да остварује радњама које сачињавају почетак извршења тог злочина, или преступа, ако је намеравани злочин или преступ остао недовршен”. На сличан начин ово питање је регулисано и у Швајцарском Кривичном закону ⁽¹²⁾. Слично решење је садржавао и Кривични законик бивше Југославије ⁽¹³⁾.

Друга група кривичних законика није имала у виду формулу „почетак извршења”, већ је узимала у обзир друге моменте за утврђивање горње границе припремне радње. Већина њих говори да кажњиви покушај а тиме и појава горње границе припремне радње, настаје предузимањем радњи које теже односно које су управљене непосредно (директно) извршењу кривичног дела. Тако по италијанском Кривичном закону ⁽¹⁴⁾: „Ко изврши радње које су способне и несумњиво теже неком извршењу кривичног дела... Дански Кривични закон ⁽¹⁵⁾: „Радње које имају за циљ да олакшају или произведу извршење кривичног дела кажњиве су као

(11) *Schönke-Schröder: Strafgesetzbuch. Kommentar, 7. Aufl. Berlin, 1954, S. 154.*

(12) В. Кривични законик Швајцарске, изд. Института за упоредно право, 1957.

(13) М. Чубински: Научни и практични коментар Кривичног законика, Београд, 1930, стр. 101.

(14) В. Marc Ancel: *Les codes pénaux européens, Tome II, Paris, 1957, p. 882.*

(15) В. Marc Ancel, *op. cit.*, p. 332.

покушај, ако то дело не буде довршено...". Кривични законик РСФСР ⁽¹⁶⁾ има властито решење у погледу инкриминисања припремне радње. Историјски осврт показује да је припремна радња у погледу кажњавања била изједначена са покушајем и свршеним кривичним делом. Овакав третман припремне радње има и данас у совјетском законодавству ⁽¹⁷⁾. Тако према члану 15. КЗ РСФСР у погледу кажњавања припремне радње и покушаја сматрају се довршеним кривичним делом. Из оваког третмана припремне радње и покушаја излази да совјетски законодавац не даје никакав критериј за разграничење ових аката. Међутим, судска пракса ипак посвећује одређену пажњу овом проблему, имајући у виду моменат започињања извршења кривичног дела као границу између припремне радње и покушаја. Покушај постоји тамо где је започето извршење кривичног дела. Само, у пракси совјетских судова сматра се да је за једно понашање које добија форму започињања извршења одлучујућа воља учиниоца и његова друштвена опасност ⁽¹⁸⁾.

Изложени ставови кривичних законика, иако настоје да разграниче припремну радњу од покушаја, посматрани посебно сваки за себе, заиста не дају неке чврсте критерије за решење проблема. Сваки од њих је такав да дозвољава различита тумачења у теорији и пракси.

бб) Став теорије о проблему разграничења припремне радње од покушаја исто тако није јединствен. О овом питању постоје две теорије, које се већ давно налазе у спору: објективна и субјективна теорија.

Аутори који заступају објективно гледиште у спору око разграничења, захтевају за кажњиви покушај радњу којом се остварује злочиначка воља, али осим тога и то, да та радња има објективан значај за правни поредак. Објективни значај ове радње састоји се у томе, да се њоме остварује један део бића кривичног дела. Она радња која нема такав карактер и значај представља припремну радњу.

Тако према Молинијеу (Molinier) ⁽¹⁹⁾, радња извршење је она радња која конституише кривично дело, која му даје егзистенцију бића, док припремна радња претходи извршењу кривичног дела, она олакшава његово извршење, чини га могућим, али никако није материјални акт који конституише кривично дело и не спада у законску дефиницију тог кривичног дела. Слично схватање заступа и Вилеј (Willey) ⁽²⁰⁾.

Изложеном објективном критерију о разграничењу припремне радње од покушаја у теорији се приписује прецизност и јасноћа, што омогућава да се на ефикасан начин заштите права окривљеног. Но, истовремено му се замера то да је крут и да у довољној мери не обухвата заштитну друштвених интереса. ⁽²¹⁾

(16) Уп. Објашњења, *op. cit.*, стр. 84.

(17) Советское уголовное право. Часть общая. Редакторы: Здравомыслов Б. В., Келина С. Г., Рашковская Ш. С., Шнейдер М. А., Москва, 1964, стр. 182.

(18) Goljakov: *Ce système paraît maintenu par l'article 15 des nouveaux textes fédéraux; v. Revue internationale de droit pénal*, 1959, p. 122.

(19) Према Е. Гарсону: *Code Pénal Annoté*, T. I, Paris, 1952, p. 24.

(20) В. као фуснота 19.

(21) P. Bouzat et J. Pinatel, *op. cit.*, 212.

Насупрот објективном гледишту стоји једна субјективна теза о проблему разграничења припремне радње од покушаја. Она узима у обзир опасан карактер учиниоца и нужност социјалне одбране. За субјективисте је свака радња која је управљена на то да се злочиначка воља оствари покушај кривичног дела. За њих објективна страна понашања у виду радње има значаја само утолико што кроз њу сама воља добија свој спољашњи лик ⁽²²⁾. Према овом гледишту, нема разлике у погледу кажњивости између припремне радње и покушаја, пошто сам појам покушаја обухвата и припремну радњу.

Савремена наука кривичног права изгледа да се придружује овом субјективном гледишту. Следбеници субјективне теорије, који налазе да треба разликовати припремну радњу од покушаја, сматрају да у покушају улази свака радња из које се може извести поуздан закључак да постоји злочиначка намера. Разрађујући ову идеју, Гаро ⁽²³⁾ сматра да је извршење кривичног дела почето када је учинилац извршио акте који непосредно теже извршењу кривичног дела, тако да се за учиниоца може рећи да је у фази извршења своје кажњиве намере. Заступајући исту ову идеју, Видал-Мангол ⁽²⁴⁾ су истицали да почетак извршења постоји када је учинилац одлучио да се изложи ризику предузимања, наиме, када је решио да за собом пресече све мостове повратка. Донедије де Вабр ⁽²⁵⁾ проблем разграничења припремне радње од покушаја поставља као субјективно-психолошко питање. По њему, почетак извршења постоји када између зла које је учинилац остварио и циља који је намеравао да постигне постоји тако слабо морална препрека да би је он, ако то од њега зависи, готово сигурно прекорачио. Но, у случају постојања такве моралне препреке између учиниоца и довршења кривичног дела, која је тако велика и тако значајна да је учинилац не би могао прећи, не би постојао почетак извршења, већ само припремна радња. П. Буза ⁽²⁶⁾ сматра припремну радњу подозривим, сумњивим актом, који допушта неодређеност у погледу сазнања да ли ће и које кривично дело учинилац предузети, док почетак извршења кривичног дела представља акт којим учинилац открива своју криминалну одлуку и тако прелази „Рубикон злочина“, прихватајући држање које више није држање поштеносног човека.

Несумњиво је да изложене формуле субјективиста о разграничењу припремне радње од покушаја имају у виду за започињање извршења кривичног дела акте учиниоца који по својој непосредној последици морају у његовој мисли да остваре кривично дело. У овом стадијум психолошког процеса, како примећује Гарсон ⁽²⁷⁾, кајање постаје невероватно, а намера је довољно остварена да се јасно опажа да је учинилац опасан.

⁽²²⁾ Уп. Т. Живановић: Основи кривичног права, Општи део, књ. II, св. 1 и 2, стр. 158.

⁽²³⁾ R. Garraud: *op. cit.*, p. 483.

⁽²⁴⁾ B. Vidal-Magnol: *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 9.éd., 1948—1949, Rousseau, p. 150.

⁽²⁵⁾ Donnedieu de Vabres: *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 2e éd., Paris, 1947, p. 134.

⁽²⁶⁾ P. Bouzat et J. Pinatel, *op. cit.* p. 212.

⁽²⁷⁾ Garçon, *op. cit.*, p. 25.

У сукобу објективне са субјективном теоријом ова последња по свом схватању је шира. Објективна теорија за разграничење припремне радње од покушаја поставља као критериј предузимање радње којом се делимично остварује биће кривичног дела и изражава злочиначка воља. Субјективни назори иду даље. За критериј који ова теорија поставља, није нужно да је и делимично остварено биће кривичног дела. Битно је то, да акт учиниоца тежи непосредно извршењу кривичног дела којим он открива своје криминалне намере. То значи да се овим појам покушаја проширује и на оне радње односно делатности које непосредно теже извршењу кривичног дела а изван су радње бића кривичног дела. Стога, у случају кад је посредни радња која већ представља делимично остварење бића кривичног дела, питање разграничења по неким ауторима ⁽²⁸⁾ и не представља тешкоћу, већ само ако је у питању радња која још не представља делимично остварење бића кривичног дела. Она ће по овом назору представљати радњу извршења ако се због непосредне повезаности (*Zusammengehörigkeit*) са радњом бића кривичног дела (*Tatbestandshandlung*), појављује као један њен део. Тако, на пример, ако је неко пса чувара куће одстрањено, постојаће покушај крађе ако одстрањење ове препреке, према плану учиниоца стоји у непосредној повезаности са самом радњом одузимања.

вв) Из досадашњег излагања види се да је проблем границе простирања припремне радње, а тиме и тачке на којој отпочиње кривичноправна интервенција, у кривичним законима изражен врло шкрто и оскудно. Било да је та граница изражена кроз формулу „почетак извршења”, или путем наглашавања неких других момената, као на пример, предузимања радњи које теже односно које су управљене непосредно на извршење кривичног дела, закон у питању не задовољава у потпуности свој начелан став. Ни једна ни друга формула није довољно прецизна. Један те исти овакав пропис добијао је ослонац једном у објективној а други пут у субјективној теорији. Тако, на пример, формулу „почетак извршења”, француског Кривичног законика (чл. 2) један део аутора тумачио је субјективистички ⁽²⁹⁾. Сама пракса некада је такав пропис тумачила шире (субјективистички), а некада уже (објективистички) ⁽³⁰⁾. Но, ма како закон фиксирао границе припремне радње према покушају, не може се од њега очекивати да са прецизношћу једног савршеног инструмента разрешава сваки практични случај. Он је у могућности само да формулише платформу по којој ће се кретати граница између припремне радње и покушаја. Законодавчево уопштено гледиште о овој граници, пропраћено ставовима теорије, конкретизује постојећа судска пракса. Њој законодавац оставља доста простора у примени слова и духа закона да, водећи рачуна о друштвеним и криминалополитичким захтевима друштва-државе, покаже које од два теоријска схватања заслужује предност у том друштву-држави.

2. Кривичноправни интерес за припремну радњу и њено инкриминасање у кривичном законикау. — а) Уопште о кажњивој припремној радњи.

(28) A. Schönke, Strafgesetzbuch. Kommentar, 4. Aufl., München und Berlin, 1949. S. 123.

(29) Garraud, op. cit., p. 482; Donnedieu, de Vabres, op. cit., 134; P. Bouzat et J. Pinatel, op. cit., p. 212.

(30) Garçon, op. cit., p. 25.

Припремна радња у свом природном облику, као етапа у настанку кривичног дела, излази из кажњиве сфере. Но, очигледна је чињеница да њу кривични законодавац увек не испушта из вида. Заиста, има случајева у којима неко понашање може да служи као припрема за кривично дело. Међутим, оно је у исто време не покушај другог кривичног дела, него свршено кривично дело. Тако, на пример, у случају ако би неко правео или набављао оруђа за фалсификовање новца да се са овим послужи за такво фалсификовање, а прављење или набављање таквих оруђа уопште било законом забрањено, онда у овом прављењу или набављању оруђа за фалсификовање имамо свршено кривично дело као дело свога рода (*delictum sui generis*), а у исто време у томе би се састојала и припрема за фалсификовање новца.

Из овог примера види се да припремна радња некада заснива кривичну одговорност и кажњивост. Наиме, припремна радња узета сама за себе, без везе са кривичним делом чије извршење вероватно има у виду да олакша, често је непосредно инкриминисана у кривичном законик у. Законодавни савремени покрет тежи да предвиди и казни извесне припремне радње чији је карактер евентуално опасан. Овакве припремне радње могу нашкодити правној сфери права, па отуда њихова инкриминација треба да делује превентивно и спречи њихов продор у ту сферу. Закон у таквим случајевима инкриминише ове акте, али не као припремну радњу, већ као кривична дела своје врсте. У том случају, радња којом се припрема кривично дело представља посебно свршено кривично дело, а не етапу у настанку кривичног дела. Стога се може рећи да припремна радња има двоструки карактер: с једне стране, у односу на дело које има у виду да олакша, то је припремна радња, а са друге, сама по себи и због своје озбиљности, то је посебно, специјално кривично дело. Ако у првом погледу опште узев не подлеже кажњивости као припремна радња, у другом, као специјално дело припремања она је кажњива. Ово последње, кривично-правно припремање у односу на остала могућа припремања извршења кривичног дела карактерише се томе што таква припрема чини неопходно јединство одређених елемената. Скуп тих елемената чини биће посебног, специјалног кривичног дела — припремне радње. Како је овде реч о припремној радњи која по својој садржини значи припремање кривичног дела, то се може говорити о бићу кривичног дела припремања.

б) *Заштитни објект*. Свако кривично дело било да се остварује активном радњом, чињењем, или пасивном, нечињењем, увек претпоставља напад на одређени објект који се тим делом штити. С тим у вези настаје и питање шта представља објект који се штити кривичним делом припремања. На ово питање може се тражити одговор у односу према делу чије је оно припремање. У овој светлости посматрано, кривично дело припремања отвара пут ка широком спектру инкриминација у посебном делу кривичног законика једног конкретног друштва-државе у чијим размерама се истражује оваква кривичноправна заштита. У овом погледу запажа се да су законодавства појединих земаља разноврсна и да свако од њих има и својих специфичности. Но, и поред ових специфичности, ипак за савремене кривичне законике карактеристично је то, што сви они теже да кривич-

ним делом припремања заштите најзначајнија и најважнија добра и интересе за опстанак и безбедност конкретног друштва-државе или појединца односно посредно обоје.

У круг најзначајнијих и најважнијих добара и интереса за опстанак и безбедност једног друштва-државе, која су скоро по правилу заштићена инкриминацијом дела припремања, улази пре свега постојеће државно и друштвено уређење. Тако у француском Кривичном законiku (31), међу кривичним делима против спољашње и унутрашње сигурности државе садржан је широки опис дела штетних за државно и друштвено уређење. Међу њима, уколико припремање не улази у појам издаје, шпијунаже или дела штетних по народну одбрану, истиче се и инкриминација кривичног дела припремања у виду завере, (комплота) између два или више лица који има за циљ удруживање ради насилног обарања уставног поретка (чл. 89). Код овог дела је инкриминисано чак и само предлагање да се створи завера (комплот). Са своје стране, немачки Кривични законик (32) предвиђа кривично дело припремања напада на интегритет шефа државе, устав или државну територију (чл. 81), уколико то припремање не улази у сам појам кривичног дела велеиздаје. Италијански Кривични законик (33) кажњава свако дело, па и припремање извршења дела које иде на то да се држава или њен део подвргну суверенитету стране државе, да се смањи независност или да се разбије њено јединство. Исто тако, овај Закон инкриминише разна политичка удруживања и договоре ради извршења политичких кривичних дела. И швајцарски Кривични законик (34) инкриминише свако дело, па и припремање извршења дела које је управљено на велеиздају. Бивши југословенски КЗ, са своје стране, је предвиђао као самостално кривично дело велеиздајничке припремне радње (чл. 92), уколико такво припремање није било посебно инкриминисано (чл. 95. и 96) (35). Кривични законик СФРЈ инкриминише на више места припремање кривичних дела против народа и државе (36).

Изложени ставови појединих кривичних законика указују на скоро исти закључак: да сваки од њих на себи својствен начин у одређеним оквирима инкриминише припремање тако опасних кривичних дела као што су дела против државног и друштвеног уређења. Узрок оваквог поступка је јасан. Када би било дозвољено у једном друштву-држави стварање завере (комплота) за обарање и издају постојећег државног и друштвеног уређења, куда би то одвело то друштво-држава. Несумњиво да би у таквим случајевима некажњивост таквог припремања и те како погодоvalа подривању и разарању зграде државног и друштвеног уређења. Откривање таквих припремања пре покушаја извршења ових кривичних дела не би повлачило за учиниоца кривичну одговорност. Остављање да припремање ових кривичних дела на миру прерасте у фазу њиховог покушаја,

(31) Уп. Garçon, *op.cit.*, p. 282—422.

(32) Schönke-Schroder, *op. cit.*, S. 323.

(33) М. Ancel, *op. cit.*, p. 919.

(34) Швајцарски Кривични законик, издање Института за упоредно право, Београд, 1957.

(35) Др М. Доленц: Тумач кривичног законика, Загреб, 1930, стр. 156.

(36) Уп. Кривични законик и Законик о кривичном поступку, издање „Савремене администрације“, Београд, 1968, год., чл. 100, 101, 104, 105, ст. 2, 110, 111, ст. 2, 117. и 121 КЗ.

довело би до ванредно деликатних ситуација конкретно друштво-државу. Ако је припрема добро извршена и узела велике размере, она у већини случајева повлачи са собом и успех. Успех у односу на природу ових кривичних дела, значио би то, да њихови учиниоци остану некажњени, пошто после свршених оваквих кривичних дела не би имао ко да примени кривичну санкцију.

Поред кривичних дела против државног и друштвеног уређења, у круг опште опасних дела за које је веома заинтересовано конкретно друштво-држава улази прављење и употреба фалсификованог новца. Да се не само довршеним већ и покушаним оваквим кривичним делом наноси ванредно велика кривична штета једном друштву-држави, сведочи и чињеница да разна кривична законодавства инкриминишу и његово припремање као кривично дело (на пример, набављање средстава за прављење лажног новца). То је случај са француским КЗ (чл. 134), немачким КЗ (чл. 151), швајцарским КЗ (чл. 247), бившим југословенским КЗ (чл. 230) и са КЗ СФРЈ (чл. 223).

Но, савремени законодавац се не зауставља само на заштити горе наведених најзначајнијих и најважнијих општих добара од самог припремања напада на њих, већ настоји да на одређени начин инкриминише припремања извршења кривичних дела против личности човека. Тако, на пример, набављање оружја, отрова и других средстава у намери убиства инкриминисано је у француском КЗ као кривично дело припремања (чл. 314). Овакво понашање остало би некажњено ако не би било у закону предвиђено као кривично дело, пошто још не представља покушај кривичног дела убиства.

Као такво дело немачки КЗ предвиђа заверу (комплот) више лица ради вршења кривичних дела против живота (чл. 49 b), као и дело изазивања на двобој (чл. 201). Кривични законик СФРЈ, са своје стране, исто тако предвиђа као општу инкриминацију израђивање и набављање оружја и средстава за извршење тешких кривичних дела као дело против јавног реда и правног саобраћаја (чл. 300).

Из свега изложеног произилази да се инкриминацијама припремања у савременом кривичном законодавству иде на то да се заснује кривична одговорност још у етапи припремања опасних кривичних дела којима се напада одређени круг добара. Овај круг добара за конкретно друштво-државу и за појединце односно обоје представља врло велику вредност (државно и друштвено уређење, личност човека, новац, јавни ред и правни саобраћај и др.).

в) *Кривично дело припремања*. Као спољашња појава у друштву кривично дело може да се јави као свршено, покушано кривично дело или кривично дело припремања, с обзиром да се кажњава и за припремање извесног броја кривичних дела. Свршено и покушано кривично дело су појмови који у себи садрже врсте кривичног дела посматраног као родни појам појединих кривичних дела, а не у односу на врсте оног или овог кривичног дела. Због ове своје особености они се термилошки означавају као највише опште врсте кривичних дела ⁽³⁷⁾. Како је само у специјалним,

(37) Др Т. Живановић, Основни проблеми кривичног права, Београд, 1930, стр. 99.

изузетним случајевима инкриминисано припремање кривичног дела, то се ово припремање у односу на родни појам појединих кривичних дела према свршеном кривичном делу и кривичном делу покушаја појављује као посебно кривично дело највише општа врста кривичних дела. Како је реч о посебном делу највише опште врсте кривичних дела, то је ради успешног решавања и анализе појма бића овог кривичног дела неопходно потребно упоредити га са бићем свршеног кривичног дела и кривичног дела покушаја.

Учење о бићу кривичног дела ⁽³⁸⁾ говори да биће кривичног дела чини скуп у закону одређених елемената кривичног дела. Изостајање једног од њих има за последицу непостојање бића кривичног дела у целини, услед чега долази до искључења кривичне одговорности. Међутим, специфичност кривичног дела покушаја је у томе, што код њега непостојање једног од елемената бића кривичног дела — последице, и поред општег принципа, не искључује кривичну одговорност него ствара одговорност за недовршено кривично дело. Особеност кривичног дела припремања лежи, пак, у томе што оно у свом појму садржи само један елемент бића кривичног дела, па услед тога ствара специјалну ситуацију одговорности за једно посебно кривично дело.

Ствар је у томе, што је за довршено кривично дело неопходно потребно остварење свих елемената у бићу кривичног дела: радње, последице, узрочне везе која везује радњу и последицу или виност (умишљај односно нехат). За кривично дело покушаја тражи се постојање два од горе набројаних елемената бића: радње и умишљаја. Кривично дело припремања, са своје стране, садржи такође два елемента: радњу и умишљај.

Према томе, из изложеног произилази да су заједнички елементи, који повезују свршено кривично дело и кривично дело покушаја са кривичним делом припремања, радња и умишљај, док је последица изостала и код кривичног дела покушаја и код кривичног дела припремања.

Радња у бићу свршеног кривичног дела и кривичног дела покушаја, као и у бићу кривичног дела припремања усмерена је на остварење законом забрањеног циља. Но, и поред тога што на овој линији изгледа да радња повезује ова бића, у суштини овде је реч о привидној вези, која произилази из обележја радње као физичког акта а не као елемента бића кривичног дела. Да би се ово открило, довољно је да се само мало задржи на једном таквом понашању. Радња у случају свршеног и покушаног кривичног дела има исто значење (нпр. код крађе). Та радња је у закону означена као елемент биће конкретног кривичног дела. Но, радња припремања, нпр. набављање отрова у намери убиства, која несумњиво има кривичноправни карактер, не представља ону радњу која је елемент бића кривичног дела убиства која се намерава да изврши, као што ни набављање колца ради задавања удараца не представља елемент телесне повреде. Ови случајеви говоре да радња свршеног кривичног дела и кривичног дела покушаја има другојачије значење од радње код кривичног дела припремања. Радња код свршеног кривичног дела покушаја је елемент бића кривичног дела, па отуда она и није заједничко обележје које ова дела повезу-

(38) А. Трајнин: Учење о бићу кривичног дела, Београд, 1949, стр. 154.

је. Из овога произилази да су овде у питању две, по својој природи и квалитету различите радње. Код свршеног кривичног дела и кривичног дела покушаја у питању је радња извршења, а код кривичног дела припремања радња припремања која претходи започињању радње извршења, а служи као олакшица за остварење бића кривичног дела (о припремној радњи уопште и њеном разграничењу са покушајем кривичног дела већ је било речи, па је сувишно о томе поново говорити).

Што се тиче другог елемента — умишљаја, заједничког како за биће свршеног и покушаног кривичног дела, тако и за биће кривичног дела припремања, он је код ових проузроковања исти. Но, он се код свршеног кривичног дела и кривичног дела покушаја испољава у радњи која је елеменат бића кривичног дела, а код кривичног дела припремања се изражава у предузимању радње која не улази у биће кривичног дела. Тако, на пример, умишљај да се изврши убиство плус радња која се састоји у набављању ватреног оружја представља увек кривично дело припремања, јер ова радња набављања тог оруђа није радња — елеменат кривичног дела чије се извршење припрема.

Према томе, код кривичног дела покушаја у односу на свршено кривично дело не постоји један елеменат потпуног бића кривичног дела — последица, док код кривичног дела припремања постоји само један елеменат потпуног бића кривичног дела — умишљај.

Из свега изложеног могло би се закључити да посебно дело највише опште врсте кривичних дела — кривично дело припремања у свом бићу у односу на дела највише опште врсте кривичних дела — свршено кривично дело и кривично дело садржи: 1) радњу припремања која олакшава и доприноси остварењу свршеног кривичног дела односно кривичног дела покушаја. Ова радња није елеменат бића кривичног дела, па није заједничко обележје ових кривичних дела; и 2) умишљај — који чини елеменат биће кривичног дела и међусобног повезује оба кривична дела.

г) *Суштина кривичног дела припремања.* У склопу разматрања кривичног дела припремања јавља се питање шта ово дело у својој суштини представља. Идући овим путем наилази се на чињеницу да нека дела припремања нису у закону предвиђена као кривично дело, док друга, опет, јесу. Прави разлог за овакво различито поступање, када је у питању припремање и извршење кривичног дела, мора се тражити у друштвеном значају таквог понашања. Са овог становишта, полазећи од садржине кривичног дела као друштвено опасног дела, инкриминисано припремање у кривичном законик у јесте понашање које представља за једно друштво-државу опасност у толикој мери да је неопходно потребна друштвена реакција у виду кривичноправне санкције. Према томе, разлог инкриминације и кажњивости припремања лежи у опасности таквог припремања. То припремање је опасно када се појављује као напад на извесна најзначајнија и најважнија правна добра и интересе за једно друштво-државу и појединца као и за обоје. Овај напад се не састоји у непосредној опасности за ова добра ⁽³⁹⁾, већ у удаљенијој опасности, у опасности која је могла уопште

(39) Др С. Франк: Теорија казненог права, Општи део, Загреб, 1955, стр. 174.

за њих да наступи са таквим радњама. Стога, суштина кривичног дела припремања се састоји у степену његове друштвене опасности која захтева интервенцију кривичног права.

Но, разлог инкриминације и кажњивости кривичноправног припремања не лежи само на објективној страни понашања као опасног, већ он има и своје субјективно значење. Та субјективна страна суштине понашања у виду кривичног дела припремања лежи у опасности самог учиниоца кривичног дела. Он је опасан због тога што је за остварење свог умишљаја (кривичне одлуке) учинио све што је у датом случају могао, према постојећим околностима и свом душевном стању.

д) После свега изложеног о кривичноправном припремању, у датим размерама може се узети да кривично дело припремања као посебан вид највише опште врсте кривичних дела у себи садржи следећа обележја: радњу припремања — која није елеменат бића кривичног дела; која представља олакшицу за остварење бића кривичног дела; којом се изражава умишљај (кривична одлука) и која у себи садржи степен друштвене опасности који захтева интервенцију друштва-државе путем кривичноправне санкције.

Стога, узимајући у обзир горња обележја кривичноправног припремања, долазимо до закључка да је кривично дело припремања оно људско понашање (радња) које је изван бића кривичног дела а служи као олакшица за започињање његовог остварења, у коме се изражава кривичноправни умишљај, а само по себи садржи степен друштвене опасности који захтева интервенцију друштва-државе путем кривичне санкције.

II

1. *Припремна радња по ОКЗ.* — У послератном кривичном законодавству припремна радња је била предвиђена као кажњиво понашање. Наиме, општи део Кривичног законика од 4. септембра 1947. посветио је читав један члан припремној радњи као општој установи (чл. 20) ⁽⁴⁰⁾. Према њему, припремна радња је повлачила кривичну одговорност ако су била испуњена два услова. Први услов односно се на тежину припремног дела а други на изражајне облике припремне радње.

У погледу услова тежине припремног дела, ОКЗ је тражио да то мора да буде тешко кривично дело. Други услов за кажњивост припремне радње је захтевао да она буде изражена у једном од следећих облика: 1) тражење, набављање или оспособљавање оруђа или средстава за извршење кривичног дела; 2) стварање повољних услова за извршење кривичног дела; и 3) тражење лица која би имала извршити намеравамо кривично дело.

Из изложеног произилази да по ОКЗ кривичноправно релевантна није била припремна радња, већ само она која се споља манифестовала у једном од наведена три облика делатности у циљу припреме каквог тешког

⁽⁴⁰⁾ М. Пијаде са групом аутора: Коментар Општег дела Кривичног законика, Београд, 1948, стр. 84.

дела. У том погледу он је отишао нешто напред у односу на законике који нису правили никакве разлике између свршеног кривичног дела, кривичног дела покушаја и припремне радње (напр. КЗ РСФСР, КЗ Данске и др.). Но, сама чињеница да је припремна радња као етапа у настанку кривичног дела била кажњива и поред постављених услова за њено кажњавање, говори да се ОКЗ, по својој основној концепцији, у односу на савремена законодавна и теоријска решења о некажњивости припремне радње није сврставао у њихов круг. Ипак, такав став ОКЗ је често праведан захтеви-ма и потребама времена у коме је био постављен ⁽⁴¹⁾.

2. *Припремна радња у Кривичном законнику*. — Важећи Кривични законик од 1951. године заступа другојачије становниште у погледу третмана припремне радње. Изостављањем члана 20. ОКЗ, припремна радња више није представљала установу општег значаја која би улазила у Општи део Кривичног законика. Она је као етапа у настанку кривичног дела оставље-на ван подручја интервенције кривичног законодавства.

Но, следећи савремени законодавни покрет, и наш законодавац је тежио да све више и више предвиди и да казни изванредан број компроми-тујућих понашања која су по својој природи таква да теже да припреме односно олакшају и омогуће остварење кривичног дела. Природа оваквих понашања и њихов евентуално опасан карактер довољно су их окаракте-рисали да би постала предметом посебног предвиђања у кривичном зако-нику. Тако се припремна радња нашла у КЗ, али не у својству етапе на-станка кривичног дела, већ као кривично дело посебне врсте (*sui generis*). Стога инкриминисање припремне радње у Посебном делу Кривичног зако-ника показује да она у нашем позитивном праву представља кривично дело припремања као посебно дело највише опште врсте кривичних дела. (О кривичном делу припремања уопште већ је било раније речи, па је суви-шно о томе поново говорити.) Кривично дело припремања у размерама на-шег позитивног законодавства добија различите видове, који скупа карак-теришу ово дело у условима нашег друштва-државе и налажу потребу њиховог ближег сагледавања.

3. *Посматрање појединих кривичних дела припремања*. — а) *Кривич-но дело припремања из чл. 100. и 101. КЗ*. Кривично дело припремања је у неким случајевима инкриминисано у законском пропису тако што је рад-ња код неких кривичних дела означена као низ делатности, у које могу ући и радње припремања којима се припрема извршење тих кривичних дела. То је случај са кривичним делима против народа и државе из чл. 100. и 101. КЗ. чија је радња конкретизована као „дело”.

У страној и нашој кривичноправној књижевности се сматра да „де-ло” обухвата поред кривичног дела покушаја и кривично дело припрема-ња. Како у погледу кривичног дела покушаја и кривичног дела припрема-ња радња није одређена, то се поставља питање које припремне радње могу да уђу у појам „дело”. У овом погледу постоје тешкоће. У теорији се сматра да се унапред не могу утврдити све радње припремања које би мог-ле ући у појам „дела”, већ се само могу одредити извесне поставке у вези

(41) в. Објашњења, *op. cit.*, стр. 82.

са тенденцијом Закона при одређивању ових дела. Наиме, сматра се да „дело“ обухвата све оне радње припремања којима се непосредно припрема радња извршења ⁽⁴²⁾. То су, у ствари, оне припремне радње које непосредно воде извршењу кривичних дела из чл. 100. и 101. КЗ. Ове припремне радње „морају бити непосредно повезане са почетком извршења и непосредно управљене на наведене објекте“ ⁽⁴³⁾ у бићима ових дела. Према томе, кривично дело припремања у односу на та дела чине оне радње припремања које се појављују као непосредно припремање саме радње извршења ових кривичних дела, које непосредно претходе почетку радње извршења, после којих непосредно следи само извршење кривичног дела. Стога овде нису у питању обичне радње припремања, већ само оне делатности које су на граници између припремних радњи и покушаја. Но, у круг ових делатности ипак не би улазиле оне припремне радње које су одређене као засебно кривично дело против народа и државе ⁽⁴⁴⁾.

Међутим, за постојање кривичног дела припремања код кривичних дела из чл. 100. и 101. КЗ, поред објективне повезаности инкриминисаних делатности са радњом извршења и објектима против којих су управљени, претпоставља се и субјективна управљеност воље и свести учиниоца према одређеним објектима у бићима ових кривичних дела односно циљевима ⁽⁴⁵⁾.

б) *Кривично дело припремања из чл. 121. КЗ.* Кривични законик је у чл. 121. инкриминисао један посебан вид припремања извршења одређених кривичних дела против народа и државе као засебно кривично дело. То дело се састоји у припремању извршења кривичних дела из чл. 102, 103. и 104. КЗ. У законском бићу овог дела таксативно су набројене као радње припремања следеће делатности: набављање или оспособљавање средстава за извршење кривичног дела; стварање услова за извршење кривичних дела и договор са другим лицима да се изврше кривична дела. Ове делатности су установљене као посебно кривично дело припремања ако су започете свесно и вољно да се са њима припреми извршење следећих кривичних дела: подривање војне или одбрамбене моћи државе (чл. 102. КЗ); убиства представника органа власти, радне или друштвено-политичке организације (чл. 103. КЗ) и уништење важних објеката народне привреде (чл. 14. КЗ).

в) *Кривично дело припремања из чл. 300. и 223. КЗ.* Дело против јавног реда и правног саобраћаја из чл. 300. КЗ постоји ако се израђује, набавља или омогућава другоме да дође до средстава за извршење кривичног дела — оружја, распрскавајућих материјала или средства потребних за њихово справљање, као и отрова, за које се зна да су намењени извршењу кривичног дела, односно средстава за проваљивање (став 2. истог члана). Набројане делатности представљају по својој природи круг радњи припремања који осигурава материјалну, физичку снагу за извршење кривичних

⁽⁴²⁾ Уп. Liszt-Schmidt, op. cit., S. 566; др Т. Живановић: Основи кривичног права — Посебни део, Књ. II, Београд, 1933, стр. 17; др Ј. Таховић: Кривично право — Посебни део, Београд, 1961, стр. 17—18.

⁽⁴³⁾ В. Објашњења, op. cit., стр. 181.

⁽⁴⁴⁾ Др Ј. Таховић: Кривично право, Посебни део, Београд, 1961, стр. 17.

⁽⁴⁵⁾ В. Објашњења, op. cit., стр. 181.

дела. Видели смо да је законодавац делатности набављања или оспособљавања средстава за извршење кривичних дела инкриминисао и у делу чл. 121. КЗ. Како је реч о средствима за извршење кривичних дела и у једној и у другој инкриминацији, то се поставља питање односа између ових кривичних дела. Бића кривичног дела из чл. 300. КЗ има општи значај у односу на облик кривичног дела набављања или оспособљавања средстава за извршење кривичних дела из члана 121. КЗ. Због тога, услед односа специјалитета искључен је стицај између ових дела. Општи значај дела из чл. 300. КЗ огледа се и у његовом односу према делу против народне привреде из чл. 223. КЗ. Дело из чл. 223. КЗ постоји само ако се праве, набављају, продају или дају на употребу средства за прављење лажног новца или знакова за вредност, тј. ако се припрема извршење кривичних дела из чл. 221. 222. КЗ. Карактеристично је за ово кривично дело то, што су предмет овог кривичног дела одређена средства тј. средства за прављење лажног новца или знакова за вредност. То могу бити клишеи, разне машине, алат или боја за фалсификовање. Но, треба истаћи да дело из чл. 300. КЗ бива конзумирано у случају ако прерасте у какво друго теже кривично дело. Тако, у случају ако буде извршена или покушана провална крађа, прављење отпирача у сврху проваљивања као понашање инкриминисано чл. 300. КЗ бива конзумирано тешком крађом. На овом становишту стоји и наша судска пракса ⁽⁴⁶⁾.

г) *Кривично дело припремања у облику организовања у одређене видове удруживања за извршење кривичних дела.* Делатности удруживања и организовања инкриминисане су у нашем КЗ на више места. Обе делатности садрже у себи заједничку компоненту, која се испољава у налажењу људи који треба да учествују у извршењу кривичног дела. Наиме, овде је реч о делатностима које, с обзиром да су управљене на проналажење људи који чине без сваке сумње, најважнији фактор у припремању извршења кривичних дела, имају посебан значај. Имајући то у виду, законодавац је неким својим инкриминацијама ових делатности дао карактер општег дела, док су друге добиле значај посебног дела с обзиром да се односе само на одређену врсту кривичних дела.

аа) Као опште дело припремања у горњем смислу појављују се кривична дела против јавног реда и правног саобраћаја: договор за извршење кривичног дела (чл. 298. КЗ) и злочиначко удруживање (чл. 299. КЗ).

Договор за извршење кривичног дела (комплот) састоји се у споразују извршиоца са другим да изврши одређено кривично дело за које се по закону може да изрекне 5 година строгог затвора или тежа казна. Законодавац не кажњава сваки договор са још неким лицем или са више лица о извршењу кривичног дела, већ само ако се он односи на неко теже дело, и то било које теже кривично дело. Но, да би оно постојало није довољно да договор буде стваран по умишљају, већ је потребно да тај договор стварно постоји. Овакав став је заступљен и у пракси наших највиших суда ⁽⁴⁷⁾. Кривично дело је свршено када је постигнут споразум

⁽⁴⁶⁾ Уп. Пресуду Врховног суда НР Хрватске од 22. IV 1954, Кж-430/54, *Наша законитост*, бр. 6-7/1954, стр. 354.

⁽⁴⁷⁾ Уп. Пресуду Врховног суда АПВ бр. Кж-346/1953, *Гласник Адвокатске коморе АПВ*, бр. 2/1954, стр. 19.

са другим о извршењу одређеног кривичног дела. Уколико се започело са извршењем договореног кривичног дела, није могућ стицај, пошто је дело из чл. 298. КЗ супсидијарног карактера.

Злочиначко удруживање представља опаснији облик удруживања за извршење кривичних дела него што је договор. Овде је реч о једној организованој свесној снази за извршење не једног већ више кривичних дела за које се по закону може да изрекне 5 година строгог затвора или тежа казна. Овакво организовање (група, банда) за извршење више кривичних дела, за континуирано вршење кривичних дела, у коме се организатори и учесници оваквих удруживања несумњиво појављују као опасни, представља друштвену опасност коју друштво мора да казни. Општи карактер овог дела се изражава у томе што оно постоји при егзистенцији злочиначког удруживања у односу на било које тешко кривично дело. По ово кривично дело, за разлику од дела из чл. 298. КЗ, није супсидијарно извршеном делу које је из тог злочиначког удружења проистекло. На оваквом становишту стоји и наша судска пракса. Тако је у једној својој одлуци Врховни суд СР Хрватске стао на становиште да извршењем једног или више кривичних дела, која су била у плану злочиначке организације, није конзумирано и дело из чл. 299. КЗ, тако да код дела из чл. 299. КЗ принцип супсидијаритета не може да буде примењен. ⁽⁴⁸⁾.

бб) Посебна дела договора и организовања злочиначког удруживања, инкриминисана у КЗ, односе се на одређену врсту кривичног дела или групу кривичних дела. Као такво дело појављује се дело припремања у виду договора за извршење одређених кривичних дела — кривичног дела из чл. 121. КЗ, о коме је већ било речи, а затим и дела договора против оружаних снага из чл. 328, ст. 2. КЗ (противљење претпостављеном).

Посебна дела организовања злочиначког удруживања су исто тако инкриминисана на више места. Пре свега, својим значајем истиче да се дело из чл. 117. КЗ (удруживање против народа и државе). Законодавац овом инкриминацијом кажњава стварање злочиначког удруживања (завере, банде, групе) ради вршења одређених кривичних дела против народа и државе, тј. кривичних дела из чл. 100, 103, 108, 109, 114—116. КЗ. Затим, законодавац инкриминише удруживање код кривичних дела шпијунаже (чл. 105), ст. 2), бекства ради неке непријатељске делатности (чл. 110), ст. 2), организовања и пребацивања на територију Југославије оружаних група, појединаца и материјала (чл. 111, ст. 2), као и код кривичног дела против човечности и међународног права — организовање групе ради вршења геноцида и ратних злочина (чл. 128. КЗ).

д) *Бића још неких кривичних дела припремања*. Извесна кривична дела припремања одређена у Кривичном законик у предвиђена су тако, што се у истом законском пропису у коме се предвиђа и кривично дело у питању назначује да се припремање тог дела сматра као свршено кривично дело. То је случај код кривичног дела против народа и државе, бекства ради непријатељске делатности (чл. 110, ст. 1).

⁽⁴⁸⁾ В. Пресуду Врховног суда СР Хрватске од 31. I 1952, Кж 1372/51, *Наша законитост*, бр. 1/1952, стр. 23.

Најзад, за дело припремања је карактеристично и то, што га је законодавац у неким случајевима узео не као самостално кривично дело него га је у односу на кривично дело у питању третирао као квалификаторну околност покушаног или извршеног кривичног дела. Тако су делатности обијања и проваљивања квалификаторне околности крађе (чл. 250. КЗ).

б) Из свега изложеног може се закључити да је законодавац инкриминишући кривично дело припремања у различитим његовим видовима имао у виду значај друштвених односа у правцу којих је припремање управљено. У том погледу запажа се различито поступање законодавца када је реч о кривичним делима против народа и државе и осталих кривичних дела.

Код кривичних дела против народа и државе законодавац је у неким случајевима запретио казном предузимања сваке радње припремања која је непосредно повезана са почетком извршења кривичног дела (чл. 100. и 101. КЗ) односно предузимање круга радњи у односу на одређена кривична дела (чл. 121. КЗ). Поред тога, он је у разним облицима инкриминисао и разне делатности које су по својој природи радње припремања (стварање разних злочиначких удружења) (чл. 105, ст. 2, 110, ст. 2, 111, ст. 2, 117. КЗ).

Кад су у питању остала кривична дела, законодавац је дело припремања инкриминисао само у односу на кривична дела у погледу којих је предвиђена казна од 5 година строгог затвора или тежа казна. Изузетак представља дело из члана 300. КЗ. При томе он је инкриминисао само одређен круг делатности чл. 298. КЗ, односно видове договора и злочиначког удруживања, и то само код тежих кривичних дела (чл. 299. КЗ).

Карактеристично је истаћи да КЗ некада предвиђа кривично дело, припремања у виду посебног дела, иако је већ постојала инкриминација у једној општој форми (напр. чл. 117. КЗ или чл. 328, ст. 2. у односу на чл. 298. КЗ). Разлог за овако поступање свакако треба тражити у датом значају објекта заштите ових кривичних дела.

Најзад, аналитичко посматрање видова кривичног дела припремања показало је да је законодавац у одређивању круга делатности које улазе у дело припремања ишао ванредно кривудавом линијом, тако да се не могу за ово дело извући неке опште карактеристике у том погледу. Он је у једном случају радњу припремања инкриминисао као самостално кривично дело, да би се већ у следећем радња припремања појавила као облик кривичног дела изједначен у погледу кажњавања са свршеним кривичним делом, или као дело припремања одређених кривичних дела.

На крају, целисходно је истаћи да кривично дело припремања није честа, али ни ретка појава у судској пракси. Но, његово сагледавање, како уопште тако и у посебним видовима, неопходно је за превентивно деловање у области заштите међуљудских односа и друштвене сигурности. У оквиру тих настојања, проучавање кривичног дела припремања несумњиво представља допринос даљим позитивним кретањима.

Др Душан Јаковљевић

РЕЗЮМЕ

Приготовление к преступлению как уголовное деяние

Дорога, ведущая в мир преступности, часто является долгой. На ней от четырех возможных, но необязательных, стадий, особое внимание заслуживает приготовление к преступлению. С этим деянием связаны определенные признаки, сообщающие ему характер деяния с умыслом, с созданием условий совершения преступления. Эта деятельность предшествует совершению преступления, но не представляет его начало, она способствует в известной степени совершению преступления, но сама по себе не является общественно-опасным действием или бездействием, наказуемым по Уголовному Кодексу. Место деяния в генезисе и реализации преступления определяется, с одной стороны, бесспорной нижней границей, возникающей с момента создания условий для совершения преступления. С другой стороны, его верхняя граница в отношении покушения является предметом многочисленных разногласий. В отсутствии согласия во взглядах находятся две противоположные теории — объективная и субъективная.

Приготовление к преступлению в некоторых случаях карается УК. В этом случае приготовление представляет собой не наказуемую стадию преступной деятельности, а один из видов преступлений, преследуемых по соответствующей статье УК. Закон защищает определенные права и интересы, имеющие большое значение и являющиеся важными для существования и безопасности конкретного общества-государства. На основании характеристичных признаков данное деяние можно определить как поведение (действие) человека, не содержащее в себе состава преступления, но облегчающее возможность приступить к его осуществлению. При наличии умысла данное деяние представляет известную общественную опасность и требует вмешательства общества-государства с применением в отношении виновного уголовной санкции.

В послевоенном югославском уголовном законодательстве приготовление к преступлению преследовалось по закону при наличии соответствующих признаков состава преступления (ст. 20 ОУК). Но УК в известных случаях инкриминирует приготовление к преступлению как один из видов уголовного деяния в случаях, когда идет речь о защите прав и интересов, представляющих большое значение и являющихся важным для нашего общества-государства.

SUMMARY

Preparatory Action as a Criminal Deed

The road leading to the world of crime is often very long. Along it there are four possible but not indispensable stages. Preparatory action deserves a special attention. To this act some destructive qualities are ascribed giving it a character of wilful action, manifested in the external world, that is preceding the action of perpetration of criminal deed and does not represent its beginning, contributing in a certain manner to the act of performing the criminal deed, but which does represent in itself a socially dangerous doing or non-doing that exacts legal intervention. Its place, in the genesis of the performance of criminal deed, is determined, on one hand, by an undisputable bottom limit which ensues by the ingress of the criminal decision into the external world in the form of a materialized preparatory act. But, on the other hand, its top limit as to the attempt, is the subject of many discords. The dispute contains two contradictory theories, objective and subjective.

Preparatory action is sometimes incriminated by the criminal code. In such a case the act preparation does not represent a punishable stage of the

nascency of the criminal deed, but a criminal deed of its ownkind. Protective object of this deed represents a certain series of the most important and most significant goods and interests for the survival and security of a given society — state. On the grounds of its characteristic qualities, this deed can be taken as the human behaviour (act) outside the being of the criminal deed and serves as an alleviation for the begining of its materialization, which expresses a criminal — legal premediation, and represents by itself a degree of social danger that requires intervention of the society — state through criminal sanction.

In the postwar Yugoslav criminal legislature preparatory action was punishable under determined conditions (Article 20 of the General Criminal Code). But the Criminal Code incriminates in certain cases preparatory action as a criminal deed of its kind, when the protect ng of the most important and most significant goods and interest of our society is involved.

RÉSUMÉ

L'acte de préparation en tant qu'infraction

La voie qui mène dans le monde de la criminalité est souvent assez longue. Sur cette voie parmi les quatre étapes possibles, mais qui ne sont pas indispensables, l'acte de préparation mérite une attention spéciale. A cet acte se rattache les indices déterminés qui lui donnent le caractère d'un acte volontaire, qui se manifeste dans le monde extérieur qui précède l'acte d'exécution et ne représente pas son commencement, qui d'une manière déterminée contribue à l'acte d'exécution de l'infraction et qui par lui-même ne représente pas une action dangereuse de faire ou de ne pas faire qui exige l'intervention du droit pénal. Sa place dans la genèse et la réalisation de l'infraction est déterminée, d'une part, par la limite inférieure incontestée, qui commence à la sortie dans le monde extérieur de la décision criminelle sous forme d'acte matérialisé de la préparation. Or, d'autre part, sa limite supérieure vers la tentative est l'objet d'un grand nombre de malentendus. Dans cette controverse on peut rencontrer deux théories contradictoires: objective et subjective.

L'acte de préparation est parfois incriminé par le Code pénal. Dans ce cas l'acte de préparation ne représente pas une étape punissable du déclenchement de l'infraction, mais une infraction d'un genre spécial. L'objet de protection de cet acte représente une sphère déterminée des biens et des intérêts les plus importants pour le maintien de l'existence et de la sécurité de la société — de l'Etat. En vertu de ces traits caractéristiques cet acte peut être considéré comme un comportement humain (un acte) qui est en dehors de l'essence de l'infraction et qui sert de moyen facilitant sa réalisation dans lequel s'exprime la présomption de droit pénal et qui renferme le degré du danger social qui exige l'intervention de la société — de l'Etat par la voie de la sanction pénale.

Dans la législation pénale yougoslave d'après-guerre l'acte de préparation est punissable dans les conditions déterminées (article 20 du Code pénal général). Or, le Code pénal incrimine, dans les conditions déterminées, l'acte de préparation en tant qu'infraction d'un genre spécial, à savoir lorsque la protection des biens et des intérêts pour notre société — l'Etat — est en question.

ПРАВО ЗАЈЕДНИЦА СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ ПРИЧИЊЕНЕ ФОНДОВИМА УПОТРЕБОМ МОТОРНОГ ВОЗИЛА

I. Уводне напомене. — У садашњем тренутку судови су оптерећени великим бројем спорова који имају за основ накнаду штете причињене фондовима заједница социјалног осигурања од стране сопственика односно корисника моторних возила (у даљем тексту: сопственик моторног возила) при њиховој употреби ⁽¹⁾.

Такви захтеви постављају се или директно према осигуравајућим заводима или према сопственику моторног возила и осигуравајућем заводу код кога је сопственик моторног возила осигурао своје возило према Закону о обавезном осигурању у јавном саобраћају (члан 15—19), или осигуравајућем заводу најближем месту настанка штете за случај да је штета проузрокована од стране непознатог моторног возила или од стране возила чији се сопственик није осигурао од одговорности (члан 20—21).

Код случаја у коме се једном тужбом обухватају сопственик моторног возила које се региструје на територији Југославије и осигуравајући завод, тужени имају положај или супарничара према којима се тражи усвајање тужбеног захтева на солидарно извршење обавеза (чл. 184, ст. 1, тач. 1. Закона о парничном поступку), или, ређе, супарничара са евентуално туженим, те се у таквим случајевима тражи да тужбени захтев буде у целини усвојен према следећем туженом за случај да не буде усвојен према ономе туженом који је у тужби наведен пре њега (чл. 185. Закона о парничном поступку).

Такви спорови, у којима се у последње време редовно усвајају тужбени захтеви према осигуравајућим заводима, због значаја правне проблематике и знатног оптерећења фондова завода, захтевају озбиљан приступ у њиховом решавању и пажњу правничке јавности. Циљ нам је да овим написом дамо свој допринос правилном схватању ове проблематике.

II. Случајеви права на накнаду штете фондовима заједнице и обавезник накнаде. — Накнада штете причињене фондовима заједница социјалног осигурања, а настале употребом моторног возила од стране сопственика, према тужбеним захтевима одговара износима које је завод за соци-

(1) Видети, на пример, списе П. 7105/68 П. 14041/68, Пл. 73668/68, Пл. 77375/68 Окружног привредног суда у Београду, П. 1342/68, Пл. 7897/68, Окружног привредног суда у Пожаревцу, П. 353/68 Окружног суда у Смедереву, П. 2839/68 Вишег привредног суда у Београду.

јално осигурање исплатио социјалним осигураницима на терет фондова заједница социјалног осигурања према одредбама Основног закона о здравственом осигурању, Основног закона о инвалидском осигурању и Основног закона о пензијском осигурању ⁽²⁾.

У захтевима за повраћај износа исплаћених из фондова заједница осигурања, заједнице правни основ тужбених захтева налазе у члану 17. Закона о обавезном осигурању у саобраћају (чл. 26. Закона о обавезном осигурању имовине и лица), према коме „осигурањем се обухвата целокупна штета коју је сопственик односно корисник моторног возила дужан накнадити по прописима односно по правним правилима о одговорности, а која произилази из употребе моторног возила” ⁽³⁾.

Заснивајући захтеве на цитираним одредбама Закона о обавезном осигурању у јавном саобраћају (односно Закона о обавезном осигурању имовине и лица, заједнице своје захтеве постављају у сваком оном случају када се исплате из фондова врше социјалним осигураницима услед повреда нанетих употребом моторног возила. То ће рећи да се не прави разлика према *степену кривице* сопственика моторног возила ⁽⁴⁾.

Пресуде којима усвајају такве захтеве судови заснивају на одредбама члана 17 (26) Закона, пошто је њима, наводе судови, прописано да се осигурањем обухвата целокупна штета коју је сопственик односно корисник моторног возила дужан накнадити по прописима односно по правним правилима о одговорности, а која произилази из употребе моторног возила; на одредби члана 170, став 2. Основног закона о организацији и финансирању социјалног осигурања, према којој се при утврђивању права на накнаду штете причињене фондовима заједница осигурања примењују општа и посебна правила и прописи о накнади штете, уколико нису у супротности са тим законом, и на схватању да ни једним прописом право на накнаду штете причињене услед употребе моторног возила фондовима заједнице за социјално осигурање није искључено. ⁽⁵⁾. Такве одлуке судава трпе критику, јер се заснивају на повреди материјалног права.

1. Тумачење искључиво одредби члана 17. Закона може да наведе на закључак да је Законом дато право на накнаду штете фондовима заједница социјалног осигурања. Међутим, позивом на члан 17. губи се из вида

(2) Чланом 171. Закона о организацији и финансирању социјалног осигурања одређено је да заводи имају право на исплаћене:

„1) трошкове коришћења здравствене заштите и медицинске рехабилитације пружене на терет фонда, као и новчана давања исплаћена по прописима о здравственом осигурању;

2) трошкове професионалне рехабилитације и поновног запошљавања инвалида рада, као и новчана давања исплаћена на терет фонда у вези са коришћењем права на рехабилитације и поновног запошљавања инвалида рада, као и новчана давања исплаћена на терет фонда у вези са коришћењем права на рехабилитацију и запошљавање по прописима о инвалидском осигурању;

3) новчана давања исплаћена по основу признатог права на пензију по прописима о инвалидском односно пензијском осигурању.” (Измене и допуне Закона, „Сл. лист” бр. 52/66).

(3) Приметимо да је изложена правна материја била регулисана још Законом о обавезном осигурању имовине и лица и Законом о изменама и допунама Закона о обавезном осигурању имовине и лица, чији пречишћен текст представља Закон о обавезном осигурању у саобраћају („Службени лист СФРЈ”, бр. 15/65, 7/67, одн. 11/68).

(4) Зашто је од значаја подвући да тужбени захтеви не праве разлику према степену кривице сопственика моторног возила, објаснићемо нешто касније, код излагања нашег става о правном питању које се излаже.

(5) Види, на пример, пресуду П. 4090/68 Окружног привредног суда у Београду и пресуду П. 1419/68 Окружног привредног суда у Пожаревцу.

тумачење прописа тога члана у контексту читање главе III (под 1) Закона, која регулише у целини материју осигурања сопственика моторних возила од одговорности за штету причинене трећим лицима.

Као и сваки пропис, тако и пропис члана 17. Закона о обавезном осигурању у саобраћају захтева његово систематско тумачење у вези са осталим одредбама Закона које регулишу материју осигурања од одговорности сопственика моторних возила.

Везујући у члану 15, став 1 (23, став 1) обавезу осигурања од одговорности за штету услед смрти, повреде тела или здравља неког лица или уништења или оштећења нечије имовине за *употребу моторног возила које се региструје* на територији Југославије од стране корисника односно сопственика моторног возила, законодавац у ставу 2. и 3. тога члана (23, став 2) одређује шта се подразумева под *употребом* односно *регистрацијом моторног возила*, да би у члану 16 (25, став 1), одредио појам *моторног возила* у смислу Закона. Иза таквих одредби става 2. и 3. члана 15. и одредби члана 16. Закона, које ближе објашњавају извор предмета који је покривен осигурањем из става 1, члана 15 — штета услед смрти, повреде тела или здравља неког лица или уништења или оштећења нечије имовине — стоји члан 17. Закона, који одређује, како је већ напоменуто, да се осигурањем обухвата целокупна штета коју је сопственик односно корисник моторног возила дужан накнадити по прописима односно правним правилима о одговорности, а која произилази из употребе моторног возила. Према томе, тумачењем одредаба члана 17. у вези са ставом 1, члана 15. јасно произилази да члан 17. одређује која је то штета која је осигурањем обухваћена услед смрти, повреде тела итд. коју одређује члан 15. Закона, односно да штета настала услед смрти, повреде тела итд. обухвата ону коју би сопственик односно корисник моторног возила био дужан накнадити по прописима односно правним правилима о одговорности. А то значи да се осигурањем обухвата штета проузрокована кривицом сопственика моторног возила и делатношћу која ствара повишену опасност за средину односно моторним возилом као опасном ствари (према основу). То, такође, значи да се осигурањем обухвата и имовинска и неимовинска штета (према врсти накнаде) ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾.

2. Предмет Закона о обавезном осигурању у саобраћају, већ и према самом појму, јесте осигурање сопственика моторних возила од одговорно-

(6) Члан 15. Закона: Корисник односно сопственик моторног возила које се региструје на територији Југославије дужан је осигурати се од одговорности за штету услед смрти, повреде тела или здравља неког лица или уништења или оштећења нечије имовине коју проузрокује при употреби возила, осим од одговорности за штету на роби примењеној на превоз.

Сматра се да је возило у употреби за време вожње и за време стајања на путу у току вожње.

Регистрација моторног возила, као и продужење регистрације може се извршити тек пошто се органу надлежном за регистровање поднесе доказ о закљученом уговору о осигурању у смислу става 1. овога члана.

Члан 16. Моторним возилом, у смислу овог Закона, сматра се свако возило које подлеже прописима о регистрацији моторног возила.

Члан 17. Осигурањем се обухвата целокупна штета коју је сопственик односно корисник моторног возила дужан накнадити по прописима односно по правним правилима о одговорности, а која произилази из употребе моторног возила.

(7) „Осигурањем се обухвата и имовинска и неимовинска штета проузрокована употребом моторног возила.” (Објашњење чл. 17 — проф. др В. Јовановића — в. Збирку прописа из области осигурања — са објашњењима, Београд, 1967).

сти за штете причињене трећим лицима ⁽⁸⁾. Према томе, како се то уочава из његових одредаба, Законом о обавезном осигурању у саобраћају регулишу се односи између осигуравајућих завода, обвезника осигурања и лица која претрпе штету од обвезника осигурања — сопственика моторних возила при њиховој употреби. У том смислу у Закону се и говори само о осигуравачу, осигуранику (сопственику односно кориснику моторног возила) и оштећеном лицу (в. III главу Закона) и о осигурању од одговорности сопственика моторних возила која се региструју на територији Југославије за штете услед смрти, повреде тела или здравља *неког лица* или уништења или оштећења *нечије* имовине (в. члан 15), која лица Закон у члану 18. и др. означава појмом „оштећена лица”. Већ и само то довољно јасно указује да предмет Закона нису правни односи између осигуравајућих завода и заједница социјалног осигурања који настају из штета које проузрокују сопственици моторних возила при њиховој употреби, односно да Закон не регулише правне односе између осигуравајућих завода и заједнице (или завода за социјално осигурање), или ових и сопственика моторних возила ⁽⁹⁾.

3. Чланом 17. Закона одређено је да је осигурањем обухваћена штета коју би сопственик моторног возила био дужан накнадити по прописима односно по правним правилима о одговорности. Овде се намеће питање на које судови при усвајању тужбених захтева не дају одговор, када већ члан 17. не тумаче у контексту читавог Закона: који су то *прописи* односно *правна правила о одговорности* која одређују да је сопственик возила, па тиме и осигуравајући завод као супститут *ex lege*, по члану 18, сопственика (осигураника) дужан да плати заједницама оно што је исплаћено оштећенима по основу социјалног осигурања на терет фондова заједница. Који су то позитивни прописи или правна правила имовинског права из којих судови, позивајући се на члан 17, изводе такав закључак?

4. Став суда о основаности тужбених захтева, заснован на чињеници да заједница није ниједним прописом искључена из права на накнаду штете произашле из употребе моторног возила од стране сопственика (до износа који су исплаћени осигураницима на терет фондова заједница), може само да послужи као противаргумент таквом ставу.

Пре одговора на изложени став суда може се основано поставити питање, који су то прописи по којима су осигуравајући заводи у обавези да заједницама за социјално осигурање по основу накнаде штете (регресне исплате) накнаде оне износе који су исплаћени на терет фондова заједнице осигурања, тиме што је лице — социјални осигураник претрпео штету у саобраћајној незгоди од моторног возила.

На ово питање намеће се једино могући одговор, да када ниједан пропис не искључује заједнице из права на накнаду за штете причињене

(8) Законом о обавезном осигурању у саобраћају обавезно се осигуравају: 1) путници у јавном превозу, посаде ваздухоплова и професионални ватрогасци — од последица несрећног случаја; 2) корисници односно сопственици моторних возила — од одговорности за штете причињене трећим лицима; 3) корисници односно сопственици ваздухоплова — од одговорности за штете причињене трећим лицима (чл. 1).

(9) Приметимо да се после пажљивог разматрања законског текста оправдано може поставити питање да ли је законодавац појмом „корисник моторног возила” хтео да означити титулара права коришћења или употребом појма, држалац моторног возила” оба кумулативно.

фондовима заједница услед повреде социјалног осигурањих употребом моторног возила, нити им било који пропис даје право на накнаду те штете, имају се применити они прописи који *уопште* регулишу материју — питање права на накнаду штете фондовима заједница осигурања.

5. Према тим прописима, који су садржани у Основном закону о организацији и финансирању социјалног осигурања, у глави VI, под насловом „Накнада штете“, одређено је да ЗАВОДИ имају право захтевати накнаду штете причињене фондовима заједница: 1) од лица које је *намерно* или *крајњом непажњом* проузроковало повреду (социјално) осигураног лица (члан 165) ⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾; 2) од организације или приватног послодавца, уколико су болест и повреда настали услед тога што нису спроведене обавезне мере хигијенске и техничке заштите на раду, или што нису извршене друге мере прописане или наређене за заштиту грађана, као и услед тога што је радни однос заснован без прописаног претходног здравственог прегледа са лицем које према здравственом стању није било способно за рад на одређеном послу (члан 166); 3) уколико је штета настала услед тога што нису дати подаци или су дати неистинити подаци о чињеницама од којих зависи стицање или одређивање права, услед неизвршења законских, или уговором преузете обавезе у вези са рехабилитацијом или запошљавањем инвалида или осигураника за кога је утврђено да постоји опасност наступања инвалидитета, или коме је због здравственог разлога одређен рад са краћим временом, као и од осигураника који је према посебним прописима дужан давати одређене податке у вези са осигурањем, па је штета настала услед тога што ти подаци нису дати односно што су дати неистинити подаци (члан 167); 4) да захтева од организације или приватног послодавца да накнади исплаћени износ на који корисник није имао право услед исплате извршене на основу нетачних података у пријави о ступању на посао и услед тога што није поднета пријава о променама које имају утицаја на губитак или обим права осигураника, испућања осигураника са посла или поднете пријаве после прописаног рока (члан 168).

Као што се већ уочава, и према своме појму Основни закон о организацији и финансирању социјалног осигурања одређује да је његов предмет и начин финансирања обавеза по основу социјалног осигурања. У том циљу је одредбама поменутих чланова 165—168. и регулисано питање права на накнаде штете фондовима заједница осигурања. У тим одредбама таксативно су набројани случајеви права на накнаду штете, као и обавезна лица на накнаду.

Према томе, и када је фондовима заједница причињена штета услед употребе моторног возила, онда и право на накнаду штете припада фондовима заједница под општим условима одређеним у глави VI Основног

(10) До измена Основног закона о организацији и финансирању социјалног осигурања („Службени лист СФРЈ”, бр. 52/67), према члану 165. став 2. заводи су имали право захтевати накнаду штете непосредно и од лица које је повреду осигураника проузроковало кривичним делом.

(11) Уочава се да Закон о организацији и финансирању социјалног осигурања не овлашћује заједнице социјалног осигурања да остварују права на накнаду штете фондовима, већ заводе за социјално осигурање. Подсетимо се још и на то, ради јасноће терминологије, да заводи за соц. осигурање исплаћују осигураницима износе из фондова заједница, као и да су заједнице организације осигураника на одређеном подручју, које управљају фондовима осигураника као правна лица, док заводи за социјално осигурање, који имају исти субјективитет, спроводе социјално осигурање на одређеном подручју.

закона о организацији и финансирању социјалног осигурања. То ће рећи да завод има право на накнаду штете причињене фондовима заједница осигурања из употребе моторног возила само уколико је штета причињена *намерно или крајњом непажњом* и то од лица које је исту проузроковало, односно од радне организације уколико је исту проузроковао радник на раду или у вези са радом, сагласно одредбама Основног закона о радним односима (ст. 1. и 2, чл. 165). Ван тих случајева заједница осигурања нема право на накнаду штете. Према томе, и тужбени захтеви који имају основ у накнади штете причињене фондовима употребом моторног возила основани су само уколико су штете причињене од лица које је *намерно или крајњом непажњом* проузроковало повреду осигураног лица, те се исти показују као искључиви обвезници права на накнаду штете према фондовима ⁽¹²⁾.

Овде се одмах поставља и питање да ли су осигуравајући заводи у обавези за исплате штета причињених од лица која су *намерно или крајњом непажњом* проузроковала повреду, пошто су иста осигурана од одговорности за штете причињене трећим лицима употребом моторног возила.

Одговор би био негативан. Да би осигуравајући завод био у обавези за накнаду таквих штета, морао би да буде супститут сопственика моторних возила. Супституција, као и суброгација, према правним правилима, настаје на основу закона (*ex lege* супституција) или воље странака (уговорна супституција). Међутим, како нема прописа који дају осигуравајућим заводима положај супститута у правним односима који би настали између завода за социјално осигурање и лица која су *намерно или крајњом непажњом* проузроковала повреду социјалних осигураника, пошто Закон о обавезном осигурању у саобраћају конституише супституцију само у корист лица које непосредно претрпи штету од сопственика моторног возила, јер Закон нема за предмет правне односе између завода за социјално осигурање и осигуравајућих завода, већ ових и оштећених лица, како је то напред ближе изложено, а уговора у том смислу нема, то и по таквим тужбеним захтевима осигуравајући заводи не би имали пасивну легитимацију.

Приметимо и то, да би штету проузроковану *намерно или крајњом непажњом* сносио коначно сопственик моторног возила, јер штете у целини произишле из таквог облика кривике не покривају осигуравајући заводи ни код осигурања од одговорности ⁽¹³⁾.

(12) На само утврђивање права на накнаду штете као правне чињенице из чл. 165—168. сходно се примењују општа правила односно прописи о деликтној одговорности и посебна правила и прописи о накнади штете ако нису у супротности са Основним законом о организацији и финансирању социјалног осигурања (чл. 170, ст. 2: „При утврђивању права на накнаду штете причињене фондовима заједница сходно се примењују општа правила о накнади штете односно важећи прописи и одговорности за недопуштене радње и пропусте другога и о одговорности за штету од ствари, као и посебна правила и прописи о накнади штете уколико нису у супротности са одредбама овог закона“).

Овим прописом се, дакле, не одређује да посебни прописи могу одредити друге случајеве права на накнаду штете фондовима заједнице. То није ни потребно, јер је евентуална примена тих прописа последица правне природе једног *lex specialis*.

(13) Видети члан 14. Правила за осигурање моторних возила ЗЗОР „Београд“ и члан 6. Правила за комбиновано осигурање моторних возила ЗЗОР „Југославија“ у вези члана 4. Закона о обавезном осигурању у саобраћају, према коме се односи између осигураника и осигураваача регулишу уговором о осигурању.

III. — *Социјално и осигурање од одговорности као два посебна основа осигурања.* — Усвајањем становишта судова да су осигуравајући заводи у обавези на накнаду штете фондовима заједница осигурања, произишао би закључак да заводи немају никаквих обавеза за исплату из фондова заједница осигурања за случај наступања штете повредом интегритета њихових осигураника од стране сопственика моторних возила.

Обавезно осигурање у саобраћају конституисано је управо у циљу покривања штета коју социјални осигураник трпи преко износа који му се накнађује по основу социјалног осигурања. У противном, када не би било обавезног осигурања у саобраћају, оштећено лице би често било у немогућности да буде обештећено у целини, пошто се из фондова заједница по основу социјалног осигурања не покривају све штете које претрпи осигураник. Зато је и Закон о обавезном осигурању у саобраћају прописао обавезно осигурање сопственика моторних возила од штета које произађу из њихове употребе. Обавезним осигурањем, без обзира да ли је сопственик возила платио премију осигурања, обезбеђују се средства за покривање штета које оштећено лице претрпи од стране сопственика при употреби моторног возила преко износа који су већ добили по основу социјалног осигурања. Ту долазе материјална штета, у виду онемогућавања напредовања, смањене способности која не повлачи инвалидитет по основу Закона о инвалидском осигурању, неимовинска штета настала као последица претрпљених физичких болова, страха, психичких болова услед унакажења, или смрти члана уже породице. То јасно произилази из члана 17. Закона о обавезном осигурању у саобраћају, пошто он има за предмет — говори о целокупној штети који би сопственик имао накнадити лицу оштећеном употребом моторног возила према прописима односно правним правилима о одговорности (в. чл. 15, ст. 1), а не штети и износима које је завод исплатио из фондова заједница осигурања, јер те правне односе Закон о обавезном осигурању не регулише ниједном својом одредбом ⁽¹⁴⁾.

Из тумачења, дакле, и Закона о обавезном осигурању у саобраћају и Основног закона о организацији и финансирању социјалног осигурања произилази да се у конкретним случајевима накнаде штете ради о покривању штете кроз посебне основе осигурања: социјално осигурање и осигурање од одговорности за штете причињене од моторног возила при његовој употреби, која је по својој природи облигационоправна (одговорност по основу кривике и одговорност за опасну ствар). Зато у случају наступања штете проузроковане од стране сопственика моторног возила при његовој употреби, свака од парничних странака сноси део штете по посебним основима осигурања: заједнице по основу социјалног, а осигуравајући заводи по

(14) Посебно је питање кад повређени није социјално осигуран. Тада је сопственик моторног возила, па и завод као његов супститут, дужан да покрије и ону штету која би се накнадила из фондова заједнице осигурања. Ово са тога разлога, јер се ради о оштећеном који није социјално осигуран односно нема осигурање по том основу, а члан 17. Закона предвиђа обавезу на накнаду целокупне штете, која се има накнадити према прописима односно правним правилима о одговорности. Пошто примена прописа односно правних правила о одговорности, који не предвиђају да је сопственик моторног возила у обавези да накнади штету која се накнађује из фондова заједница осигурања, не долази у обзир, пошто се оштећеном штета не накнађује ни у делу из тих фондова, то је сопственик односно осигуравајући завод дужан накнадити такву штету, коју иначе не би морао да је оштећени социјално осигуран.

основу осигурања од одговорности, која им је наметнута Законом о обавезном осигурању у саобраћају.

Међутим, изложено не искључује право оштећеног да изабере обештећење у целини од осигуравајућег завода. Код штета насталих од употребе моторног возила ради се о праву оштећеног да по два различита основа захтева накнаду штете, с тим да по основу социјалног осигурања има само права која одговарају прописима о накнади по основу социјалног осигурања (члан 171. Основног закона о организацији и финансирању социјалног осигурања), а по прописима о обавезном осигурању на целокупну штету. То значи да се овде ради о конкуренцији права оштећеника по два основа у делу који одговара штети која би била исплаћена из фондова заједнице осигурања. Исплатом штете на један од изложених начина, међутим, не решава се питање који ће субјекат и у коме делу сносити штету насталу употребом моторног возила односно правни однос између осигуравајућих завода и заједница осигурања. Пошто је предмет ових излагања управо однос између заједница осигурања и осигуравајућих завода, настао исплатом дела штете из фондова заједница осигурања, нисмо се могли детаљније упуштати у питање права избора оштећеника.

IV. *Закључак.* — Пресуде којима се усвајају тужбени захтеви заједнице за социјално осигурање за исплату оних износа који одговарају износима који су исплаћени на терет фондова заједница социјалног осигурања за случај повреде телесног интегритета осигураника од сопственика моторног возила, пошто немају свога основа у Закону о обавезном осигурању у саобраћају нити у позитивном праву у целини, заснивају се на погрешној примени материјалног права.

Заснивајући се на повреди материјалног права, такве пресуде се имају третирати, заједно са захтевима по којима се доносе, као покушај проширења права на накнаду штете фондовима заједница осигурања преко оних које им је законодавац признао — на штете које су проузроковане услед нехата (в. чл. 165—170). Основног закона о организацији и финансирању социјалног осигурања). Друго, значе покушај пребацивања накнада свих штета (без обзира на степен кривице) насталих употребом моторног возила искључиво на фондове осигуравајућих завода, на субјекте, који у процесноправном смислу речено, нису пасивно легитимисани у тим споровима, те постављају питање функције фондова заједница осигурања, па и социјалног осигурања као институције. Према своме дејству такве се пресуде стога могу окарактерисати као прецедент, и то у свом негативном смислу.

Др Јован Славнић

ЈЕДАН ПОГЛЕД НА ПРИМЕНУ ИНСТИТУТА СЛУЖБЕНОСТИ

Службености спадају у категорију секторских права која свом титулару дају овлашћења да туђу ствар користи или употребљава у извесном смислу, или забрањује власнику да ту ствар користи у извесном сми-

слу и обиму. Значи, службеност је за власника ствари терет, ограничење својине.

Коришћење службености је у непосредној вези са својинским односима, а како ови односи нису статички већ изложени непрекидним променама, које понекад доводе и до судских спорова, то је логично претпоставити да има спорова и поводом коришћења права службености.

1. У највећем броју случајева вредност спорова службености је мала. Због тога се већином другостепени поступак завршава код окружног суда. Та чињеница као и непостојање позитивних прописа побуђује интерес да се ближе испита и сагледа примена овог правног института у савременој судској пракси, макар и на једном ужем подручју.

У том циљу извршена је анализа одређеног броја парничних предмета службености код окружног суда. Али, пошто се приличан број спорова због неулагања жалбе или поравнања странака завршава код првостепеног суда, нужно се наметнула обавеза проучавања праксе и општинског суда. Због разноврсне економске структуре и прилично великог броја парница на поменутом подручју, за испитивање су узети Општински суд у Блацу и Окружни суд у Прокупљу. — Све одлуке окружног суда које се овде помињу односе се на Окружни суд у Прокупљу, а одлуке општинског суда на Општински суд у Блацу. За посматрање је обухваћен период од 1951—1962. године. Прегледано је 198 предмета. По годинама, број спорова се креће доста уједначено — 15—18, али у периоду 1953—1955. овај број је знатно већи, тако да достиже цифру од 30. Вероватно би једна шира анализа омогућила да се прецизније испитају стварни узроци који изазивају спорове ове врсте. Међутим, пада у очи знатан пораст броја спорова у време када је дошло до повећања цене земљи и непокретностима уопште, односно када је био порастао интерес за земљу и непокретности. У том периоду (1953—1955) запажа се израженија појава заузимања пољских службених путева и сметања коришћења права службености. У тужбама се врло често срећу наводи да је МН поорао службени пут који води у имање тужиоца, затим да је тужени изриљао пут којим је тужилац пролазио за свој виноград и други слични примери.

2. Службености се као и својина стичу на два начина: оригинарно и деривативно. Деривативно стицање врши се путем правног посла (уговором или тестаментом), а оригинарно путем одржаја или експропријацијом, односно на основу судске одлуке. У ствари основ у ширем смислу за оба начина стицања јесте закон.

Карактеристична је чињеница да је велика већина (70%) службености код вођених спорова, било да је реч о сметњама или утврђивању права, стечена на оригинаран начин, и то углавном одржајем. „Тужилац се служио спорним путем за пролаз колима и стоком од како памти. Туженик га није у коришћењу ове службености никад ометао“. Одлука Окружног суда бр. Гж 136/52. Слично садржи и Одлука Општинског суда бр. Г-433/53, у којој се каже да „пут постоји од вајкада“. Исти правни основ стицања налази се и у одлукама Општинског суда Г-223/54, Г-376/54, Г-97/55, и у Одлуци Окружног суда Гж-56/56, у којој је занимљиво изнета одбрана

тужених: „изриђали су зато што им продавац приликом куповине није рекао да постоји стари пут а пошто је то њихова својина имају право.”

Запажено је да службености које су конституисане експропријацијом нису биле предмет спорова пред судом. Знатно је мање службености стечених правним послом (око 30%) које су биле предмет спорова.

Најчешћи правни основ (титулус) код стицања службености јесте уговор о купопродаји, затим писмено о деоби или судско решење о деоби. Правним послом, дакле споразумом странака, остављен је пут за повласно добро највише због тога што је неки објекат био у сусвојини па је један од сувласника стекао право службености у циљу коришћења свог добра. Тако налазимо у једном случају да је МН поконио ДМ једну парцелу за кућни плац, али је истовремено конституисао право службености пролаза и захватања воде из бунара који се налази на поклоњеној парцели. Касније поклонодавац је доведен у ситуацију да се обрати суду ради заштите свог права службености због сметања коришћења пролаза. — Одлука Општинског суда Г-бр.184/54.

Службености настале односно стечене правним послом могу бити установљене и на одређено време. Такав пример пружа одлука Општинског суда Г-вр. 590/52, где видимо да је службеност установљена судским решењем о деоби са роком трајања од једне године. Овакве „привремене службености” резултат су непрестаних промена у својинским односима односно промена у економској структури. Већина тако стечених службености које су биле предмет спора односи се на право захватања воде или на коришћење службеног пута.

Приликом доказивања права службености пред судом запажено је да се то много лакше постизало кад су биле у питању службености стечене правним послом него кад су биле посреди службености које су стечене одржајем. Код службености насталих деривативним путем странке се обично позивају на уговор или судско решење о деоби. Али, кад истичу да су ово право стекле одржајем, као доказно средство скоро увек, ако не и једино, странке наводе сведоке. Код таквих примера у тужбама се обично почиње наводима: „Од како памтим користим тај пут за пролаз до свог имања.” Затим, „више од 50 година”, или „још моји преци одводили су воду са тог јаза за наводњавање баште” и сл. Не треба много напора да би се увидело да овакво изношење доказа задаје доста тешкоћа суду да правилно утврди чињенично стање и правни основ, а тиме и подлогу за доношење правилне одлуке о тужбеном захтеву.

3. Постоје две врсте службености: стварне и личне. Стварне су бројније а личне таксативно одређене. Њих има укупно 3: плодоуживање, употреба и становање. У савременим друштвеним односима личне службености немају већи значај, али за стварне се то не би могло рећи. Зависно од критеријума постоји више врста стварних службености. Подела на поједине врсте може имати не само доктринаран већ и велики значај за практичну примену института службености. Навешћемо најважније које су примењене у анализи судских одлука. Са гледишта садржине правне норме која даје овлашћење власнику повласног добра односно наређује уздржавање од употребе своје ствари у извесном смислу власнику послужног

добра, службености се деле на позитивне и негативне. Негативне службености нису се често појављивале, мада их је било у судској пракси. На пример: власник је набацао земљу на службени пут па му суд својом одлуком „налаже да омогући несметано коришћење пута — Одлука Општинског суда Г-389/52“. Сличну ситуацију налазимо и у Одлуци Г 337/53 и Одлуци Окружног суда Гж-490/52. Негативне службености су се обично појављивале ради забране извесне активности односно коришћења послужног добра на одређени начин, као што је отварање прозора, затим захтев да се забрани подизање зграде којом се заклања светлост, захтев за уклањање засађене живе ограде и сл. — „Одбија се тужбени захтев тужиоца ДА који је тражио да тужени ТС измести за 4 до 5 метара новоподигнуту зграду јер му она затвара са западне стране два прозора на његовој згради са које му једино долази светлост у зграду“... „Суд налази да не може бити речи о сметању неког права јер су зграду почели истовремено да подижу а он му је скренуо пажњу да на тој страни не оставља прозоре. А иначе је могао да отвори прозор са источне стране.“ — Одлука Општинског суда је Г-591/52.

Затим, имамо службености јавне и скривене, према томе да ли је њихово вршење видљиво или није. Углавном су позитивне јавне, а негативне скривене. Код позитивних се њихово вршење испољава одређеним радњама, а код негативних се то може приметити тек са повредом права, сметањем коришћења службености.

Постоји подела службености на континуиране и дисконтинуиране. Изгледа да ова подела није без основа. Пре свега она може имати практичан значај приликом утврђивања карактера једне службености, а нарочито код доказивања да је службеност као право била коришћена. Било је случајева да је туженик оспоравао тужиоцу да је службеност користио, мада је очигледно да је тужилац због својих потреба ради коришћења свог добра то морао чинити. Наиме, приликом деобе непокретности установљено је право пролаза преко дворишта. Тужени је оспорио постојање овог права наводно зато што га тужилац није никад користио. Када су му предочене стварне непосредне околности, тужени се брани да уколико је тужилац и пролазио онда је то вероватно чинио ноћу када га нико није видео. — Одлука Општинског суда Г-361/56 и Одлука Окружног суда Гж-555/56. Слични примери нису тако ретки пред судом, па ова појава иде у прилог уважавању поделе на континуиране и дисконтинуиране службености.

Занимљиво је гледиште суда према врстама службености, формулисано у образложењу одлука према коме постоје сезонске и трајне службености. Наиме: „Могло би се закључити да се у овом случају ради о сезонским службеностима које се по својој природи и обиму разликују од сталне службености пута.“ — Одлука Окружног суда Гж-612/63. Ова врста службености не налази своје место у правним правилима нити у правној теорији, пре свега зато што службеност као стварно право не може бити сталног или сезонског карактера. Друго је питање времена и обима коришћења тог права, које не утиче на сам карактер службености.

У судској пракси која је била предмет нашег посматрања најистакнутије место заузеле су пољске службености, а у погледу објеката на којима се врши ово право код пољских службености стање је изгледало овако:

— Коришћење путева који су једини прилаз повласном добру износи 76%, а углавном су у питању узани пољски службени путеви који служе за пролаз пешице и превоз плодова — Одлуке општинског суда Г-151/52, Г-152/52, Г-589/52, Г-208/53, Г-351/54, Г-98/55, Г-361/56, Г-714/59, Г-608/60, и Г-839/61. Одлуке Окружног суда: Гж-136/52, Гж-303/54, Гж-24/55, Гж-609/56, Гж-358/58, Гж-729/58, Гж-791/59, Гж-736/60 и Гж-737/61.

— Узимање воде са извора или из бунара често се појављивало пред судовима као право службености (око 15%). У том смислу су одлуке Општинског суда: Г-281/51, Г-590/52, Г-37/53, Г-171/53, Г-184/54, Г-199/55, Г-1057/55, Г-544/56, Г-717/61, и Г-357/62. Одлуке Окружног суда: Гж-490/52, Гж-21/53, и Гж-609/56.

— Остале службености износе око 9%. У ову групу долазе службености као што су отварање прозора на кући (Одлука Општинског суда Г-591/52), одвођење воде преко туђег земљишта (Одлука Општинског суда Г-1057/55 и Одлука Окружног суда Гж-609/56), одвођење изворске воде цевима (Одлука Општинског суда Г-544/56), прокопавање канала за наводњавање земљишта (Одлука Општинског суда Г-634/58), захтев за уклањање стабала багрених садница (Одлука Општинског суда Г-768/58 и Одлука Окружног суда Гж-638/61). Затим, у ову групу долазе и службености као што је захтев да се забрани подизање стаје у близини бунара, да не би дошло до загађивања воде за пиће (Одлука Општинског суда Г-483/62).

4. Са гледишта карактера поднетих тужби у испитиваном периоду, судије су имале следеће врсте спорова: На првом месту се налазе тужбени захтеви због сметања коришћења права службености, затим долазе захтеви за конституисање права службености и, на крају, захтеви за укидање службености, као и за утврђивање да не постоји тако право.

Спорови вођени у циљу укидања права службености јављали су се највише из побуде да се послужно добро ослободи терета. Али, има случајева да је главни узрок лежао у томе што власник односног добра није у довољној мери поштовао начело рестрикције службености.

Код спорова за утврђивање или признавање права службености карактеристично је то да су у суштини чешће били у питању захтеви ради санкционисања постојећег, стеченог права, а мања ради конституисања новог права службености. У већини случајева тужбени захтеви били су мотивисани потребом веће правне сигурности — углавном највише због непостојања земљишних књига на односном подручју. У оваквим случајевима одлука суда треба да обезбеди титулара службености од тренутног или будућег узнемиравања у мирном коришћењу његовог права. Ово најбоље показују примери из којих се види да се титулар обратио суду ради добијања заштите због узнемиравања, односно кад је дошло до сметања у коришћењу права службености. Али, суд је тужбени захтев одбио због тога што је протекло више од месец дана од момента учињене сметње и због тога тужилац истиче да је закаснио да тражи отклањање сметања па захтева „да се отвори стари службени пут”. Разумљиво, овакве захтеве суд

је углавном усвајао (Одлука Општинског суда Г-225/54 и одлуке Окружног суда Гж-21/53, Гж-303/54 и Гж-476/54). Узрок овој појави је тај што је суд сметање службености третирао као и сметање државине, односно поседа који се штити сумарним државинским тужбама. Овакав став запажен је како код Општинског тако и код Окружног суда. Међутим, са доста сигурности се може рећи да циљ наведених тужбених захтева није био да се конституише неко ново право које титулар није имао, већ да се заштити од сметњи или оспоравања стечених права. У том смислу је карактеристична Одлука Окружног суда: „Побијаном пресудом утврђено је да тужилац МЈ из села ДГ има право службености за пролаз колима, саонама и стоком путем у атару села ДГ у границама и мерама..., те да је туженик МЈ дужан да му ово право призна у року од 15 дана по правоснажности пресуде под претњом извршења”..., „Тужилац је својом тужбом тражио да му туженик призна право службености пута за свој плац за пролаз колима и саонама у ширини од 2,41 m са источне и западне стране. Првостепени суд је после правилно и потпуно изведеним доказом утврдио на лицу места ширину спорног пута, па је према тако потпуно и правилно утврђеном чињеничном стању на лицу места и одлучио да тужилац има право службености пролаза колима, саонама и стоком у тој ширини а не у оној како је тужилац својом тужбом тражио.” Дакле, наведена Одлука утврђује да МЈ има право службености пролаза, али из тужбених навода се може видети да је он у ствари тим путем пролазио и раније на основу права стеченог одржајем. Међутим, кад му је даљи пролазак оспорен, тужилац, пошто није поседовао никакву исправу о свом праву, морао је да се обрати суду.

5. Као што смо видели, највише спорова вођено је због сметања коришћења права службености. Врло је занимљив став суда приликом одлучивања по овим питањима.

„Побијаним решењем изреком под I утврђено је да је туженик сметао тужиоца у пролазу пешачком стазом на месту званом „Под кућом” у атару села М у границама и мерама описаном у изреци побијаног решења под 1. Изреком под 2 наложено је туженоме да у будуће не смета тужиоца у пролазу описаном путањом у изреци у року од 3 дана по правоснажности решења под претњом принудног извршења.

Противу овога решења уложио је жалбу туженик нападајући исто да је према њему учињена неправда јер првостепени суд није извидео ту чињеницу да ли тужилац може да дође у своју парцелу са које друге стране без икаквих тешкоћа и зашто суд није испитао његове сведоке. Испитујући побијано решење поводом жалбе туженика Окружни суд је нашао: да је жалба неоснована и да је побијано решење правилно јер је првостепени суд после правилно и потпуно изведених доказа преслушањем предложених сведока утврдио правилно чињенично стање да је тужилац пролазио пешачком стазом на које се сада наводи чин сметања још од пре Другог светског рата па све до дана учињеног сметања од стране туженика.

Неосновани су наводи жалбе да првостепени суд није преслушао сведоке на које се туженик позвао, јер се из списка овога спора не види да је туженик ма какав предлог у том правцу у току расправе нити у одговору чинио. Исто тако је неоснован навод жалбе да првостепени суд није се упуштао у оцену питања да ли тужилац се

овога пута на коме је учињено сметање има другог пута за долазак у своје имање, јер предмет овога спора није било укидање права службености тужиоцу већ искључиво сметање поседа те је суд имао за дужност да утврди само последње фактичко стање како је било пре учињеног сметања." — Одлука Окружног суда Гж-бр.676/56.

Стиче се утисак да суд на сметање службености гледа исто као и на државину ствари, па вероватно због тога утврђује „само последње фактичко стање". Али службеност је право, што значи нарочит друштвени однос а не фактичко стање. Службеност значи ограничење својине власника послужног добра. Ради тога поставља се питање да ли је могуће установити сметање службености иако је, на пример, последње фактичко стање остало непромењено? Ако бисмо се доследно придржавали заузетог става у напред наведеној пресуди, онда тако нешто није могуће. Али има примера који кажу да је суд утврђивао постојање сметања службености и кад нису биле наступиле никакве промене, односно кад последње фактичко стање није било нарушено, већ:

„Налаже се туженику МС да не смета у будуће МБ у коришћењу спорне путање за прилаз пешице и захватању воде из бунара у року од 24 часа и пре извршености решења." У образложењу исте одлуке стоји: „тужилац тврди да има двориште које се граничи са двориштем туженика у селу Ч. У дворишту туженика постоји бунар са којим се служио тужилац и туженик и то са водом за пиће и друге потребе. Бунар се налази удаљен од међе дворишта тужиоца и тужениковог за 35 м. у дворишту туженика па је тужилац до јуче не сметано захватао воду са овог бунара за пиће. 19. јуна 1962. године туженик је забранио снаји и жени тужиоца да са овог бунара захватају воду а сметао је и тужиоца говорећи да нема права да захвата воду са овог бунара. . . суд је извео доказ саслушањем сведока К. Б. и В., па је ценећи изјаве странака утврдио као неоспорну чињеницу да се тужилац заиста служио захватањем воде са тужениковог бунара и да му је туженик ово захватање забранио како је у изреци речено." — Одлука Општинског суда Г-357/62.

Карактеристичан је и следећи пример којим се „Утврђује да је туженик МД из села СД сметао тужиоца МБ у коришћењу заједничког бунара, на тај начин што је пре 6.10.1961. године преко свог малолетног сина М. забранио тужиоцу сваки прилаз заједничком бунару и наредио да у будуће не прилази том бунару." — Одлука Општинског суда 717/61.

Као што се види, изнети примери говоре да је могуће извршити сметање службености односно да је то учињено мада фактичко стање није нарушено. У ствари у претходној Одлуци суд је заузео правилан став када је у изреци констатовао сметање службености и пружио тражену заштиту тужиоцу, али је образложење Одлуке у контрадикцији кад каже да је „имао за дужност да утврди само последње фактичко стање", јер фактичко стање није било промењено већ, можда, само евентуално психолошко стање, будући да је коришћење права онемогућено обичном претњом. Изгледа да ова контрадикторност није случајна, већ би се могло рећи да она долази отуда што суд изједначаје начин извршења повреде права са фактичким стањем. Међутим, посебно је питање што у циљу утврђивања истине код сметања коришћења права службености суд мора да утврђује чи-

њенично стање и начин на које је сметање извршено, али повреда права се не може третирати исто као и сметање поседа. Због тога може се поставити питање да ли је правилан став суда у парницама код сметања службености када је утврђивао само последње фактичко стање.

6. У покретању великог броја спорова често је обим службености био присутан мотив. Илустрације ради наводимо два карактеристична примера.

1) Титулар службености ДМ власник је једне мочварне ливаде у селу П. До своје ливаде пролазио је службеним путем преко воћњака РМ. Овај службени пут користио је у време кошења и превоза сена са ливаде. Године 1961. власник ливаде ДМ ископао је канал, исушио ливаду, затим је поорао и претворио у врт. После тога од ископаног канала хтео је да превезе велику количину земље. Међутим, власник послужног добра РН забрањује му да користи дотадашњи службени пут за превоз земље као и за пролаз ради обављања радова у врту, истичући да се тиме отвара стални пут, а до сада је власник повласног добра имао право да ту пролази само у време косидбе. Штета коју би од тог пролажења имао РН не може се накнадити, јер службеност пролаза коју је ДМ користио само у сезони кошења сена практично се претвара у стални пут, а њему, власнику послужног добра фактички, остаје само гола својина, што је у супротности са принципом да се што више штеди послужно добро. — Одлука Општинског суда број Г-443/63. 2) И други пример је сличан: — повласно добро је њива коју је титулар службености претворио у воћњак, дакле извршена је промена културе повласног добра. — Одлука Окружног суда Гж-бр. 527/63.

Колико је познато, судска пракса није изградила јасан и чврст став нити је потпуно јединствена према овом проблему — обиму службености. Српски грађански законик у свом параграфу 345. садржи следеће правило:

„Који право на службеност има, он истина то по вољи може употребити на онај начин који се њему најсходније види, али му никако не припада право службености распрострајети на даље, но мора се задржати у границама оним, које су или по самој природи или по израженој вољи господара служећег добра, опредељене.”

Као што видимо, Српски грађански законик одређује извесне границе обима службености, додуше доста еластично, а као критеријум узима природу самог добра. Суд углавном полази од „нормалне и уобичајене потребе повласног добра”, као и од наслеђене животне праксе код појединих врста службености. Али, није спорно да се обим службености одређује према нормалној потреби повласног добра односно према његовој природи, уз истовремену обавезу што веће штедне послужног добра, већ је проблем у томе што недостаје прецизан одговор на питање шта је то „нормална и уобичајена потреба”? Да ли су границе потреба као и природа послужног добра, једном за увек одређене? Могу ли се признати веће савременије потребе које су последица примене вишег ступња науке и технике? У вези са тим, да ли повласно добро може да промени своју намену, иако би то довело до увећаног обима коришћења службености. Уколико не може, зар не бисмо у том случају вршили ограничење својине и

власника повласног добра, у чијем је интересу право службености и установљено.

Без претензија да дајемо коначан одговор на ова питања, имајући у виду снажан развој технике, производње, науке и културе, са доста сигурности се може тврдити да потребе нису статичне, већ да се проширују, расту, а то изазива померање граница обима права службености. У прилог томе говори и чињеница да имамо Закон о искоришћавању пољопривредног земљишта, који обавезује власнике земље да приликом обрађивања и организовања земље на земљишту примене прописани минимум агротехничких мера. Према томе, прилично је извесно да ће добро, на коме је конституисана службеност, услед наведених нових околности морати да трпи већи терет и да обим службености може бити већи. Али, поставља се питање да ли је онда то она иста садржина права која је раније била, или се она променила. Но, и поред ових напомена сматрамо да обим службености не би требало да буде препрека и сметња за интензивније коришћење повласног добра, а нарочито уколико је реч о вишем ступњу примене науке и технике. Принцип рестрикције службености тиме се не доводи у питање већ само његова еластичнија примена, а начин на који ће се компензирати власник послужног добра зависи од конкретних случајева. При томе не треба искључити ни могућност давања накнаде власнику послужног добра, уколико пре што услед савременијег коришћења свог повласног добра он има и веће користи, па није право да други због тога буде оштећен.

7. Ако обим службености не треба да буде препрека за интензивније коришћење повласног добра, морамо бити веома обазриви и не смемо допустити да се под видом пуног коришћења свог права тј. обима службености изврши евентуална злоупотреба права. У том смислу занимљива је Одлука чији диспозитив гласи: „1. Утврђује се да је туженик РР сметао тужиоца РЗ у мирном коришћењу захватања воде са извора на тај начин што је на дан 1. августа 1952. године на удаљености од 8 метара од тужиоачевог извора ископао бунар на свом земљишту, који се налази у атару села Б. на месту званом „поток” у мерама и границама: ..., и тиме пресекао жицу воде која има везу са тужичевим извором. 2. Налаже се туженику да спорни бунар затрпа земљом у року од 8 дана по правоснажности ове одлуке.” — Одлука Општинског суда Г-358/52. Занимљива је чињеница да и другостепени, Окружни суд, решавајући по жалби као и првостепени, налази да у конкретном случају постоји сметање службености. Нама се чини да је овакав став суда неправилан. Пре свега, службеност се може односити само на туђу ствар а никако на своју. Ако неко има извор на свом земљишту, па му сусед пресече жицу воде на тај начин што ископа бунар, такође на свом земљишту, то може бити само злоупотреба права, а ни у ком случају сметање службености. У конкретном случају може се рећи да се ради о школском примеру коришћења права својине, односно злоупотреба права, јер се таквим коришћењем свог права другоме наноси штета.

8. Анализирајући првостепене и другостепене одлуке суда само на овом сразмерно малом подручју, запазили смо појаву да је доказивање права службености пред судом ишло доста тешко, што је имало за после-

дицу да парнице трају дуже. Томе много доприноси чињеница непостојања земљишних књига на овом подручју. Пошто не постоје јавне исправе као ни други писмени докази, разумљиво је што су сведоци скоро једино доказно средство. Због тога, ако је тигулар закаснио да благовремено тражи заштиту ради отклањања сметања службености, он је морао да се тужбом обраћа суду да суд утврди постојање службености, иако је фактички то право он поседовао и користио. Из истог узрока у више случајева су вољени спорови само ради тога да се „отвори стари службени пут”. Недостатак земљишних књига се тим теже одржава због чињенице да је највећи број службености стечен одржајем. Имајући у виду овакво стање, неки правници сматрају да службености треба убележавати у катастарске планове, јер, иако катастар не води исправе које служе као доказ о стварним правима, сама чињеница уписивања овог права у катастар на подручју где не постоје земљишне књиге, позитивно би утицала на смањење броја спорова и допринела већој правној сигурности. У прилог томе као најбољи аргуменат говори пракса. Наиме, тамо где је службеност била забележена и катастарским плановима, доказивање је било олакшано а поступак краћи.

Према томе, могло би бити веома корисно кад би се један примерак судске одлуке којом се установљава службеност достављао уреду за катастар. Али, треба напоменути да има и супротних мишљења, која полазе пре свега од чињенице да катастар није обавезан да ради ове послове, зато што не постоје прописи који би га обавезивали да то чини. Кад имамо у виду ову ситуацију, онда је сасвим разумљиво што до сада судска пракса није ишла у том правцу нити су судске одлуке достављене уреду за катастар. Но и поред тога, нама се чини да мишљење које се залаже да се службености „евидентирају” заслужује пажњу.

9. Иако у микроразмерама, посматрајући изнете примере службености у судској пракси, уочили смо да личне службености не играју тако рећи никакву улогу у грађанскоправним односима. Али, насупрот њима, стварне службености и те како долазе до изражаја у безбројним ситуацијама грађанскоправних односа. Због чега личне службености немају већи значај, објашњење треба тражити у промењеним друштво-економским односима. Већа брига заједнице у решавању стамбених и социјалних питања на ширем плану, пружа много већу сигурност лицима којима је таква помоћ потребна, него што би се то постигло на основу уживања права службености, као што је плодоуживање, становање и сл. Затим, усвајањем прогресивних начела у нашем законодавству као што су: једнакост мушкараца и жене у свим питањима, изједначење ванбрачне и брачне деце и др. довело је до нестанка неких правних установа, као што је био удовички ужитак и др. Све те друштвене промене утицале су да личне службености скоро сасвим изгубе значај у нашем друштву.

Насупрот личним, стварне службености су корелат и функција својине, и то углавном индивидуалне својине. Оне су везане за конкретну ствар и представљају допунски механизам, врло погодан, који регулише и помаже нормално развијање својинских односа и коришћење права својине. Ове службености се увек односе на неку одређену непокретну ствар и прате својину те ствари.

Тамо где на други начин није могуће обезбедити власнику несметано коришћење његове ствари, нужно се намеће конституисање права службености. Због тога је и разумљиво што стварне службености и данас имају велики значај у нашем праву.

Нека питања која се јављају у вези са практичном применом овог института, као што су доказивање права, сметње службености, обим службености и др., вероватно ће бити решена доношењем позитивних прописа из ове области.

Мирољуб Савић

ОСВРТ НА ДВА УЏБЕНИКА СОВЈЕТСКОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Коллектив авторов: Уголовный процесс РСФСР. Под общей редакцией проф. В. Е. Чугунова и доцента А. Д. Кокорева. Издательство Воронежского Университета, Воронеж, 1968 (1). Коллектив авторов: Уголовный процесс. Под редакцией проф. М. Н. Чельцова. Изд. „Юридическая литература”, Москва, 1969 (2).

Ова два уџбеника су се појавила у кратком временском размаку један за другим и представљају најновији прилог уџбеничкој литератури кривичног процесног права у СССР. Редакција је и у једном и у другом случају у рукама веома угледних совјетских процесуалиста, који су истовремено и коаутори, док су сарадници претежно млађи научни радници. Проф. Чельцов је писац самосталног уџбеника „Совјетски кривични поступак”, чије је 4. поправљено и прерађено издање објављено 1962 (3). Од његових ранијих дела вредно је посебно поменути „Курс совјетског кривичног процесног права”, који је широко заснован и од кога је 1957. изишао први том „Преглед историје суда и кривичног поступка робовласничких, феудалних и буржоаских држава” (4). Треба зажалити што ово дело још увек није у целини објављено. Проф. Чугунов је процесуалиста и криминолог. Његово интересовање је посебно посвећено кривичном поступку социјалистичких држава. Тако је објавио монографије о кривичном поступку Чехословачке и Кине, а 1967. се појављује као редактор и коаутор монографије колектива аутора „Кривични поступак социјалистичких држава Европе” (5). У овој монографији дато је место и кривичном процесном праву СФРЈ. Најмлађи од редактора је доцент Кокорев, веома савестан научни радник.

1. Пре него што би било речи о наведеним уџбеницима треба рећи да је совјетска литература кривичног процесног права за последњих десетак година обogaћена низом значајних радова, међу којима посебно место заузимају монографије о многим кривичнопроцесним проблемима. Овде ће бити учињен кратак осврт на неке од ових радова, како би горњи исказ нашао и своју потврду.

Један од доајена совјетских процесуалиста и веома плодан правни писац, проф. М. С. Строгович, објавио је 1958. опсежно дело „Курс совјетског кривичног поступка” (6). Овом његовом делу претходио је већи број

(1) И. И. Малхазов, В. Е. Чугунов, З. Ф. Коврита, А. Д. Кокорев, Р. В. Литвинов, В. А. Стрёмовский, В. П. Нажимов, Т. В. Альшевский и Г. Ф. Горский. Уголовный процесс РСФСР. Под общей редакцией проф. В. Е. Чугунова и доцента А. Д. Кокорева. Издательство Воронежского университета, Воронеж, 1968. Скраћено цит.: Уџбеник А.

(2) Чельцов М. А., Радков В. П., Лупинская П. А., Агеева Г. Н., Дьяченко М. С., Рошин В. Н., Никифоров В. М., Тыричев И. В., Максимов С. С., Евтеев М. П., Бахарев Б. М. и Альшудль Ю. В.: Уголовный процесс. Под редакцией проф. М. А. Чельцова. Изд. Юридическая литература”, Москва, 1969. Скраћено цит.: Уџбеник Б.

(3) Проф. М. А. Чельцов: Советский уголовный процесс. Издание 4-е, исправленное и переработанное. Государственное издательство Юридической литературы, Москва, 1962. Друго издање овог уџбеника из 1951. преведено је на немачки језик. (М. А. Tschelzow: Der Sowjetische Strafprozess. Deutscher Zentralverlag, Berlin, 1958).

(4) Проф. М. А. Чельцов-Бебутов: Курс советского уголовно-процессуального права. Том первый: Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. Государственное издательство Юридической литературы, Москва, 1957.

(5) Коллектив авторов: Уголовный процесс зарубежных социалистических государств Европы. Под редакцией проф. В. Е. Чугунова. „Юридическая литература”, Москва, 1967.

(6) Проф. М. С. Строгович. Курс советского уголовного процесса. Издательство Академии наук СССР, Москва, 1958.

монографија, као и уџбеник кривичног поступка, који је преведен 1948. на српскохрватски језик ⁽⁷⁾. Незгода овог курса је што је био написан у време док је текла реформа совјетског кривичног процесног права, те није могао да узме у обзир данас важеће законике кривичног поступка совјетских социјалистичких република, који су донесени у време од 1959. до 1961 ⁽⁸⁾. Међутим, независно од овог, дело проф. Строговича има велику вредност за совјетско кривично процесно право и његово упознавање.

1960. изишло је из штампе дело „Преглед развоја совјетске науке кривичног поступка” од проф. Н. Н. Пољанског ⁽⁹⁾. У овом раду аутор је с много спретности изложио историју совјетске мисли у науци кривичног поступка од 1917. до XXI конгреса партије, с којим је почео нови период у развоју совјетске правне науке. Тако се ово дело појављује као значајан извор за сазнање многих и различитих схватања кривичнопроцесних проблема у совјетском праву.

Нека буду поменуте и две монографије П. С. Ељкиндове: „Суштина совјетског кривичног процесног права” (1963) ⁽¹⁰⁾ и „Тумачење и примена норми кривичног процесног права” (1967) ⁽¹¹⁾. Разматрајући проблематику суштине совјетског кривичног процесног права, Ељкиндова с коректном научном аргументацијом заступа схватање кривичног поступка као кривичнопроцесног односа. Ово схватање није било ни раније страно совјетској науци, али се без устезања може рећи да није било брањено с довољно залагања. У другој монографији Ељкиндова веома пажљиво обрађује кривичнопроцесне норме, њихово тумачење и примену. Ова проблематика је стално актуелна, нарочито када се хоће да отклоне техницизам и пренаглашеност форме у кривичном процесном праву.

За област доказа веома је значајно дело „Теорија доказа у совјетском кривичном поступку”, први том — општи део (1966) и други том — посебни део (1967) ⁽¹²⁾. Ову опсежну студију изradio је колектив аутора из Свесавезног института за изучавање узрока криминалитета и припремање мера за његово отклањање ⁽¹³⁾, на челу са редакцијским колегијумом и одговорним редактором доктором правних наука Н. В. Жогином. Вредност овог дела долази посебно до изражаја кад се има у виду штетни утицај учења Вишинског на теорију и праксу код доказа у кривичном поступку.

Треба поменути и присуство коментара. Тако, нпр. „Коментар ЗКП РСФСР”, прво издање 1963, општа редакција В. А. Болдырева ⁽¹⁴⁾ и друго издање 1965, редакција А. Н. Смирнова ⁽¹⁵⁾.

После овог треба се вратити уџбеницима кривичног поступка и одмах установити да и један и други, независно од својих наслова, обрађују у наслону на опште савезно законодавство кривични поступак РСФСР.

(7) М. С. Строгович: Кривични судски поступак. Изд. Научна књига, Београд, 1948.

(8) Види Предговор Д. В. Димитријевића преводу на српскохрватски Законика о кривичном поступку РСФСР. Изд. Институт за криминолошка и криминалистичка истраживања, Београд, 1967.

(9) Н. Н. Полянский: Очерк развития советской науки уголовного процесса. Издательство Академии наук СССР, Москва, 1960.

(10) П. С. Елькинда: Сущность советского уголовно-процессуального права. Издательство Ленинградского университета, Ленинград, 1963.

(11) П. С. Елькинда: Толкование и применение норм уголовно-процессуального права. Изд. „Юридическая литература”, Москва, 1967.

(12) Коллектив авторов: Теория доказательств в советском уголовном процессе. Том I: Часть общая. Том II: Часть особенная. Редакционная коллегия: Жогин Н. В., Карпец И. И., Чочаров Г. И., Кудрявцев В. Н. и Миньковский Г. М. Издательство „Юридическая литература”, Москва, 1966—1967. Приказ овог дела од В. А. Василијевића у часопису *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 2, стр. 331—339, Београд, 1968.

(13) В. А. Василијевић: Свесазни институт за испитивање узрока и разраду мера за спречавање криминалитета и основна питања у вези с његовим радом на проучавању криминалитета у СССР. *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 4, стр. 565—578, Београд, 1967.

(14) Коллектив авторов: Научно-практический комментарий к уголовно-процессуальному кодексу РСФСР. Под общей редакцией В. А. Болдырева. Государственное издательство Юридической литературы, Москва, 1963.

(15) Коллектив авторов: Научно-практический комментарий к уголовно-процессуальному кодексу РСФСР. Издание второе, исправленное и дополненное. Под редакцией А. Н. Смирнова. Издательство „Юридическая литература”, Москва, 1965.

2. Посебну пажњу привлачи систематика ових уџбеника, јер показује готово потпуну подударност с наставним програмом за кривични поступак као предмет правног образовања на правним факултетима у СССР⁽¹⁶⁾. Поставаља се питање о односу између научног система обраде једне правне дисциплине и дидактички израђеног наставног програма ове дисциплине као предмета правног образовања. По нашем схватању, научни систем мора бити слободан. Он је дужан да обради наставно градиво, али не и да се идентификује с темама и тезама наставног програма. Само тако научни систем представља стално стваралаштво и омогућава обухватање нових садржаја и кретања. Услед идентификације с наставним програмом ни један ни други уџбеник кривичног поступка нису развили потребан научни систем. У њиховом систему нема основне поделе кривичног процесног права као релативно самосталне дисциплине на општи и посебни део. Ову поделу изискује уопштавајућа апстракција у научном раду и она не сме бити занемарена. Рекли бисмо да ову поделу поштује и ЗКП РСФСР у једном неразвијеном али присутном изразу одеља првог његове систематике (*опште поставке*). Научни систем у најопштијим потезима мора се састојати из увода, општег и посебног дела. У даљој изградњи он се мора ослањати на главне институте кривичног процесног права и велике етапе кривичног поступка. Но, слабости у систему не мора да носе собом и недостатке код обраде кривичнопроцесне проблематике, али је у сваком случају најбоље ускладити научни систем и обраду проблема уз одговарајуће респектовање наставног програма.

3. Појам кривичног поступка и кривичног процесног права дат је и у једном и у другом уџбенику потпуно јасно и одређено. У уџбенику А совјетски кривични поступак је дефинисан као „на закону и истинским демократским принципима заснована делатност органа истраге, јавног тужилаштва и суда, уз учешће друштва, као и у вези с тим настали правни односи, који су усмерени на откривање кривичних дела и решење кривичних ствари...“⁽¹⁷⁾. Што се тиче социјалистичког кривичног процесног права, речено је „да оно изражава и регулише друштвене односе који су у складу с током поступка у кривичним стварима, њиме се регулишу делатност органа истраге, јавног тужилаштва и суда, као и правни односи који настају између ових органа и других учесника поступка“⁽¹⁸⁾. У уџбенику Б истиче се као најглавније да је кривични поступак „делатност суда, органа јавног тужилаштва, истраге и извиђања, који воде активну борбу против кривичних дела. Ова делатност је строго правног карактера и њоме се остварују процесним правом установљене обавезе и овлашћења поменутих органа“⁽¹⁹⁾. „Совјетско кривично процесно право је систем правних норми које регулишу делатност истраге и претреса ствари о кривичним делима, као и односе до којих долази у току ове делатности између појединих државних органа, између ових органа и кривичнопроцесних учесника и између поменутих органа и друштвених организација, установа и појединих грађана“⁽²⁰⁾.

Изложене дефиниције јасно одређују и кривични поступак и кривично процесно право. Но, након извесних приговора оне показују и одређене слабости.

У совјетским уџбеницима које разматрамо пришло се најпре кривичном поступку, а потом кривичном процесном праву. Кривични поступак се посматра као друштвени феномен, а да при том није у довољној мери истакнуто да је он акциони израз кривичног процесног права. Несумњиво је да на кривични поступак као друштвену појаву делују материјалне, кул-

(16) Наставни план правног образовања на правним факултетима у СССР је јединствен и утврђен од стране Министарства за више и средње специјално образовање СССР. Исто тако, утврђени су и наставни програми предмета, те међу њима и *совјетског кривичног поступка*. Настава *кривичног поступка* се обавља са 70 часова предавања и 70 часова практичних вежби. Настава се изводи у 5. и 6. семестру.

(17) Уџбеник А, стр. 9.

(18) Уџбеник А, стр. 13.

(19) Уџбеник Б, стр. 9—10.

(20) Уџбеник Б, стр. 16.

турне и политичке компоненте датог друштва-државе, као и стратегија и тактика борбе против криминалитета, али њега изграђује и оживотворава кривично процесно право. После овог, од интереса је *пукотина* која се јавља између *делатности* и *кривичнопроцесних односа*, наиме, рекло би се да постоје делатности које су ван односа и делатности које доводе до формирања односа, те су тако и обухваћене односима. Овакво схватање је неприхватљиво. Оно је засновано на опажајно примарном, тј. на непосредно виђеном. У њему има нечега што је својствено природним наукама. За нас је од интереса кривичнопроцесни однос као рационално примарни институт кривичног процесног права. Кад овај однос има одлике социјалистичких друштвених односа, онда је и кривично процесно право социјалистичко. Делатности или, боље речено, кривичнопроцесне радње резултирају из кривичнопроцесних односа и у погледу свог јављања и у погледу своје структуре и вршења. Посредством кривичнопроцесних радњи проверава се ваљаност кривичнопроцесних односа. Према томе, спорна је и основаност сврставања делатности и односа у дефиницију кривичног процесног права, као што је, на другој страни, спорно и уношење односа поред делатности у дефиницију кривичног поступка као акционог израза кривичног процесног права. У првом случају довољан је однос, а у другом делатност. Међутим, шта рећи о *пукотини* између делатности и процесних односа. Из схватања које је овде кратко скицирано, а које носи наслов „друштвено (рационално) — динамичко“⁽²¹⁾ схватање кривичног поступка, излази да се кривичнопроцесне радње и кривичнопроцесни односи међусобно обухватају, те да је и поменута *пукотина* резултат извесне погрешке у третману кривичнопроцесног односа. Ове *пукотине* неће бити, ако се схвати присуство кривичнопроцесног односа у латентном и отвореном виду. О латентном виду кривичнопроцесног односа говори се у оним процесним ситуацијама или етапама кад друга страна није присутна, а присутни партнер је дужан да води рачуна о њеним интересима. Партнер који коначно може да нанесе штету овим интересима свакако је орган кривичног правосуђа. Латентни вид кривичнопроцесног односа не налазимо ни у уџбенику А ни у уџбенику Б, иако ЗКП РСФСР о њему води рачуна у чл. 20, ст. 1. Законодавац дословно прописује: „Суд, јавни тужилац, истражник и лице које врши извиђај дужни су да предузму све законом предвиђене мере ради свестраног, потпуног и објективног истраживања околности ствари и да открију како окривљујуће тако и ослобађајуће околности по окривљеног, а такође и околности које отежавају и ублажавају његову кривицу.“ Дакле, уз одређену коректуру појављена *пукотина* се губи, а самим тим долази и до правилног повезивања кривичнопроцесних радњи и кривичнопроцесних односа. На крају, али не и као мање важно, кад је реч о поменутим дефиницијама, треба рећи да није извршено потпуно уопштавање кривичнопроцесних субјеката и одређен њихов генусни појам, јер да је то учињено, не би дошло до уношења наслова субјеката по врсти. После потпуног уопштавања остаје као генусни појам само *кривичнопроцесни субјекат*. Тако се, у крајњој линији, поред предмета и задатка кривичног процесног права у његову дефиницију имају уградити као највиши и основни институти кривичнопроцесни субјекат и кривичнопроцесни однос⁽²²⁾.

4. У разматраним уџбеницима пажњу привлаче и ставови о кривичнопроцесним функцијама, утолико пре што у совјетској литератури кривичног процесног права нема сагласности у погледу броја процесних функција. С мањим изражајним разликама и у једном и у другом уџбенику под појавом кривичнопроцесне функције подводи се усмереност делатности органа или лица у кривичном поступку⁽²³⁾. Међутим, приликом истраживања самих функција долази до неслагања. Тако, према схватању израже-

(21) А. В. Димитријевић: Кривично процесно право. Друго прерађено издање. „Савремена администрација“, Београд, 1965. Скраћено цит.: Димитријевић 1. V. стр. 14.

(22) Димитријевић 1, стр. 12.

(23) Уџбеник А, стр. 10. Уџбеник Б, стр. 11.

ном у уџбенику *А*, у поступку постоје следеће функције: а) функција окривљења; б) функција одбране; и в) функција решења кривичне ствари⁽²⁴⁾. С друге стране, у уџбенику *Б* истакнуте су као основне функције: а) судска функција; б) функција надзора ради тачне примене закона; в) функција истраге; и г) функција одбране⁽²⁵⁾.

Ближим критичким посматрањем како дате дефиниције тако и набројаних функција треба утврдити одрживост изложених ставова о кривичнопроцесним функцијама.

Појам функције се у литератури различито дефинише⁽²⁶⁾. Дефиниција коју су аутори дали у разматраним уџбеницима у потпуности је прихватљива, посебно као радна (операционална). Но, запажа се да аутори, приликом изналажења врста функција, нису у довољној мери поштовали елемент дефиниције који казује да је реч о усмерености, односно о циљности делања *органа или лица* у енциклопедијском смислу речи. Да је ово респектовано, не би ни дошло до набрајања процесних функција, а да се претходно не одреде критеријуми еманципације и класификације функција. Зато је целасходнији став, изражен у уџбенику *А*, који говори о *основним функцијама*, нако не следи у довољној мери мисао коју смо истакли. Овде се осећа последица неизграђености највишег појма кривичнопроцесног субјекта и класификације субјеката у кривичном поступку⁽²⁷⁾ и у уџбенику *А* и у уџбенику *Б*, јер да је ово учињено, правилна класификација и номинација функција наметнуле би се саме по себи. Исто тако, да је у научни систем излагања унесен принцип одељености кривичнопроцесних функција као посебан принцип општег карактера у области процесних субјеката⁽²⁸⁾, искристалисале би се и функције у својој разноврсности и одговарајућој класификацији. После овог могло би се говорити о свакој од истакнутих функција, али би то, чини нам се, прелазило оквири овог приказа. Једино бисмо напоменули да нема никаквих разлога клонити се класичних наслова за три главне процесне функције. При овом се имају на уму функција оптужбе у најширем смислу речи, функција одбране и судска функција.

5. За кривичнопроцесне принципе је у уџбенику *А* речено да су то основна начела на којима је изграђен кривични поступак, да су у њима садржане руководне идеје, да имају нормативан карактер и да су у крајњој линији руководеће правне поставке, које прожимају читав кривични поступак. Њихов значај је сагледан у томе да они изражавају најбитније црте и својства совјетског кривичног поступка⁽²⁹⁾. У уџбенику *Б* принципи су дефинисани као руководеће поставке утврђене правним нормама, које изражавају социјалистичку природу совјетског кривичног поступка, његова основна обележја и његов доследан демократизам⁽³⁰⁾. Нема сумње да су ова два схватања веома слична једно другом. Да бисмо их упоредили са нашим схватањем кривичнопроцесних принципа, ево и наше дефиниције: „Кривичнопроцесни принципи представљају основне правне поставке, које су садржајно руководне идеје, а акционо основни захтеви једног система кривичног поступка.” Према томе, оно што недостаје сов-

(24) Уџбеник *А*, стр. 11.

(25) Уџбеник *Б*, стр. 11.

(26) Тако, на пример, код нас Ј. Борђевић у свом делу „Нови уставни системи”, друго издање, „Савремена администрација”, Београд, 1964, наводи у погледу нашег Устава СФРЈ следећа три значења појма *функција*: а) функција у најширем значењу обележава општа подучја делатности и обавеза, односно ниво и оквир овлашћења друштвено-политичких заједница; б) функција у више мање класичном значењу представља скуп одређених права и дужности, нпр. „функција власти”, или само једну грану те опште функције или делатности, нпр. „судска функција”; и в) функција у ужем смислу речи обележава конкретно овлашћење појединих функционера или извршилаца закона (в. стр. 60).

(27) Димитријевић 1, стр. 81. и 87.

(28) Димитријевић 1, стр. 85.

(29) Уџбеник *А*, стр. 38. и 39.

(30) Уџбеник *Б*, стр. 40.

јетским ставовима о принципима јесте њихов акциони захват, који на одређен начин указује на стално присутну динамичност кривичног поступка.

Приказ кривичнопроцесних принципа је поједностављен и они се износе простим набрајањем. Недостају било који критеријуми њиховог вредновања и класификације. Због тога су могући приговори како у погледу селекције тако и самог излагања принципа.

У уџбенику А у кривичнопроцесне принципе сврстани су: 1) принцип социјалистичке законитости; 2) принцип јавноправности (официјелности); 3) принцип неприкосновености личности, стана и тајности преписке; 4) принцип вршења правосуђа само од стране суда; 5) принцип вршења правосуђа на темељу једнакости грађана пред законом и судом; 6) принцип разматрања ствари од изабраних судија; 7) принцип учешћа у суду народних поротника и зборности приликом разматрања ствари; 8) принцип независности судија и њихове потчињености само закону; 9) принцип националног језика у судском поступку; 10) принцип јавности судског претреса; 11) принцип непосредности, усмености и непрекидности судског претреса; 12) принцип обезбеђења права на одбрану окривљеном; 13) принцип расправности; 14) принцип објективне истине у кривичном поступку; и 15) принцип учешћа друштва у кривичном поступку ⁽³¹⁾.

С друге стране, уџбеник Б набраја следеће кривичнопроцесне принципе: 1) принцип социјалистичке законитости; 2) принцип неприкосновености личности; 3) принцип вршења правосуђа у кривичним стварима само од стране суда; 4) принцип вршења правосуђа на темељу једнакости грађана пред законом и судом; 5) принцип учешћа народних поротника и зборности приликом разматрања ствари; 6) принцип изборности судија и народних поротника; 7) принцип независности судија и њихове потчињености само закону; 8) принцип националног језика у судском поступку; 9) принцип усмености судског претреса; 10) принцип обезбеђења права на одбрану окривљеном; 11) принцип свестраности, потпуности и објективности истраживања околности ствари; 12) принцип оцене доказа према унутрашњем убеђењу; 13) принцип надзора Врховног суда СССР и врховних судова савезних и аутономних република над судском делатношћу; 14) принцип надзора јавног тужиоца у кривичном судском поступку; и 15) принцип учешћа друштва у кривичном судском поступку ⁽³²⁾.

Путем обичног упоређивања запажа се да су аутори дали много места принципима уређења правосуђа уопште и да нису извршили никакву класификацију истакнутих принципа. Поред тога, има принципа које срећемо у једном али не и у другом уџбенику. Тако су у уџбенику А истакнути принципи јавноправности, принцип расправности и принцип објективне истине у кривичном поступку, а у уџбенику Б ови принципи нису набројани. С друге стране уџбеник Б указује на принцип оцене доказа према унутрашњем убеђењу, док у уџбенику А нема овог принципа. Истина, аутори не подводе увек под исте наслове истоветне садржаје, али ово не може да оправда одсуство неких принципа. Тако је на пример, у уџбенику Б принципом социјалистичке законитости обухваћен и принцип јавноправности. Овде треба имати на уму Линеову (Linné) мисао: „Nomina si nescis, perit et cognitio rerum”.

Шта рећи о пренаглашеној пажњи према принципима уређења правосуђа уопште у оквиру изношења принципа кривичног поступка? Одговор би био, чини нам се, једино могући, да аутори нису у довољној мери поштовали релативну самосталност правосуђа уопште ни као гране законодавства ни као посебне дисциплине у односу на кривични поступак. Осим тога, они се поглавито задржавају на принципима карактеристичним за уређење и рад суда, а запостављају принципе уређења и рада других правосудних органа, на пример јавног тужилаштва и органа који врше изврбај.

(31) Уџбеник А, стр. 42. и сл.

(32) Уџбеник Б, стр. 42. и сл.

Дакле, целисходно је ограничити се само на принципе карактеристичне за кривични поступак, а другим принципима било правног система уопште било правосуђа дати само онолико места колико је то неопходно за постављање, изградњу и разумевање одређеног система кривичног поступка. С овом основном поставком неминовно је повезати класификацију принципа. Што се тиче критеријума класификације, он се мора заснивати на вредности принципа с којом они доприносе изградњи кривичнопроцесних појмова и остварењу кривичнопроцесног задатка. Истовремено треба прихватити и схватање о *привезивању* принципа, приликом њиховог излагања, за кривичнопроцесне појмове и за сам систем кривичног поступка. Ово последње омогућава да се сагледа и провери примењивост самог принципа.

Селекција кривичнопроцесних принципа, коју сами заступамо, обухваћена је њиховом поделом на *основне, опште и посебне* принципе. Основни принципи се непосредно везују за остварење кривичнопроцесног задатка, а општи принципи су својствени кривичном поступку као кривичнопроцесном односу и одређују његову природу. Најзад, посебни принципи су својствени кривичнопроцесним појмовима (институтима) и према томе у којој мери обухватају односни појам могу имати *општи* и *особени* карактер. На овом месту изнећемо само основне и опште принципе. Основни принципи су принцип законитости, принцип постојаности кривичне ствари, принцип истине и принцип вишестепености кривичног поступка. Општи принципи су принцип оптужбе, принцип расправности, принцип активности кривичног суда, принцип слободног судијског уверења, принцип јавности, принцип усмености, принцип непосредности и принцип процесне економије.

6. У приказу поменутих уџбеника задржали смо се само на неколико основних питања, настојећи да критички размотримо ставове аутора, као и да сами кажемо шта мислимо. Било би од интереса да се претресе још читав низ питања, али приказ не може да обухвати све.

Уопште узев, ово су добри уџбеници у класи којој припадају. У њима је савесно обрађен важећи систем кривичног поступка у СССР односно у РСФСР. Њихова корисност се састоји не само у уџбеничком презентирању материје, већ и у доприносу развоју теоријске мисли совјетског кривичног процесног права.

Др Драгољуб В. Димитријевић

Славољуб Попович: АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО. ОБЩАЯ ЧАСТЬ. ПОД РЕДАКЦИЕЙ Ц. А. ЯМПОЛЬСКОЙ. Издательство „Прогресс“, Москва, 1968, 539 стр.

У Совјетском Савезу се већ постојано јављају преводи иностраних дела која дају преглед појединих правних дисциплина у упоредном праву. С тога се мора поздравити и појава превода овог уџбеника који ће свакако пружити совјетским читаоцима основне појмове о југословенском управном праву. За потребе совјетских читалаца проф. Поповић је извесне делове свог уџбеника скратио а негде је допунио у складу са новијим законодавством. Појаву овог превода утолико пре треба поздравити што до ове књиге у Совјетском Савезу није преведена ниједна југословенска књига било које наше правне дисциплине. Стога ваља указати на значај ове иницијативе и очекивати да се и даље настави са упознавањем совјетских правника с појединим правним дисциплинама југословенског права у целини, као и плански приступити преводима појединих дела и монографија и можда настојати да се заједничким снагама упоредноправно обраде поједини правни институти који би могли бити од користи не само за узајамно упознавање већ и за развој совјетског и југословенског права. Да има те узајамне сарадње, не би се могло десити да у уџбенику совјетског

управног права у коме су две главе посвећене упоредном управном праву (социјалистичком и буржоаском) нема ни основних података о југословенском управном праву, а посебно ни једне речи о управном спору и управном поступку. Овде мислим на иначе сажети и прегледни уџбеник совјетског управног права који је објављен 1967. године у Москви под редакцијом проф. А. Е. Лунева (издање Юридическа литература).

За југословенске правнике од посебног је интереса што је истакнути совјетски правник Ц. А. Јампољска дала уводну реч преводу уџбеника проф. С. Поповић. Ц. Јампољска је позната по својим делима која посебно обрађују теорију Управног права, као и Науку о управљању у чијим радовима се увек одражава упорна и постојана тежња за подвргавањем управе праву и поштовање субјективних права грађана. У уводној речи Ц. Јампољска прво указује на значај овог превода за упознавање совјетске јавности са југословенским управним правом. Даје податке о свим наставницима који у Југославији предају управно право посвећујући посебну пажњу академику поч. др Иви Крбеку. Ц. Јампољска у овом свом уводу совјетским читаоцима препоручује књигу и у извесном смислу даје и оцену преведеног уџбеника. Указују само на неке најосновније примедбе које могу дати повода за даље дискусије.

Пре свега, Ц. Јампољска указује да се југословенско управно право разликује од совјетског управног права јер југословенско право, према проф. Поповићу, обухвата само управну функцију, па је стога предмет југословенског управног права ужи од совјетског управног права, јер совјетско управно право обухвата све државне органе који врше наредбодавну и извршну функцију. Посебно указује да самоуправљање не противречи примени начела демократског централизма и стога истиче да је за совјетско право апсолутно неприхватљива критика начела демократског централизма која је видна у уџбенику проф. Поповића.

Ц. Јампољска примећује да југословенско управно право обилује нормама које регулишу управни поступак и управни спор. По њеном мишљењу, до ове опширности дошло је „у доброј намери да се учврсти законитост“. Сматра да многобројне одредбе које регулишу многе детаље поступка постају стога „тешко разумљиве широким слојевима грађана, и самим тим отежавају њихову борбу против незаконитости које вређају њихова права и интерес заснован на закону“ (стр. 16). И у нас се говори о опширности Закона о општем управном поступку. Б. Мајсторовић је недавно објаснио узроке опширности овог закона (Анали, 1969, бр. 1, стр. 107—112). О томе даје објашњења и Љ. Јевтић (Правни живот, 1969, стр. 30—41). Може се још додати да је очигледно да је опширност овог закона, посебно после ослобођења, изазвана потребом да се васпитава нов управни кадар како би се што више заштитила законитост и права грађана. Ваља запазити да је у нас и Закон о општем управном поступку и Закон о управним споровима дошао као одраз тежње да грађанин не буде објект управног поступка већ субјект који има одређена права и који се у случају повреде свог права или интереса заснованог на закону може ефикасно борити. Ц. Јампољска исправно истиче да је „у свему нужна мера па је нужна и мера при правном регулисању ових или оних форми државне делатности, посебно кад је реч о узајамном односу органа државе и грађана“ (стр. 16). Ц. Јампољска посебно указује да је Лењин више пута подвлачно да је неопходно „да се закони пишу јасно како би били разумљиви широким народним слојевима“ (стр. 16). Начелно се потпуно слажемо са овим схватањем, али југословенски Закон о општем управном поступку не пати од нејасноће већ се може говорити само о његовој опширности. Међутим, као што је већ речено, опширност је проузрокована одређеним разлозима. Можда би се Закону о управним споровима могло приметити да је створио сложени систем ванредних правних средстава који није доследан ни развоју југословенског права о чему се и код нас расправља (Анали, 1967, бр. 1, стр. 23—30). Даље, Ц. Јампољска истиче да јој излагања проф. Поповића о друштвеном управљању нису јасна и да излагања о друштвено-политичким организацијама и удруживању грађана, по њеном мишљењу,

нису посветила довољно пажње овим важним и интересантним питањима (стр. 13). Ц. Јампољска подвлачи да југословенски правници дају велики значај самоуправљању, али има утисак, према књизи проф. Поповића (стр. 226), да се „фактички његова суштина своди на учешће радног колектива у органу управљања у регулисању односа унутар органа...” (стр. 11). Саопштавајући овај свој утисак, Ц. Јампољска жали што у књизи у вези са овим проблемом „писац излаже само уставне одредбе и позитивно право док се постојећа пракса не уопштава, а управо је она за нас од посебног интереса” (стр. 12). По мишљењу Ц. Јампољске, писац не даје дубље теоријске основе самоуправљања. Истиче да је додуше проф. Поповић у једном свом ранијем чланку указао на извесне спорне теоријске проблеме у вези са самоуправљањем, „али у овој књизи ова питања нису изложена колико је то било неопходно” (стр. 12). Ц. Јампољска посебну пажњу посвећује излагањима проф. Поповића о деатизацији и у вези с тим примећује: „Не може нас писац убедити у то да преношење надлежности на установе социјалног осигурања, здравствене установе... и просветне установе... указује на деатизацију. Низ ових услова при свем њиховом „самоуправљању” не престају бити државним установама” (стр. 17). Ц. Јампољска даље истиче: „Истина, проф. Поповић ове установе назива „друштвеним службама” и на много страна књиге труди се да укаже на њихове „недржавне” особине. Но такве особине, као непривредни карактер делатности, или функционисање у циљу задовољења општих потреба и чак немогућност примене непосредне принуде, саме по себи ни о чему не говоре. Непривредна делатност карактеристична је за многе друге државне органе у Југославији као и за савезне; задовољавање општих потреба у социјалистичкој држави никако се не може посматрати уско, као задатак само низа услова, јер цео државни апарат функционише за човека и у име човека. Што се тиче принуде, нико од правника није никад тврдио да сваки државни орган може увек сам, непосредно, изрицати казне или наредити да се грађанин стави у затвор. Механизам државне принуде је сложен: има органа чији је задатак да организују управну делатност и поред тога решавају питања о карактеру и управним санкцијама које се нужно примењују према окривљенима; има органа који непосредно примењују решења о принудним мерама; има и таквих који не могу применити принуду... Али сви ови наведени органи не престају бити делови државне машине, а у узајамном дејству са другим деловима они могу у случајевима утврђеним законом на своју иницијативу допринети да се покрене читав механизам државне принуде” (стр. 17—18). Ц. Јампољска даље истиче „да су друштвене службе, без обзира на њихову самосталност, установе одређене скупштине друштвено-политичке заједнице”. Ц. Јампољска стога закључује, прво, „да скупштине друштвено-политичких заједница нису само самоуправни орган већ и виши орган власти у оквиру друштвено-политичке заједнице (чл. 78 Устава СФРЈ). Друго, да је Савезна скупштина, сагласно Уставу СФРЈ, такође орган који представља друштвено-политичку заједницу — федерацију, и у том оквиру она се јавља и као највиши орган власти и као орган друштвеног самоуправљања (чл. 163 Устава СФРЈ)”. После ове своје анализе Ц. Јампољска поставља питање: „Према томе, молим проф. Поповића, по чему је преношење права једне заједнице на другу знак деатизације?” (стр. 19). Ц. Јампољска даље истиче да се из уџбеника не види шта је децентрализација у југословенском праву. Она подвлачи да је „децентрализација једна страна начела демократског централизма и да децентрализација у социјалистичкој држави не може бити неограничена, нити може прећи у анархију, јер она обавезно представља само другу страну демократског централизма...” (стр. 20). Ц. Јампољска и поред ових примедби истиче „да у Југославији, као и у другим социјалистичким земљама, централизација безусловно има своје место, али се она спроводи на специфичан начин било преко система разних врста централизованих инспекција и централизоване финансијске службе, било преко службе друштвеног књиговодства” (стр. 20). Ц. Јам-

пољска подвлачи да службу друштвеног књиговодства не може сматрати недржавном установом, како то наводи проф. Поповић, „јер то не произлази из карактера њене функције, нити из карактера правних метода које она примењује” (стр. 21). Ц. Јампољска побија аргумент проф. Поповића да је служба друштвеног књиговодства недржавни орган због тога „што она врши своју делатност независно од било ког државног управног органа и потчињена је само закону”. По њеном мишљењу, „овај аргумент није убедљив” јер, иако је суд независан орган који врши своју делатност на основу закона, „проф. Поповић несумњиво сматра да је у садашње време суд у Југославији државни орган” (стр. 21). У погледу самосталности органа управе Ц. Јампољска истиче да се из уџбеника види да још увек у југословенском управном праву постоје разне форме руковођења нижим органима од стране одговарајућих савезних и републичких органа управе (стр. 21). Посебно се то види, како то истиче Ц. Јампољска, из књиге проф. Поповића у којој се излажу права виших органа да издају различите инструкције нижим органима управе, као и у праву инспекције од стране савезних, односно републичких органа. Отуда Ц. Јампољска закључује: „Без обзира на то како писац тумачи чињенице које је навео, у Југославији се ипак остварује централизација и очевидно не може да се не остварује” (стр. 21).

Што се тиче демократизације југословенске управе, Ц. Јампољска истиче да је писац навео доста нормативног материјала који потврђује овај процес. Ц. Јампољска посебно подвлачи: „Могуће је не сагласити се с оценом проф. Поповића коју даје у овој књизи о значају процеса демократизације за даљу судбину државе, али чињеница је да тамо несумњиво постоје фактори демократизације” (стр. 21—22). У закључку Ц. Јампољска указује на тешкоће око превода терминологије, али се нада да ће и поред извесних недостатака читалац наћи у књизи много интересантног, посебно у погледу фактичког материјала неопходног за упознавање југословенског управног права (стр. 22).

Подвлачећи значај овог првог корака од стране совјетске издавачке делатности да упозна совјетску јавност с појединим правним дисциплинама југословенског права, указао сам и на извесне примедбе Ц. Јампољске наведене у њеној уводној речи. С обзиром на ауторитет који Ц. А. Јампољска има у совјетској правној науци, сматрао сам да ваља посветити пажњу њеним примедбама којима је она са одређеном мером и несумњиво добронамерно дала своје оцене о извесним гледиштима проф. Поповића која је он изложио у свом уџбенику. Без обзира на то што се са извесним њеним примедбама не морамо сложити, оне могу бити корисне за размишљање о многим још нерешеним проблемима нашег самоуправног система који је још увек у процесу. Имам утисак да би најосновнији закључци Ц. Јампољске у погледу основних начела југословенског управног права морали да претрпе извесну корекцију. Њена закључивања у извесним случајевима не одговарају југословенској стварности, а до таквих закључака је несумњиво дошла из два разлога. Прво, она полази од објашњења проф. Поповића која су дата за југословенског читаоца који је упознат са стањем ствари, али ова објашњења нису довољна за страног читаоца што Ц. Јампољска и сама истиче (стр. 12). Друго, што је страном научном раднику тешко ући у један систем управног права који је у многим тачкама различит од права његове земље. Наведени разлози су свакако допринели извесним ставовима Ц. Јампољске о којима се може расправљати. Да није тога било, можда би и сама Ц. А. Јампољска дошла до закључка, не да у Југославији није настао процес деетатизације, већ да је степен децентрализације и деетатизације у Југославији у извесним случајевима отишао и преко оног што се под овим називом обично подразумева. Имајући све ово у виду, ваља продужити рад на упоредноправном проучавању појединих правних института у совјетском и југословенском праву које ће допринети нашем узајамном упознавању. На овом послу улажу се код нас у Југославији већ успешни напори и виде позитивни резултати за упоз-

навање совјетског права. У нашој правној литератури после ослобођења преведено је низ радова совјетских правника, а на том послу видна је и улога Института за упоредно право (Београд), као и југословенских правних часописа који прате развој совјетске правне науке.

Д. Б. Денковић

WÖRTERBUCH JURISTISCHER FACHAUSDRÜCKE, SERBOKROATISCH-DEUTSCH, bearbeitet von Dietrich Frenzke und Mil'ja Pajević. *Kieler Schrifttumskunden zu Wirtschaft und Gesellschaft — Arbeiten der Bibliothek des Instituts für Weltwirtschaft*, Kiel 1967.

Позната је огромна научна и публицистичка делатност Института за светску привреду при Универзитету у Килу. Поред редовних периодичних публикација, као што је *Weltwirtschaftliches Archiv* (4 свеска годишње), *Die Weltwirtschaft* (2 свеске годишње), серије студија (*Kieler Studien*, до сада изашло 86 књига) и предавања (*Kieler Vorträge*, до сада су објављена 52 предавања), Институт издаје у невезаном редоследу и разна друга дела. У свим тим публикацијама има доста занимљивог материјала и за правнике. А сада је, у посебном низу радова (наиме, у наведеним *Schrifttumskunden*), као најновија књига објављен Српскохрватско-немачки речник правних израза у обради *Dietricha Frenzkea* и Милије Пајевића. Ово је пети речник у поменутој серији. Али, док су ранији речници обрађивали првенствено економске изразе (од којих је један такође српскохрватско-немачки од истих обрађивача, док су остали италијански, шпански и португалски), ово је речник наших правних израза.

Ова два речника наше стручне терминологије су један од многих доказа колико интересовање у свету влада за Југославију, њен развој и њено државно и привредно уређење.

Речник правних израза обухвата мале 400 страница (чиме је за око 120 страница обимнији од економског) и, наоко рачунајући, неких 1400 речи и израза.

У Предговору се истиче да су у Речник ушле речи српскохрватске правне терминологије без обзира на то да ли испуњавају све захтеве егзактности, савременог начина изражавања итд., јер да му је намена да олакша читање и оне литературе која је намењена широј јавности и која је стога састављена на популарно-правном језику. То је за практичну употребу просечног читаоца довољно, а исто тако потребно и за научника који се у свом раду служи и материјалом из дневне штампе и популарне публицистике, али, у први мах би се могло мислити да представља сметњу за онога коме је такав речник потребан искључиво за научне или наставничке сврхе. Међутим, прелиставајући Речник види се да су се обрађивачи држали једног сразмерно високог мерила. А научницима и наставницима ће наведено упозорење аутора бити довољно да Речник уз такву квалификацију и употребљавају. Уосталом, ниједан се речник, па ни најбољи, не може сасвим некритички употребљавати. На крају крајева, критички став онога ко се речником служи долази до изражаја приликом самог избора речи које су дате као превод.

Уколико је рецензент у стању да просуди, у преводу је углавном дата немачка правна терминологија Рајха. Можда је на ту чињеницу требало упозорити читаоца, тим пре што се југословенско законодавство ослања више на аустријско, па би упоређење са старијом аустријском правном литературом могло изазвати извесну збрку, или је требало дати и аустријско-немачки израз (нпр. поред „Vollstreckungsgläubiger“ и „betreibender Gläubiger“, поред „Darlehensvertrag“ и „Leihvertrag“, односно „Leihe“, и др.)

Ове примедбе, међутим, не умањују значај Речника нити потцењују велики труд и стручно знање састављача. Прелиставајући Речник, човек се каткад задиви минуциозности с којом су аутори приступили раду. Иако би ту и тамо било неких замерки — а не постоји речник коме се не би могло нешто замерити — добар део њих иде на рачун наше још донекле непостојане и још неуједначене правне терминологије, што је последица како превирања наших правних институција и прописа, тако и наслеђа разних правних система. Аутори су и ту настојали да задовоље практичне потребе, тако да су у Речник, на пример, поред израза „казнено право“, „залог“, „посед“, ушли и изрази „кривично право“, „застава“, „државина“ (мада је за овај последњи израз, сасвим исправно, наведено да може да значи и „detentio“).

Укратко, састављачи су настојали да Речник буде савремен и у томе су успели. Уколико би дошло до другог издања, можда не би било збога ако би ушле и речи донекле хисторијског или архаичког карактера, које данас, додуше, нису више у употреби, али на које се у литератури још увек наилази. На пример, зашто не би ушле речи као што су „срески начелник“, или чак и „начелник“, „котарски поглавар“, онда „књаз“, „бан“, „Управа фондова“, „виши земаљски суд“, „сто седморице“, „жупан“, „поджупан“, „вражда“ и др. Истина, у томе лежи и извесна опасност, сопствена свим стручним речницима, наиме, проблем где да се повуче граница између онога што треба и онога што не треба да уђе у речник. У тим случајевима је број „маргиналних израза веома велик. Одлука о томе се мора ипак оставити састављачима, а овде је то напоменуто само као случајна мисао, а никако као приговор.

У прилогу Речника је дат и алфаветски попис (с тумачењем и немачким преводом) скраћеница, махом наших израза и установа.

Једна напомена у погледу типографије: за препоруку би било да се дијакритички знаци излију заједно са словима уз које спадају. Овако стрче у слогу као нека страна тела, а ту и тамо су стављени и изнад слова изнад којих не спадају.

Ако узмемо у обзир намену за коју је Речник састављен, као и околност да је за данашњу нашу правну терминологију рад на њему донекле пионирског карактера, треба признати да су састављачи у својој намери великим делом успели. Нема сумње да ће Речник веома добро послужити и немачким читаоцима наше правне литературе, као и свима онима који владају нашим језиком и за неки наш правни израз траже одговарајући немачки термин, који, нарочито ако је односна наша реч новијег порекла, заиста није увек тако лако наћи.

В. М.

Milada Paulová: TAJNY VIBOR (MAFFIE) A SPOLUPRÁCE S JIHOSLOVANY V LETECH 1916—1918, Praha, 1968.

Најновије дјело М. Паулове, о којем овом приликом дајемо само најкраће обавјештење, представља допринос обради проблема стварања самосталних националних држава са распадањем Аустро-Угарске у току I свјетског рата.

Аутор жели да истакне значај унутрашњег отпора и револуционарних покрета у Монархији. Само дјеловање политичара у емиграцији не би могло довести до коначног циља — стварања самосталних и независних држава. Због тога она посвећује највећу пажњу акцијама потлачених народа унутар Аустро-Угарске, јер сматра да у литератури до сада та проблематика није била довољно истакнута.

Тајни одбор (тзв. Maffie) је у почетку био тајна обавјештајна организација чешких политичара, која је била у вези са емиграцијом, каснијим

Чешким народним вијећем у Паризу. Током рата он се постепено претвара у активног чиниоца отпора чешког народа и постаје носилац низа манифестација којима се жељело указати на одлучност Чеха и Словака да разбију аустро-угарско господство и да створе независну чехословачку државу, а истовремено да на тај начин пружи подршку раду Народног вијећа. Током рата тајни одбор је, нарочито 1917—1918, сарађивао са осталим народима у оквиру Монархије, желећи да заједничком акцијом свих доведе брже до разбијања Аустро-Угарске. Сарадња са Југославенима и Пољацима је била успјешна и указивала је на одлучност свих потлачених народа Аустро-Угарске да се до краја боре за заједнички циљ.

Аутор М. Паулова се у свом раду користила свом литературом, периодичким публикацијама (новинама и часописима који су излазили у раздобљу 1916—1918), објављеним као и необјављеним изворима који су јој били доступни. Од необјављених извора које је користила најзначајнији су први пут употребљени Архив тајног одбора и стенографске забиљешке dr Přemysla Šamala („сиве еминенције Тајног одбора). У Прилогу на крају књиге, М. Паулова је објавила и низ докумената (као и фотографија) које сматра најважнијим за тако бурно раздобље борбе Чеха и Словака за своје ослобођење.

Бонина Безмалиновић

ИЗБОР ПРОФ. Др НИКОЛЕ СТЈЕПАНОВИЋА ЗА ПРЕДСЕДНИКА ИЗВРШНОГ КОМИТЕТА МЕЂУНАРОДНОГ ИНСТИТУТА ЗА АДМИНИСТРАТИВНЕ НАУКЕ

Од 2.—6. септембра 1968. године одржан је у Даблину XIV Међународни конгрес за административне науке који је организовао Међународни институт за административне науке, са седиштем у Брислу. На конгресу је било преко 500 делегата из шеседесет три земље свих континената и седам делегата међународних организација. Међу учесницима било је делегата из Чехословачке, Мађарске, Пољске, Румуније и Југославије (Др Л. Гершковић, Инге Краљевић (Загреб), Анка Жигић (Загреб) и др Н. Стјепановић). Из СССР послата су два референта али Конгресу нису присуствовали делегати. Главне теме Конгреса биле су: 1. Проблеми административне координације у материји друштвеног и привредног развоја; 2. Прилагођавање кадровске и персоналне управе друштвеним променама и 3. Заштита грађана у управном поступку.

За наредни период од три године Управно веће односно највиши орган управљања Међународног института за административне науке изабрало је за председника Извршног комитета досадашњег дугогодишњег потпредседника проф. др Н. Стјепановића.

Регије и Регионализам. — *ЕВРОПСКИ ОДБОР ГРУПЕ ЗА КОМПАРАТИВНУ УПРАВУ АМЕРИЧКОГ ДРУШТВА ЗА ЈАВНУ УПРАВУ* организовао је састанак на тему „Регионализам у европској управи: промјене у структури односа између управе на централном и нижим нивоима“, који је одржан у Салцбургу од 21. до 33. октобра 1968. Састанак је окупио групу научних радника Европе који се баве изучавањем управе, као и неколико професора са појединих америчких универзитета: F. Morstein Marx и R. Schnur из СР Њемачке, B. Chapman, M. W. Wright, G. Woodcock — V. Британија, H. A. Brasz и G. J. Heyne den Bak — Холандија, H. Meyer — Шведска, M. Levy и C. Pallazoli — Италија, E. Bock, A. Diamant, J. Fesler и R. Savage — САД, M. Crozier и Viot Француска те E. Пусић и И. Перко-Шепаровић — Југославија. Сврха састанка била је да се установе промјене у интеракцијама између централног и осталих нивоа управљања, које је изазвао технолошки и опћи друштвени развој кроз стварање низа нових управних институција међу којима регионалне институције заузимају истакнуто мјесто. Као основа за дискусију требали су послужити национални реферати представника појединих земаља. Писмено су поднесени реферати о регионализму у Холандији, Француској, Италији, В. Британији и Југославији.

Холандски реферат обрадио је проблем регионализма првенствено као проблем проширења акционог радијуса управних служби изазван технолошким и опћим друштвеним развојем, а који се у Холандији првенствено манифестира кроз повећање локалних јединица спајањем више мањих у једну већу и путем њихове међусобне кооперације.

За француски реферат, заправо чланак Pierre Gremiona и Jeag-Pierre Wormsa из Documentation Française, карактеристично је да прије свега обрађује проблем регионализма у Француској са аспекта планских регија формираних 1964. Политичке импликације овако формираних регија, које прије свега представљају инструменте централизације Париза, но у исто вријеме остварују путеве за једну радикалнију децентрализацију на регионалном нивоу, много су генералнијег значаја. Исто тако значајно је разликовање техничких и интересних елемената у одлучивању, што доводи до неједнаког положаја локалног у односу на централни ниво. Централни ниво је, наиме, једини који располаже информацијама које омогућују експертизу, па због тога интересним становништвима локалног нивоа супроставља техничке аргументе.

Талијански реферат разликује два модела региона: „сентиментални”, који базира на романтичним захтјевима либералне епохе 19. стољећа за очување партикуларизма, чије су политичке импликације у тражењу регионалне аутономије, и „функционални”, који тражи ефикасност у обављању служби као реалистички захтјев у увјетима економског и опћег друштвеног развика 20. стољећа. Развој талијанских регија иде у правцу потискивања и замјењивања првог модела с другим, па је и читав реферат дан као компарација модела региона какав је предвиђен у Уставу и стварно стања које се развило кроз праксу.

Реферат о регионализму у В. Британији говори паралелно о двије врсте регионализма и регија: административном и политичком. Први је резултат потребе за што ефикаснијим обављањем појединих служби и бржим економским развојем, док је други резултат незадовољства све већом централизацијом власти у рукама централних органа, с једне стране, и све мањом ефикасношћу локалне управе у задовољавању потреба данашњице, с друге стране. Политички регионализам као захтјев за самоуправом „home rule”, нарочито изразит у Шкотској и Велсу, требао би рјешити тај проблем тиме што би омогућио партиципацију грађана у оквирима који би истовремено били довољни за ефикасније организирање служби и представљали цјелину унутар које стварно егзистира једна интересна заједница.

Југословенски реферат дао је динамичку слику регионализма у послиједном раздобљу, за који је карактеристична појава и нестанак регија у два наврата. Истовремено је дана и оцјена импликација које регионализам носи у односу на структуре власти и самоуправљања.

Дискусија је отворена уводним излагањем В. Шармана који је указао на многозначност термина регије, међу којима је истакао: хисторијске, природне (географске), економске, административне (издвојивши посебно војне и техничке и оне које по случајном избору формирају поједина министарства) и, коначно, демократске регије. Наводећи извјесне примјере експериментирања с регијама, посебно у Италији и Француској, и кризу у којој се нашла локална самоуправа, увјетовану посебно појавом великих конурбација, Шарман је истакао разлике до којих може довести уважавање политичких и техничких фактора у формирању регија (у увјетима модерне комуникационе технике, технички разлози могу говорити за формирање супранационалних регија, док политички траже формирање регија у оквирима ужим од националних заједница). Шарман је то назвао „уграђеним парадоксом” у односу између ефикасности и демократичности, тј. једна се вриједност може реализирати само на рачун друге. Након тога поставио је питање да ли је регионални ниво нужно демократскији као форум одлучивања у односу на централни ниво и изразио сумњу регионалне институције као подесне инструменте за рјешање проблема које је пред нас ставио савремени развој.

Дискусија у вези с уводним излагањем углавном се ограничила на проблем односа између демократије и ефикасности. Тако је F. M. Marx

назвао регије нечим што није ни централни ни локални ниво управљања. Други су заузели становиште да регион не ставља у питање однос демократичности и ефикасности, већ да је то питање квалитативних промјена децентрализације тј. организирања једног политички и технички ефикаснијег локалног нивоа. Crozier је заузео становиште да је начин на који једна земаља рјешава односе на регионалном нивоу необично важан за питање односа између демократичности и ефикасности, јер да у увјетима машинског система комуникација нестају могућности погађања (о интересима). Уводна дискусија завршена је примједбом Пусића да алтернатива ефикасност — демократија не погађа стварну суштину проблема, јер се о ефикасности може говорити само у односу на неки циљ који се жели остварити, те да би стога у оквиру дискусије требало усредсредити пажњу на техничке и интересне аспекте регионализма.

Даља дискусија је била замишљена око неких релативно издвојених аспеката регионализма: регионализам и његове импликације у односу на постојећу структуру власти, импликације регионализма у односу на кадрове регионалних нивоа, однос између функције и територија, те могућности иновације које регионализам крије у себи, на тај начин што је за свако од ових питања био задужен један учесник да да уводно излагање. Показало се, међутим, да је у дискусији тешко одвајати поједине аспекте регионализма; упорност којом су се неки проблеми поново враћали, указује вјероватно на њихову ургентност. Тако је проблем политичких импликација регионализма, схваћеног као повећана могућност партиципације грађана у одлучивању о питањима која се тичу њихових интереса, био стално присутан. Посебно су истицане тешкоће које у том настојању представља све већа сложеност одлука које се доносе и чињеница да информацијама на основу којих се те одлуке доносе располаже само незнатан број људи. На тај начин рационалност постаје привилегија централног нивоа, коме се локални ниво може супротставити само на тај начин да се прогласи нерационалним. Излаз из те ситуације тј. успостављање равнотеже власти могућ је само ако се на локалном нивоу осигура рационалност погађања" (Crozier). Под „рационалношћу погађања" аутор мисли на такве ситуације у којима би грађани у расправљању о својим интересима располагали и стручношћу (информацијама), како би њихови захтјеви имали већу мјеру „рационалности" и на тај начин представљали протутежу централној власти — данас искључивом представнику „рационалног". Тиме је, наиме, Crozier тек дао наслутити интересне и техничке аспекте одлучивања, али их није аналитички одвојио, а нарочито не однос техничких и интересних одлука према захтјевима партиципације. Чини нам се да би се захтјеви за партиципацијом требали ограничити на интересне одлуке, које се доносе на основу вриједносних критерија свих судионика. Након што је одлука о вриједности, циљу који треба остварити донесена, тек тада се може донијети техничка одлука, одлука која се доноси на основу унапријед утврђених правила и која треба да предочи алтернативе у остварењу циља. У том смислу не постоје никакви разлози за судјеловање ширег круга људи, изван стручњака, у доношењу такве одлуке.

Други су довели у питање опортуност партиципације схваћене као традиционална демократска контрола у односу на све сложенији процес одлучивања. Наиме, временски распон између доношења неке одлуке и њене реализације постаје све дужи, осим тога, вријеме носи сталне промјене, тако да је практички немогуће контролирати на који је начин реализирана нека одлука (Wright). Монофункционалне регије, тј. такве које би се формирале за обављање само једне службе (нпр. планске), биле су разматране само са аспекта њихове могућности да осигурају партиципацију корисника. Дискусије око односа функције и територија нису поставиле ова два принципа као алтернативне принципе у формирању регија, већ је било говора о томе да су то два комплементарна принципа: територијално формирање регија значи формирање регија за одређене функције, као што и функционално формирање регија значи формирање у оквиру одређеног

територија. С тим у вези покренуто је и питање које су то регионалне функције, док су други сматрали да функције регије произилазе из њихове сврхе, или, пак, да излаз из данашње ситуације треба тражити како у радикалним територијалним промјенама локалних нивоа управљања, тако и у промјењеној диоби функција између појединих нивоа.

Дискусија о иновативним могућностима регионалног нивоа управљања била је третирана у уводном излагању на ту тему као проблем проширења акционог радијуса појединих служби, увјетованог данашњим ступњем развика. Много даље од тога није се ишло.

Резимирајући резултате дискусије указало се на питања у којим се није дошло до неких јасних, јединствених становишта. Тако, прије свега, да ли регион као управно подручје треба да се подудара или не са подручјем природних регија; који је међусобни однос и у чему је разлика између политичких и административних регија; да ли је регија нешто ново што тек треба изградити или обнављање нечега што већ постоји; да ли регионални ниво представља средњи ниво управљања, цјелину или дио ширег система? С друге стране, дошло се до закључка да чак у истој земљи појам регије може бити вишезначан, да регионализам може бити инструмент централизације у односу на локални ниво управљања, као и инструмент децентрализације у односу на централни ниво.

Овом резимеу могли бисмо додати наш властити. Стално присутна многозначност појма регије и регионализма отежала је споразумијевање у том смислу да су учесници говорили о регионима не прецизирајући на коју врсту региона мисле: административне или политичке унутар групе секундарних региона тј. региона који се стварају као териториј с одређеним границама. Због тога није било једноставно утврдити ни која је сврха региона, осим кад су у питању планске регије. Тешкоће су настале и услјед тога што се нису довољно разликовали интереси од техничких аспеката одлучивања, услјед чега је дошло до, по нашем мишљењу, погрешног указивања на опасност коју за демократски процес одлучивања носе експерти с обзиром на чињеницу да располажу све већим количинама информација неопходним за одлучивање. Успостављање равнотеже снага кроз повећању стручност грађана (Crozier) чини се више него утопија у данашњим увјетима све изразитије тенденције према специјализацији. „Повећања могућност погађања“ не овиси о стручности оних који се погађају, већ о томе да ли је сваком судионику у том процесу призната у начелу једнака позиција. У једном су се ипак сложили готово сви учесници. Доживљај кризе владајућег система власти био је опће присутан: с једне стране постоје јаке концентрације моћи, а с друге стране маса становништва удаљена од стварних процеса одлучивања. Захтјев за регионализмом и захтјев за остварењем партиципације постали су на тај начин синоними, без обзира да ли се радило о регионима који имају своју традицију, у том смислу да су представљали, из било којег разлога, релативно аутономне дијелове ширег система; или се, пак, ради о регионима које тек треба формирати. У захтјеву за осигурањем партиципације већина учесника видјела је палијатив у оквиру постојећег система власти, на тај начин што би се створила извесна равнотежа власти. Мада су неки учесници свијесни ограничене вриједности класичних метода контроле (партиципације), ипак нису ишли тако далеко да би негирали постојећу структуру власти и тражили алтернативне методе друштвеног организовања. А управо на том плану регионални ниво управљања открива велике могућности.

Из југославенског примјера могло би се закључити да монофункционалне регије представљају први ступањ интеграције разних служби које су по самој природи технолошког развика подвргнуте тенденцији интеграције у све шире цјелине; интеграцији која се може вршити без инструментата власти, којој је заправо власт као инструмент интеграције страна. Неефикасно судјеловање корисника службе у управљању организацијама, носиоцима тих служби, требало их замјенити ефикасним механизмима контроле, а ако то није контрола путем власти, требала би бити контрола која

дјелује на принципу ауторегулације, слично тржишном механизму. Координацију између разних служби требало би вјеројатно такођер организирати на истом нивоу који представља интеграцију за поједине службе. На тај начин би се формирале мултифункционалне регије као инструменти координације путем разних интерфункционалних институција, а без власти. У истом правцу дјелује и процес урбанизације, где се јавља низ просторних проблема неовисних од власти (комуналне службе), и гдје се врши „функционализација” територија, тј. чини га се неовисним од структура власти и подвргава методама управљања карактеристичним за организације које су носиоци разних служби. На тај начин формирање система по територијалном и функционалном принципу стварно постаје алтернатива између система са и без власти.

Др Инге Перко-Шепаровић

ЦЕНТАР ЗА РЕФОРМУ ПОРОДИЧНОГ ПРАВА У ИТАЛИЈИ. — Законодавство које регулише породичне односе у Италији сматра се примером конзервативног законодавства, које не само да није у складу са модерним животом, већ га, у великој мери, отежава, стварајући немогуће и компликоване противуречности. Велики утицај католичке цркве, који је врло значајан управо за област породичног права, отежава сва решења која се предлажу и која теже да породицу отргну од овог утицаја и да је ставе под јурисдикцију државе. Дискусије које се воде о потреби стварања новог законодавства су, нарочито у току последњих година, узеле маха и не ограничавају се само на Парламент, већ и шире обухватајући многе заинтересоване. Тако је у Милану основан, фебруара 1967. године, *Центар за реформу породичног права*. Центар су основали правници (адвокати, службеници, професори универзитета), социолози, психолози и посланици, а приступ имају сви они који су заинтересовани за реформу породичног законодавства у Италији.

Циљ удружења је „проучавање и популаризација правних и социјалних проблема везаних за италијанску породицу, како би се остварила реформа законодавства у складу са етичким и друштвеним захтевима породице” ⁽¹⁾. Чланови удружења су редовни и почасни и они управљају друштвом преко својих органа које су изабрали на скупштини свих чланова, редовној или, ако се за то укаже потреба, ванредној.

Стручни рад Центра, што је за правнике посебно занимљиво, развија се у оквиру комисија које проучавају поједина питања из области породичног права. Има једанаест комисија и то су: I комисија: брак — услови склапања, форма брака; II комисија: лична растава супрућа; III комисија: поништење и престанак брака; IV комисија: лични односи између супрућа; V комисија: имовински односи између супрућа; VI комисија: *patria potestas*; VII комисија: старатељство деце рођене ван брака; VIII комисија: делимично и потпуно усвојење; IX комисија: јавна помоћ деци; X комисија: кривична заштита породице, и XI комисија: суд за породицу и процесни из области породичних односа.

Комисије су радиле одвојено, уз координацију секретара Центра, сем прве и треће, чија је материја уско повезана, тако да су заједнички обрађивани проблеми склапања и престанка брака. Комисије су у свом раду обрадиле сва важна питања и изнеле предлоге за измену законских прописа, док је једино шеста комисија дала предлог законских чланова који треба да замене постојеће. Обиман рад који је Центар обавио за протекле две године ⁽²⁾ може корисно да послужи као материјал приликом дуго очекиване и често покушаване реформе позитивног законодавства у Италији.

Рад прве и треће Комисије Центра за реформу породичног права усредсређен је на брак, његово закључење, пуноважност и престанак.

(1) Статут Центра за реформу породичног права, чл. 2.

(2) Извештај који обухвата рад до краја децембра 1968. објављен у *Studi per una nuova disciplina dei rapporti familiari*, Istituto editoriale Cisalpino, Milano, 1968, p. 61.

Предлози измена почињу већ код основног питања о природи и циљевима брака, што је и разумљиво, ако се сетимо да је брак у Италији у надлежности цркве, а не државе. Нови предлози нарочито наглашавају потребу апсолутне сагласности будућих супруга да ступе у брак. Да би се у потпуности обезбедила свесна изјава воље, предлаже се да се одреди као минимални узраст 18 година, а да се приликом одобравања склапања брака малолетника води, у сваком посебном случају, рачуна о стварној психичкој и физичкој зрелости. Поред тога, комисија предлаже да се сви будући супрузи подвргну детаљном лекарском прегледу да би сваки од њих могао да буде упознат са стањем здравља другог.

Посебно важно питање је форма склапања брака: за разлику од досадашњег, канонског брака, који повлачи питање надлежности црквених власти у овој области, предлаже се грађански брак не само за изузетне случајеве и са мањим дејством, као што је до сада било, већ грађански брак као обавезан за све и са апсолутним дејством.

Пуноважност брака се посматра, првенствено, са становишта слободне воље личности да склопи брак. Основни разлози за ништавост су заблуда у идентитету и битним особинама другог супруга, док се предлаже да здравствено стање не може бити разлог за развод брака, што је и разумљиво, ако се сетимо да се захтева лекарски преглед пре брака. Предлози захтевају да поништење брака не утиче на статус деце — она су у сваком случају брачна.

Најзанимљивији су предлози комисије да се уведе развод брака и у италијанско законодавство. На основу члана 34. Конкордата који је италијанска држава склопила са Светом Столицом, надлежност за црквене бракове је припала цркви, која сматра да брак може престати само смрћу једнога од супруга. Не предажући, за сада, узроке који би довели до развода брака, захтева се могућност развода не само за касније склопљене бракове, већ и за све оне за које је проглашена растава од стола и постеља.

Друга комисија, која се бави проблемом раставе супруга, посматра личне односе супруга као слободних личности које желе да живе заједно. Ново законодавство треба да спроведе потпуну једнакост између супруга у њиховим правима и дужностима, и њихову поједнаку одговорност у подизању и васпитању деце. Растава не руши породицу, већ је лек који се примењује једино када је даљи заједнички живот постао немогућ. Ту држава интервенише у породичним односима само да би регулисала абнормалне ситуације. Међутим, досадашња интервенција државе је била у великој мери сужена због надлежности Цркве, и немогућности лица која имају раставу да склопе други брак. Фактичка растава је последица немогућности заједничког живота и дуг одвојени живот довољан је за раставу. Сагласна растава се заснива на чл. 151. Грађанског закона који гарантује једнакост супруга. Комисија нарочито истиче да треба укинути доказивање „кривице“ за раставу, јер то вређа лично достојанство и може довести до психичких и моралних потреса за појединца.

Највеће потресе растава родитеља доноси деци и зато држава треба да их заштити, и то не само материјалним обезбеђењем, давањем издржавања, већ и другим правима у односу на оба родитеља. Посебно је тежак положај ванбрачне деце, који треба што хитније изменити законским прописима који би дозвољавали признавање ванбрачне деце и њихово стицање права, личних и имовинских, према природном оцу.

Обимни предлози ове комисије доносе, у ствари, конкретне предлоге којима се признају узроци и дејства законске раставе као основе за развод брака, који садашње законодавство не признаје.

Четврта комисија се бавила проблемом личних односа између супруга. Основни предлог ове комисије захтева усаглашавање прописа из области породичног права са уставним начелима. Једнакост мушкарца и жене, прокламована уставом, није спроведена у породици, где жена, а по-

себно жена која није запослена, нема никаква права и, још увек, живи у подређеном положају.

Желећи да, у највећој мери, обезбеди слободу супруга да сами одлучују о своме животу и раду, комисија предлаже укидање аутоматизма који је до сада постојао приликом удаје: обавезно примање мужевљевог презимена (могућност да жена задржи своје, или само дода мужевљево), његовог држављанства, његовог избора места становања (посебно за жене које имају своју радњу и сл.). Истакнута је потреба споразумних одлука супруга и заједничке одговорности према трећим лицима.

Пета комисија се бавила имовинским односима између супруга. Подређени положај жене, посебно жене домаћице, која и у материјалном погледу зависи од мужа, мада је сада прилично измењен због све већег броја запослених жена, представља лоше искуство, тако да се комисија залаже за режим одвојених добара, уколико се брачним уговором ово питање не регулише на други начин. Наводе се, такође, добре стране овог решења у случају раставе или развода. Уколико се усвоји режим заједничке имовине, потребно је увести ограничења за непокретну имовину и добра од велике вредности. Заједно са имовинским брачним режимом уско су повезана и питања наследства између супруга, која они остављају другима или примају од других, као и питање несразмерних поклона и њихово враћање у случају раставе и развода.

Шеста комисија је свој рад посветила изменама односа између родитеља и деце и новом ставу према „*patria potestas*“, у коме деца не би била „предмет“ родитељске власти, већ би задатак родитеља био да складним васпитањем створе слободне и самосталне грађане. То би, такође, било усклађивање законодавства савременим животом, који је већ увелико изменио односе у оквиру породице. Основно треба да буде интереси деце и једнакост супруга у свему што се тиче њихове деце, заједничко одлучивање, а у случају њиховог неслагања одлучивање посебних судова за породична питања. Могућност усвојења ванбрачне деце, које би ову изједначило са брачном, посебно је значајно баш у Италији где, због немогућности развода, постоји несразмерно велики број ванбрачне деце.

Ова комисија је у сажетом облику изнела резултате истраживања и односима родитеља и деце која је спровео Институт за међународне студије Универзитета у Калифорнији у јуну 1965, и то за следеће земље: САД, Велика Британија, Демократска Република Немачка, Мексико и Италија.

Ова комисија је, поред врло обимних анализа, дала и конкретне предлоге за измену дела Грађанског закона, који говори о односима родитеља и деце.

Седма комисија је проучавала старатељство ванбрачне деце и неопходну потребу измене законских прописа. Правни положај ванбрачне деце, сада врло неповољан, знатно ће се изменити увођењем развода. Полазећи од уставног начела: „дужност и право родитеља је да издржава, поучава и школује деце и када су ванбрачна“ и потребе заштите интереса малолетне деце, комисија захтева законске могућности признавања ванбрачне деце, истраживања очинства и стицања наследних права. Предлаже се, такође, ограничење од три стотине дана после престанка брака за претпоставку очинства.

Правни положај детета рођеног вештачким оплођењем мајке, и његово потпуно признање у случају сагласности мужа, и примена права и дужности родитеља, проширују законску заштиту и на овако рођену децу.

Осма комисија је проучавала потпуно и делимично усвојење и констатовала да, пошто поред Грађанског закона постоји и Закон од 5. јуна 1957, чл. 431, овде треба унети само неке мање измене које се тичу терминологије и које стављају и одобрење за усвојење у надлежност старатељског суда и обезбеђују тајност у случајевима потпуног усвојења када се губе подаци о природним родитељима.

Девета комисија је проучавала јавну помоћ деци, залажући се за примену начела, прокламованих Уставом, да држава води посебну бригу о онима којима је то потребно. Ово старање треба проширити на заштиту мајке за време трудноће и после рођења детета, без обзира да ли је у питању брачно или ванбрачно дете. До сада је ово старање у приличној мери зависило од локалних могућности и било је препуштено приватној иницијативи. Рад свих установа и организација које се брину о деци, и доношење нових прописа социјалног осигурања у складу са свим изменама у оквиру породичног законодавства треба регулисати новим одредбама, водећи рачуна и о међународним прописима.

Десета комисија је проучавала кривичну заштиту породице, предлажући измене које би биле у складу са општим духом новог законодавства. Ту је, пре свега, предлог да се укину параграфи Кривичног закона који предвиђају кривично гоњење за неверство и за конкубинат, што је у супротности са принципом слободе личности. Поред тога, предвиђа се измена третирања „убиства за одбрану части“, где су казне биле знатно смањене, и изједначавање ових убистава са другима. Грубо вређање или занемаривање породичних дужности треба, по предлогу комисије, кажњавати само ако то захтева повређена страна.

Став ове комисије је да заштита породице од стране државе буде умерена, и да води рачуна да, врло често, сам процес доводи до тежих поремећаја и да се многи сукоби, лакше и боље изгледе без интервенције.

Једанаеста комисија сматра да образовање специјалног суда за породицу не би било у супротности са уставним начелима. Овај суд би био посебан одсек редовног суда и бавио би се свим питањима која су везана за породицу. Суд би се састојао од судије и два присудитеља, и у његовој надлежности би били сви процеси раставе, признања страних пресуда о разводу, усвојење, деликти против породице (бигамија, грубо занемаривање дужности, злостављање), преступи према сродницима у правој линији и у побочној до другог степена, сексуални и други преступи према малолетницима.

Територијална надлежност суда и упрошћени поступак обезбедил би брзину и помоћ других органа и допринели бољем решавању ових спорова који дубоко залазе у лични живот појединца.

Центар за реформу породичног права у Италији у своме раду врло широко и студиозно прилази проблемима, анализира прописе који су на снази, и даје предлоге за њихову измену. Систематски рад још једанпут потврђује колико су проблеми породице постали актуелни и колико је неопходна модернизација прописа који су постали кочница у модерном животу. Кодификација породичног законодавства у нас, чини нам све ове дискусије много ближим и актуелнијим.

Љиљана Андрић



САДРЖАЈ — СОДЕРЖАНИЕ — CONTENTS

ЧЛАНЦИ — СТАТЬИ — ARTICLES

Др Алберт Вајс: Неке карактеристике старих кодекса — — — —	137
<i>Некоторые характеристики старых кодексов — — — —</i>	
<i>Some Characteristics of the Old Codes — — — —</i>	
<i>Quelques caractéristiques des vieux codes — — — —</i>	
Др Боровоје Познић: Туживост субјективног права — — — —	157
<i>Допустимость требования в исковом порядке субъективного права — — — —</i>	
<i>Prosecution in the Subjective Law — — — —</i>	
<i>Action en justice relative au droit subjectif — — — —</i>	
Др Обрад Станојевић: Римско право данас — — — —	177
<i>Римское право сегодня — — — —</i>	
<i>Roman Law To-day — — — —</i>	
<i>Le droit romain aujourd'hui — — — —</i>	
Др Драгољуб Атанацковић: Однос друштвене опасности и противправности као елемента општег појма кривичног дела — — — —	193
<i>Отношение общественной опасности и противозаконности как элемента общего понятия преступного деяния — — — —</i>	
<i>Relation of Social Danger to Unlawfulness as the Elements of the General Notion of Criminal Deed — — — —</i>	
<i>Rapport du danger social et de l'illicéité en tant qu'éléments de la notion générale de l'infraction — — — —</i>	
Др Душан Јаковљевић: Припремна радња као кривично дело — —	215
<i>Приготовление к преступлению как уголовное деяние — — — —</i>	
<i>Preparatory Action as Criminal Deed — — — —</i>	
<i>Action préparatoire en tant que l'infraction — — — —</i>	

СУДСКА ПРАКСА — СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА — JURIDICAL PRACTICE — PRATIQUE JUDICIAIRE

Др Јован Славнић: Право заједнице социјалног осигурања на накнаду штете причињене фондovima употребом моторног возила — —	237
<i>Право содружества социального страхования на возмещение убытков, причиненных фондам использованием автомобилем — —</i>	
<i>The Right of Community of Social Insurance to Indemnification of Damage Made to the Funds by Use of a Motor Vehicle — —</i>	
<i>Le droit de la communauté des assurances sociales sur le dédommagement fait aux fonds par l'usage du véhicule à moteur — —</i>	

- Мирољуб Савић: Један поглед на примену института службености — 244
K вопросу применения института сервитутов — — — — —
A View of the Application of the Institute of Right of Use — — — — —
Un aperçu sur l'application de l'institut de la servitude — — — — —

ПРИКАЗИ — РЕЦЕНЗИИ — REVIEWS — COMPTES RENDUS

- Др Драгољуб Димитријевић: Осврт на два уџбеника совјетског кривичног поступка — — — — — 255
По поводу двух учебников советского уголовного процесса — — — — —
Comment of Two Textbooks of the Soviet Criminal Procedure — — — — —
Compte rendu sur deux manuels de la procédure pénale soviétique — — — — —

- Др Драгаиш Денковић: Славољуб Поповић: Административное право. Общая часть. Под редакцией Ц. А. Ямпольской. Издательство „Прогресс“, Москва, 1968, 539 с. — — — — — 261
V. M.: Wörterbuch juristischer Fachausdrücke, Serbokroatisch-deutsch, bearbeitet von Dietrich Frenzke und Milija Pajević. Kieler Schrifttumskunden zu Wirtschaft und Gesellschaft — Arbeiten der Bibliothek des Instituts Für Weltwirtschaft, Kiel 1967 — — — — — 265

- Бобина Безмалиновић: МИЛАДА ПАУЛОВА: TAJNY VIBOR (MAFFIE) A SPOLUPRACE S JIHOSLOVANY V LETECH 1916—1918, Praha, 1968 — — — — — 266

БЕЛЕШКЕ — ЗАМЕТКИ — NOTES

- Др Драгаиш Денковић: Избор проф. др Николе Стјепановића за председника Извршног комитета Међународног института за административне науке — — — — — 268
Выбор проф. д-ра Николы Степановича председателем Исполкома Международного института административного права — — — — —
Election of Prof. Dr Nikola Stjepanović for the President of the Administrative Council of the International Institute of Administrative Sciences — — — — —
Election du professeur dr Nikola Stjepanović pour le président du Comité exécutif de L'Institut International des sciences administratives — — — — —

- Др Инге Перко-Шенаровић: Регије и регионализам — — — — — 268
Регио и регионализм — — — — —
Regions and Regionalism — — — — —
Les régions et le régionalisme — — — — —

- Љиљана Андрић: Центар за реформу породичног права у Италији — 272
Центр по реформе семейного права в Италии — — — — —
Centre for the Reform of Family Law in Italy — — — — —
Le Centre pour la réforme du droit de la famille en Italie — — — — —

Уредништво АНАЛА моли своје сараднике да рукописе достављају откупљене на машини са проредом и са довољно белине са стране. Примљене рукописе Уредништво не враћа.

АНАЛИ ће објавити и, у границама могућности, приказати сваку нову књигу послату на приказ.

АНАЛИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ излазе двомесечно.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду” у 1969. за целу годину износи:

1. За правна лица	Н. дин.	40.—
2. За један примерак	„ „	7.—
3. За појединце	„ „	20.—
4. За један примерак	„ „	4.—
5. За студенте (редовне и ванредне)	„ „	14.—
6. За један примерак	„ „	3.—

Претплата за иностранство износи н. д. 50,00 (USA \$ 4).

Претплату слати на жиро-рачун Правног факултета у Београду број 608-3-917-5

Уредништво и администрација АНАЛА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
БЕОГРАД — Булевар револуције 67, тел. 341-501

У издању Центра за документацију и публикације Правног факултета
у Београду изашла је књига *проф. др Михаила Константиновића*

ОБЛИГАЦИЈЕ И УГОВОРИ

Цена је 40 дин. Поручбине слати на адресу: Центар за документацију
и публикације Београд, Булевар револуције 67.

Уплату извршити на жиро-рачун 608-3-917-5

