

ГЛАСНИК
ПРАВА



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ

КЊИГА 2 ▪ 1993 ▪ YU ISSN: 0351-2207 ▪ УДК 34 (05)

ГЛАСНИК ПРАВА

Часопис за правну теорију и праксу

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ

УРЕДНИК: Доц. др Ненад ЂУРЂЕВИЋ

ИЗДАВАЧ: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу,
Ђуре Путара Старог 1, 34000 Крагујевац;
телефон: (034) 47-130 лок. 327;
телефакс: (034) 46-891;
жиро рачун: 61700-603-1578.

УРЕДНИШТВО: Ред. проф. др Драгољуб Стојановић; Доц. др
Слободан Марковић; Доц. др Предраг
Стојановић; Доц. др Снежана Соковић; Доц. др
Душница Палачковић; Др Јездимир Митровић,
судија Вишег привредног суда Србије; др Зоран
Ивошевић судија Врховног суда Србије; Драго-
љуб Петровић, судија Врховног суда Србије; др
Мирослав Пауновић, правни саветник "YU
TRUST Ltd."

НАЧИН ПОЈАВЉИВАЊА: Једна књига годишње у четири спеске

ПРЕТПЛАТЕ: Претплата и наручицање појединачних
примерака може се извршити на телефон из-
давача. Уколико се не откаже најмање шест
недеља пре истека календарске године, уговор о
претплати се продужава и на наредну годину.

УДК: Јелена Б. Срећковић, виши библиотекар Универ-
зитетске библиотеке у Крагујевцу

ДИЗАЈН ЧАСОПИСА:



СЛОГ И ПРЕЛОМ:
ШТАМПА: "ДМ-ПРИНТ", Крагујевац
СГР "Графичар" Крагујевац

ПРЕДЛОГ ЗА ЦИТИРАЊЕ:

ГлП, књ. 2 (1993)

Радове слати на адресу издавача, са назнаком "за
Гласник права". Манускрипти се не враћају.
Часопис издаје само ауторске прилоге који нису
објављени, као и оне који су објављени, али
нису издати. Уредништво задржава право на
вршење техничких измена у прилогу, уколико
су оне неопходне да би се прилог саобразно
техничким стандардима часописа.

ГЛАСНИК ПРАВА је настављач изложења
часописа "ГЛАСНИК ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
У КРАГУЈЕВЦУ", који је основан 1979. године.
Досадашњи главни и одговорни уредници су
били: Проф. др Миленко Јовановић, проф. др
Живомир Ђорђевић и проф. др Тодор Подгорац.

СADRЖАЈ

IN MEMORIAM:	
Др Живојин ЂОРЂЕВИЋ (1922-1994)	3
Др Владимир ВОДИЧЕЛИЋ (1918-1914)	5
ЧЛАНЦИ:	
ДА ЛИ је КАРЛОВАЧКА МИТРОНОЛИЈА БИЛА АУТОКЕФАЛИЈА?	
Др САВА, епископ шумадијски	7
ИСТОРИЈСКО-ПРАВНИ ЗНАЧАЈ ЗАКОНОПРАВИЛА СВЕГОДА САВЕ	
Др Миодраг ШТЕРОВИЋ	15
ПРКВЕНО ПРАВО КАО НОСЕБИН ПРИЈДМЕТ НА ПРАВНИМ ФАКУЛТЕТИМА	
Др Ненад ЂУРЂЕВИЋ	23
ХРИШЋАНИСТВО У ДОБА ДИОКЛЕЦИЈАНА	
Др Емилија КАРАЈОВИЋ	29
ПРОДАЈА СА ЗАДРЖАВАЊЕМ ПРАВА РАСПОЛАГАЊА ОДНОСНО ПРАВА СВОЈИНЕ КАО СРЕДСТВО ЗА ОБЕЗБЕДИЊЕ ПОТРАЖИВАЊА	
Др Драголуб Џ. СТОЈАНОВИЋ	35
СТАТИСТИЧКА ВЕРОВАТНОСТ - ДОКАЗ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	
Др Владимир ВОДИЧЕЛИЋ	47
СТАТИСТИЧКА ВЕРОВАТНОСТ - ДОКАЗ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	
Др Владимир ВОДИЧЕЛИЋ	47
ПРОЦЕСНА И КРИМИНАЛИСТИЧКА АНАЛИЗА ТИПИЧНИХ СИТУАЦИЈА, ОЕМАЊИВАЊА ОСУМНЧЕНОГ И ОКРИВЉЕНОГ ПРИ ИСПИТИВАЊУ	
Др Бранислав СИМОНОВИЋ	57
ДЕОНИЦЕ	
Др Миодраг МИЋОВИЋ	69
ПОМАГАЊЕ И ОРГАНИЗОВАЊЕ ЗЛОЧИНАЧКИХ УДРУЖЕЊА	
Др Драгана ПЕТРОВИЋ	81
КОМЕНТАР СУДСКЕ ПРАКСЕ:	
КОМЕНТАР ПРЕСУДЕ У СНОРУ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЖИГА ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ	
Др Слободан МАРКОВИЋ	89
СУДСКА ПРАКСА:	
	95



Volume 2
Kragujevac, 1992

HERALD OF LAW

CONTENTS

IN MEMORIAM Živomir DORDEVIĆ, Ph. D., professor (1922-1994)
Vladimir VODINELIĆ, Ph. D., professor (1918-1994)

ARTICLES: WAS THE KARLOVAC DIOCESE

AUTOCEPHALOUS?

SAVA Ph. D., Bishop of Šumadija 7

HISTORICAL AND LEGAL IMPORTANCE OF ST.

SAVA'S "ZAKONOPRAVILA"

Miodrag M. PETROVIĆ Ph. D., scientific councelor ... 15

ECCLESIASTICAL LAW AS A SEPARATE SUBJECT

AT LAW FACULTIES

Nenad DURDEVIĆ Ph. D., senior lecturer 23

CHRISTIANITY IN THE TIME OF DIOCLETIAN

Emilija KARAOVIĆ Ph. D., senior lecturer 29

CONDITIONAL SALE AS A MEANS OF SECURITY

CLAIMS

Dragoljub D. STOJANOVIĆ professor 35

STATISTIC PROBABILITY - AN EVIDENCE IN THE
CRIMINAL PROCEDURE?

Vladimir VODINELIĆ professor 47

A PROCEEDING AND CRIMINAL ANALYSIS OF
TIPICAL SITUATIONS OF DECEIVING A
SUSPECTED AND AN ACCUSED DURING AN
INTERROGATION

Branislav SIMONOVİĆ Ph. D., senior lecturer 57

SHARES

Miodrag MIĆOVIĆ Ph. D., senior lecturer 69

SUPPORTING AND ORGANISING OF CRIME

ASSOCIATIONS

Dragana PETROVIĆ L. L. M., assistant 81

COMMENT OF LEGAL PRACTICE Slobodan MARKOVIĆ Ph. D., senior lecturer 89

LEGAL PRACTICE: 95

Herald of Law

University of Kragujevac Faculty of Law
editor in chief: Nenad Djurdjević, Ph.D., lecturer

Djure Pucara Starog 1
34000 Kragujevac, Yugoslavia

Ова књига је посвећена преминулим професорима Правног факултета у Крагујевцу
др Живомиру ЂОРЂЕВИЋУ (1922-1994) и
др Владимиру ВОДИНЕЛИЋУ (1918-1994)

**др САВА
епископ шумадијски**

**ДА ЛИ ЈЕ
КАРЛОВАЧКА
МИТРОПОЛИЈА
БИЛА
АУТОКЕФАЛНА?***

За време аустријско-турског рата, 1689, Срби се под вођством патријарха Арсенија III Црпојевића подигше против Турака и приклучише се хришћанској аустријској војсци. Пошто је иста претирила слом, патријарх Арсеније III је био присиљен, да се, 1690, са свештенством и народом, повуче у крајеве преко Саве и Дунава, односно у део свога патријархата који се налазио у другој царевини. Њега је у Пећи наследио патријарх Калиник (1619-1710), који је настојао "да заостали народ заклони и очува".¹ Патријарх Калиник је остао у доброј успомени и учинио је све од себе да сачува све што је преостало, а у том циљу је обилазио паству и ван турског царства. Српска црква је, дакле, у времену од 1691. до 1706. имала два патријарха: Арсенија III и Калиника.

У новом аустријском рату са Турцима, 1737, патријарх Арсеније Јовановић Шакабента, пашао се у положај свога имењака и претходника" те је проузрокована друга сеоба и бегство патријарха у Угарску, 1737, које је било страшније за српски народ, а фаталније за Пећку Патријаршију од сеобе под Арсенијем III.² Зато је Стефан, последњи српски митрополит хумско-херцеговачки, примивши вест о тзв. укидању Пећке патријаршије и узвикнуо: Ей, Арсеније едан и другиј, сий! шта учинисте, Богъ вамъ платіо вашъ трудъ по вашой заслуги! Есте ли садъ спасли србскій народ.."³

Услед оваквих акција пећких патријара, Турци су изгубили и оно мало поверења које су имали у

* Саопштено на Правном факултету у Крагујевцу, 1. децембра 1993. године, поводом увођења у наставни план предмета црквено право

УДК: 348. 819.61

1 Ст. Димитријевић, Историјат Пећке патријаршије, Београд 1924, 22.

2 Исто, 14.

3 Српско-далматински магазин 1849, 165-166.

Србе, те је од 1737. до 1766. године на пећком патријаршијском трону седело десет патријараха: пет Грка и пет Срба, од којих је последњи био Василије Јовановић-Бркић. Његово архијастирство је такође било трагично. Оклеветан од стране којима је сметала Пећка патријаршија, послат је у заточеништво на острво Кипар, 1765, а на његово место је постављен Грк Калиник I.

Нови патријарх Калиник I је затекао Пећку патријаршију у очајном стању у спаком, а нарочито материјалном погледу и опо је искоришћено. Вероватно по савету патријарха Цариградског Самуила Ханиериса (1763-1768 и 1773-1774), патријарх Калиник је са својом сабраћом архијерејима грчке народности, предложио султану, да се Пећка патријаршија услед тешких материјалних прилика укине и присаједиши Цариградској, тврдећи да је то у интересу и саме турске царевине.

На предлог патријарха Самуила Ханиериса, султан Мустафа III издаје 13. септембра 1766. године ферман којим се Пећка патријаршија укида и припаја Цариградској с тим, да иста мора платити њене дугове.

Да би се затро и последњи траг Пећке патријаршије, пећка спархија је подвргнута Призренској Митрополији јер је "у берату о укидању нарочито наглашено, да се "укида и само име уништесе пећке патријаршије"⁴ с тим што се никада није смело дозволити њено поповно обновљење.

Укидање Пећке патријаршије је и по форми и по суштини било насиље, а самим тим и један потпуно незаконит акт за који је Никодим Милаш рекао да "није био законити, канонички оправдани чин, него проста прозаконити узурпација, изведена услед мало похвалних побуда".⁵

Бератом султана Мустафе III Пећка патријаршија није канонски укинута већ је угашена и она је тињала под пепелом којим су је затриали Турци уз садејство осталих њених непријатеља. Истини за волју, тим неканонским "укидањем патријаршије" нестало је административног јединства у српској цркви⁶, али је духовно јединство постојало све до васпостављања Српске патријаршије 1920. године.

После тзv. укидања Пећке патријаршије поједине црквене области су током времена потпаље под разне државе чијим су се законима морали покоравати, али и у тим приликама, ни једна од ових српских црквених области никада није признала укидање своје Патријаршије. "Начело духовног јединства и саборности Српске цркве - без обзира у којој се од споменутих држава она налазила - остваривало се доследно и успешно. Оно се огледа у признавању врховне духовне власти српског, односно, пећког патријарха од стране Карловачке митрополије у Аустрији, односно, Аустро-Угарској, тако и од стране Цетињске митрополије у Црној Гори, од стране Српске цркве у Далмацији под Млетачком републиком, итд. Ову идеју духовно уједињеног

4 И. С. Јастребов, Подаци за историју српске цркве, Београд, 1879, 6.

5 Никодим Милаш, Канонско начело православне цркве при разређивању црквених власти. К питану о јерархском положају сарајевске митрополије, Задар, 1884, 1.

6 Ђоко Слијепчевић, Укидање Пећке патријаршије 1766, Богословље X, Београд 1938, 301.

народа преко Српске православне цркве најбоље сликовито наглашава пећински владика Висарион 1689. године речима, да је Пећка патријаршија, пресветло сунце које сија и расипа зраке по свој српској земљи⁷.

У периоду од 1766. до 1920. године образовала су се следеће обласне српске цркве: Београдска архиепископија, Карловачка митрополија, Цетињска митрополија, Српска црква у Далмацији и Боки Которској, Српска црква у Босни и Херцеговини и Српска црква у Старој Србији и Македонији. Све су оне без разлике идејно и у доктматско-канонском погледу биле у стапној вези са својом Мајком Црквом, коју су често пута називали и Великом Црквом, и помагали је морално и материјално, слали јој редовно прилоге и архијереји, на пример Карловачке митрополије, редовно су је се сејали у својим тестаментима. И, заиста, чим се за то указала прилика и политичка могућност, све су се оне вратиле под њено окриље после Првог светског рата.

По доласку у крајеве преко Саве и Дунава, патријарх Арсеније III је затекао овај део свога патријархата потпуно организован са епархијама: бачком, будимском, темишварско-липовском, сремском, јенопольско-арађском, вршачком и марчанском. У циљу боље борбе са унијатима основао је још ове епархије: великоварадску и јегарску, барањску, карловачко-сењску и костајничко-зринопольску.

Иако је извршио реорганизацију Српске цркве у крајевима преко Саве и Дунава, што је био знак стабилизације, патријарх Арсеније је ипак желео да се врати у Пећ. Ако се пак његов повратак не омогући, желео је да се регулише његов канонски однос према новоизабраном патријарху Калинику у Пећи. Зато се и обраћао два-три пута своме старом познанику патријарху јерусалимском Доситеју Нотару (1669-1707) за савет и помоћ. Патријарх јерусалимски Доситеј је упознао цариградског патријарха Гаврила III (1702-1707) са проблемом који је настао у Пећкој патријаршији, а овај је ово питање изнео пред синод своје патријаршије. "Чланови синода знали су, да су Турци поставили незаконито Калинику за пећког патријарха. Но, они нису хтели да се замере Турцима, па је због тога однос између Арсенија III и намстнутог патријарха Калинику остао нерешен".

У фебруару 1706. године Доситеј је послao Арсенију III једну посланицу под насловом "О уједињењу епископа Пећске патријаршије". Том посланицом он извештава патријарха Арсенија, да су сви у Цариграду нашли за уместно да српска црква у ћесаревини треба да сачува јединство и слогу архијереја са Пећском патријаршијом. Сви архијереји, пише Доситеј, треба да буду између себе једнаки и сви потчињени часном престолу Св. архиепископије у Пећи⁸. Потребу јединства и слоге Доситеј је правдао тиме, што би нарушување тога јединства лако одвело у "папизам", као што се то догодило са неким епископима у Хрватској, Калабрији и у Ердељу. Да се, пак, то не би догодило, Доситеј је саветовао Арсенију III да он сам среди то питање односа са Пећском патријаршијом оди пећким патријархом Калиником. Треба, вели Доситеј, блаженство твоје да нађе начин и да учини као мудар и разборит

7 Др Рајко Л. Веселиновић, Јединство у разједињености, Српска православна црква 1219-1969, Београд 1969, 217-218.

човек, да буду сви архијереји који се налазе у тим крајевима и сви православни, потчињени пресветој стотици у Пећи као и пре, и да не оставиш да то буде после твоје смрти, јер ако ти то не извршиш и умреш нико други то не може извршити".⁸

Патријарх Арсеније је био задовољан овим одговором, али однос са Пећском патријаршијом је остао и даље нерешен све до сазива првог црквенонародног сабора, после смрти патријарха Арсенија, који је, у исто време био и изборни сабор.

После смрти патријарха Арсенија, 1706, искристалисала су се два мишљења у вези регулисања односа између Српске цркве у Ћесаревини и Пећке патријаршије.

Једни су, на челу са епископом јенопольско-аралским Исајом Ђаковићем, желели да се бира нови патријарх и да се црква, па основу добијених привилегија, организује као патријаршија за Србе у Аустроугарској. Други су, пак, на челу са митрополитом сремским Стефаном Метохијцем, заступали гледиште, да се мора остати у традицијама Пећке патријаршије, да се Српска православна црква у овим крајевима организује као аутономна митрополија у саставу Пећке патријаршије.

Трећег марта 1707. године одржана је у Бечу заједничка конференција представника Дворског Ратног Савета и Дворске Угарске Коморе и том приликом је донета одлука "која је била против обе српске тезе и као да је имала тежњу да их измири. Конференција је, на име, закључила: да се приликом избора новог црквеног поглавица аустро-угарских Срба има настојати, да се он прогласи потпуно независним од свих патријараха под Турцима, али да ни сам не може носити име патријарха".⁹ Одлука је донета у смислу предлога кардинала Леополда Колонића, а у вези са представком патријарха Арсенија од марта 1706. године. Колонић је наиме предлагао, да се после патријархове смрти "у интересу лакшег унијаћења, има одступити од многих повластица датих Српској Цркви, а поглавици њеној дефинитивно забранити назив патријарха".¹⁰

Представници српског народа схвативши шта желе државне власти, одржали су свој збор 29. септембра 1707. године и донели своју одлуку о којој су известили Христифора Игњата пл. од Квариента и Раја, члана Дворског Ратног Савета, који је одређен да као цајски комесар буде присутан на сазваном сабору у манастиру Крушедолу. Пошто су у своме писму од 29. септембра 1707. године саопштили своје становиште у вези са организовањем српске цркве у Угарској и Хрватској, они, између остalog кажу да су "на све начине размишљали о избору новог патријарха и архиепископа (*omnitode cogitavimus denovi Patriarhae et Arhiepiscopi electione*)" и најзад дошли до закључка, да иако су из љубави и оданости према дому аустријском дошли под цареву

8 Радо Л. Веселиновић, Арсеније Црнојевић у историји и књижевности, Београд, 1949, 58.

9 Рад М. Грујић, Проблеми историје Карловачке митрополије, Гласник историског друштва у Новом Саду, Сремски Карловци, 1929, 58.

10 Исто.

заштиту и жеље по њом стално остати "ипак се од наше пећске столице не можемо одвојити, јер је тамо већ блажено преминули патријарх другога патријарха поставио на своје место, те, лакле, на једној столици два патријарха не могу бити; а како је ова наша (патријаршка) столица (у Пећи) допуштена благословом четири велика патријарха (париградског, Александријског, Антиохијског и Јерусалимског) ми се од ње не можемо оделити;" "јер када би се ми од ове столице оделили били бисмо одлучени и од ова четири патријарха и од целе цркве источнога обреда, и од свештенства".¹¹

Пошто је Дворски Ратни Савет примио закључке народног збора у Карловцима, достављеног преко Христифора Игњата, одржао је другу своју заједничку седницу са Дворском Комором, 21. октобра 1707. у Бечу и донео одлуку "да се не допусти зависност Крушедолске Митрополије од Пећске Патријаршије" због опасности да се Срби поврате натраг под Турке и да би се лакше могла спроводити унија међу њима"¹² па је Игњат, будући царски комесар на сабору у том смислу добио и упутства.

Христифор Игњат је стигао у Карловце око 15. децембра 1707. и одмах је известно црквени и народни представнике о нешт услова постављених од стране државних власти у вези са избором новог црквеног ноглавара. Нашим првачима је нарочито засметао четврти услов који је наређивао "да како будући митрополит, тако и епископи и целокупно свештенство, не сме захтевати да зависи ид Пећске Патријаршије, нити од осталих Турском Царству потчињењих патријаршија; а нарочито ако би та зависност односила се и на темпоралија. Последња реченица у овом услову пружила је могућност Квариенгу, да, бар за овај случај измири становиште народних представника и државних власти, те су народни представници, усвојивши потпуно прва три условия, дали му ову изјаву односно четвртог условия: "Одлучно је противно нашем обреду, да новоизабрани митрополит не буде зависан ни у духовним стварима од Пећкога Патријарха и од остала четири Васељенска Патријархата у Турској Империји, те ми од те зависности нисмо вољни одступити. Али, што се тиче темпоралија пристајемо, да у томе немамо од њих нити какве зависности, нити уточнића; а не може се показати ни један пример, да је икада и радије наш архиепископ покушавао што чинити противно царским намерама и интенцијама нити да би од сада то покушавати хтео".¹³

На сабору, 6. јануара 1708. у манастиру Крушедолу победила је теза митрополита Стефана Метохијца да се не смеју прекидати везе са Пећком патријаршијом. За митрополита новоосноване Крушедолске митрополије изабран је једногласно Исаја Ђаковић, најпогоднија личност, који је знао стране језике и двадесет година водио све црквене послове. Приликом свога устоличења, нови митрополит је пред целим првим изборним и привилегијалним црквено-народним сабором положио "заклетву искрости Православној Цркви уопште, цару и пећком патријарху. У првој тачки своје заклетве Ђаковић се обавезује: да ће се верно држати свих закона цркве грчкога

11 Исто, 59.

12 Исто, 61

13 Исто, 61-62.

обреда, онако како су се држали и сви његови претходници и старешине велике и свете катедралне цркве Архиепископије Пећке и Патријаршије Српске... да ће светог и блаженог архиепископа пећког и патријарха српског увек признавати као свога старешину, по првопрестољу и у духовним стварима увек од њега зависити".¹⁴

Приликом израде свога првог антиминса, митрополит Исаја је отишао још даље од своје заклетве положене пред цркено-народним сабором, који је прописао текст исте, и то добровољно. Наиме, дао је одштампати један запис, а што није случај приликом израде антиминса, у коме "изражава своју веру у поновно добијање пећкога престола. Док у почетку записа он каже, да је овај жртвеник митрополије крушедолске и осталих цркава које се налазе под влашћу римског цесара (тј. аустријског цара), а у седишту новоустановљеном (манастиру Крушедолу) он одмах затим наставља са излагањем свога мишљења и свога уверења о привремености тога стања у Српској Цркви. Јасно он ту истиче своју веру (а тиме свакако и уверење свога свештенства и народа) у половно добијање пећкога престола (... дакле Бог даст и престол пејски добије се...").

Као што се из завршетка овог записа види код нашег народа и код његових вођа није се губила вера у бољу будућност и у светлије дани ни у оним тренуцима, када су одлуке народних и црквених испријатеља, као и тренутна стварност, ишли на њихову институ. Сва таква решења они су сматрали привременим, јер су веровали да насиље не може увек царовати, ни дugo триумфовати. Правда и истина морају да победе безакоње и лаж, а слобода ронство".¹⁵

Постоји могућност да су се представници Српске цркве у Аустрији саветовали са патријархом Калиником још пре првог привилегијалног сабора о статусу митрополије у оквиру Пећке патријаршије. После, пак, оснивања Крушедолске митрополије и положене заклетве њеног првог Митрополита да ће пећког патријарха увек признавати за свога старешину и од њега бити зависан, требало је сада формално добити и канонско признање. Оно је уследило 18. маја 1710. године од патријарха Калиника I који се тада налазио у селу Чемету код Темишвара. Из Патријархове грамате "јасно се види како је већ раније морало бити потпуно уређено питање односа између Крушедолске Митрополије и Пећке Патријаршије".¹⁶ Обраћајући се свима црквеним и народним представницима Српске цркве у Аустроугарској, патријарх их позива да се покоравају своме митрополиту Софонију Подгоричанину, коме "дасмо власт и благословимо називати се и бити први митрополит".¹⁷

Овом, дакле, граматом патријарха Калиника потврђено је оснивање Српске митрополије у Аустроугарској као аутономне области у саставу Пећке патријаршије. По свој прилици, постојала је и синодална грамата Пећке патријаршије, али иста "није сачувана или бар није још пронађена, али њену

14 Исто, 62.

15 С. Душанић, Антиминс Исаје Ђаковића и повратак пећког патријаршијског престола, Гласник Српске православне цркве, Београд 1946, 190-191.

16 Рад. М. Грујић, исто, 64.

17 Исто.

обреда, онако како су се држали и сви његови претходници и старешине велике и свете катедралне цркве Архиепископије Пећке и Патријаршије Српске... да ће светог и блаженог архиепископа пећког и патријарха српског увек признавати као свога старешину, по првопрестољу и у духовним стварима увек од њега зависити".¹⁴

Приликом израде свога првог антиминса, митрополит Исаја је отишао још даље од своје заклете положене пред црквено-народним сабором, који је иронисао текст исте, и то добровољно. Наиме, дао је одштампати један запис, а што није случај приликом израде антиминса, у коме "изражава своју веру у поновно добијање пећкога престола. Док у почетку записа он каже, да је овај жртвеник митрополије крушедолске и осталих цркава које се налазе под влашћу римског цесара (тј. аустријског цара), а у седишту новоустановљеном (манастиру Крушедолу) он одмах затим наставља са излагањем свога мишљења и свога уверења о привремености тога стања у Српској Цркви. Јасно он ту истиче своју веру (а тиме свакако и уверење свога свештенства и народа) у појовно добијање пећкога престола (... дакле Бог даст и престол некески добије се...").

Као што се из завршног записа овог записа види код нашег народа и код његових вођа није се губила вера у бољу будућност и у светлије дане ни у оним тренуцима, када су одлуке народних и црквених испријатеља, као и тренутна стварност, ишли на вишиву институ. Сва таква решења они су сматрали привременим, јер су веровали да насиље не може увек најовати, ни дуго триумфовати. Правда и истина морају да победе безакоње и лаж, а слобода ропство".¹⁵

Постоји могућност да су се представници Српске цркве у Аустрији саветовали са патријархом Калиником јон пре првог привилегијалног сабора о статусу митрополије у оквиру Пећке патријаршије. После, нак, оснивања Крушедолске митрополије и положене заклете њеног првог Митрополита да ће пећког патријарха увек признавати за свога старешину и од њега бити зависан, требало је сада формално добити и канонско признање. Оно је уследило 18. маја 1710. године од патријарха Калиника I који се тада налазио у селу Немету код Темишвара. Из Патријархове грамате "јасно се види како је већ раније морало бити потпуно уређено питање односа између Крушедолске Митрополије и Пећке Патријаршије".¹⁶ Обраћајући се свима црквеним и народним представницима Српске цркве у Аустроугарској, патријарх их позива да се покоравају своме митрополиту Софонију Подгоричанину, коме "дасмо власт и благословимо називати се и бити први митрополит".¹⁷

Овом, дакле, граматом патријарха Калиника потврђено је оснивање Српске митрополије у Аустроугарској као аутономне области у саставу Пећке патријаршије. По свој прилици, постојала је и синодална грамата Пећке патријаршије, али иста "није сачувана или бар није још пронађена, али њену

14 Исто, 62.

15 С. Душанић, Антиминс Исаје Ђаковића и повратак пећког патријаршијског престола, Гласник Српске православне цркве, Београд 1946, 190-191.

16 Рад. М. Грујић, исто, 64.

17 Исто.

егзистенцију претпостављају разне чињенице, поред саме логике ствари".¹⁸

Сви представници новоорганизоване Крушедолске митрополије, доцније Карловачке митрополије, били су свесни да је њихова митрополија организована на потпуно канонској основи као аутономна област, а не као аутокефална црква.

"И сам Исаја Ђаковић који је толико настојавао да се бира посебно патријарх за аустроугарске Србе, био је у традицијама епископалног система у Патријаршији, те је и образовање автономне Крушедолске Митрополије сматрао само као изузетан и привремен случај, изазван силом политичких прилика, наглашавајући да ће та организација трајати само дотле док се и Пећ не ослободи од Турака".¹⁹

Пећки патријарси Калиник, Атанасије и Мојсије врше своје патријаршке прерогативе према обласним митрополитима у Аустрији и својим грамата-ма потврђујући њихов избор, а у својим титуладама се називају патријарсима "обе стране Дунава".

Када васељенски патријарх Хрисант у својој књинзи "Синтагматион" говори о Архиепископији пећкој, јасно каже: "Епархије потчињене Пећкој Архиепископији, налазе се у две наређине..."²⁰

Проблемом аутокефалности Крушедолске односно Карловачке митрополије бавили су се многи наши канонисти и историчари и о томе питању постоји пет различитих мишљења. Исправно је једино мишљење које је заснујао про-Радослав М. Грујић да је Крушедолско-Карловачка митрополија основана од надлежних црквених власти" или не као аутокефала већ само као аутономна црквена област у саставу Пећке Патријаршије, па су је као такву сматрали и источни, цариградски и јерусалимски патријарси".²¹

Крушедолско-Карловачка митрополија никада није тражила аутокефалију од своје Мајке-Цркве и према томе то никада није ни била.

Приликом васпостављања редовног стана у Српској православној цркви 1920. године, аутономна Карловачка митрополија са светлим образом је ступила у ту заједницу односно обновљену Пећку патријаршију.

SUMMARY

WAS THE KARLOVAC DIOCESE AUTOCEPHALOUS?

The annulment of the Patriarchate of Peć (Pecka Patrijarsija) was formally and substantially a violent and completely illegal act.

By the Beret of Sultan Mustafa the Third , the Patriarchate of Pec was not totally annulled - it was put out and kept smoldering under the ashes of the Serbian state, defeated and occupied by the Turks and other enemies. After the so called annulment

18 Исто, 63.

19 Исто, 65.

20 Летопис Матице Српске, књ. 150, 173.

21 Др Рад. М. Грујић, Аутокефалност Карловачке митрополије, Гласник историског друштва у Новом Саду XI, Сремски Карловци, 1929, 367.

or quitting of the Patriarchate of Pec, certain church areas, in the course of the time being themselves occupied by different countries, became obliged to obey those countries' rules. Only one of the churches has never accepted that „annulment“ of its Patriarchate.

The Diocese of Krušedol-Karlovac Metropolitan from its foundation was closely connected to its Mother Church supporting it in a moral and material way, sending to it contributions. The archpriests used to mention it in their testaments.

During the Church and People Fair held in the Monastery of Krušedol on January 6, 1708, the Metropolitan Stefan Metohijac's thesis prevailed that contacts with Pećka Patrijaršija shouldn't have been interrupted.

Isaia Djaković was elected the Metropolitan of the newly founded Diocese called Krusedolska. When nominated he took oath beforein the Synod promissing his loyalty to the Orthodox Church, to the tsar and to the Patriarch of Peć. All the representatives of the newly organised Diocese of Krušedol Metropolitan, later called Karlovacka Metropolitan, were aware of the fact that their Metropolitan was founded autonomously on the canonic principles, and not as an autocephalous church.

Many canonists and historians of ours treated the problem of the autocephaly of the Diocese either Krušedol or Karlovac reaching five different opinions. The only correct was Radoslav M. Grujić's opinion that Krušedol-Karlovac Metropolitan Diocese was founded by the relevant competent church authorities, not as an autocephalous but only as an autonomous area being a component part of the Pećka Patrijaršija. In such a way the problem used to be treated by the eastern Patriarchs and patriarchs from Jerusalem and Konstantinopolis. In conclusion, the Krusedol - Karlovac Metropolitan had never claimed an autocephalous status from its Mother Church, and therefore it had never been autocephalous.

In the process of restoration of the regular status of the Serbian Church in 1920. the autonomous Karlovac Metropolitan had joined to the renewed Patriarchate of Pec with pride and credits.

Др Миодраг М. ПЕТРОВИЋ
научни саветник Историјског
института САНУ

**ИСТОРИЈСКО-
ПРАВНИ ЗНАЧАЈ
ЗАКОНОПРАВИЛА
СВЕТОГА САВЕ***

Историја правних споменика је својеврсно казивање о свести једнога народа у области правде, морала и реда. Сваки писани законски споменик представља или златну или сребрену или гвоздену карику у ланцу свеукупне правне књижевности и одраз је културе средине која га је саставила или од других прихватила. Од садржине и склопа зависи његова расиробраћеност и примена.

У историји српског средњовековног права златну карику чини *Законоправило* или *Номоканон* светога Саве, у литератури познато под појмљеним именом *Крмчија*. Пошто ствари треба називати правим именом, овом питању сам посветио посебан рад, образложући зашто потискујем руски назив *Крмчија*, који у време светога Саве није постојао, и враћам у употребу назив *Законоправило*, истакнут у првој реченици тог највећег његовог књижевноправног дела.¹ Погрешно име *Крмчија* јавља се у српској литератури тек у XIX веку и то под утицајем штампанске руске *Крмчије*, познате као *Кормчая книга*. Назив *Крмчија* није право покриће за познати стари грчки назив (*νομοκάνων*), који је од њега најмање четири века старији. Смисао ове грчке сложенице савршено покрива словенска сложеница *законоправило* зато што је реч о књизи или правном зборнику који садржи грађанске законе (*νόμους*) и црквене законе, обично називане (*κανόνες*) или *правила*.

Законоправило светога Саве је, дакле, кодекс преузетих из византијског законодавства одређених грађанских и црквених правних списка

* Саопштено на Правном факултету у Крагујевцу, 1. децембра 1993. године, поводом увођења у наставни план предмета *Црквено право*

(уз то доктатских, егзегетских и апологетских) који су оцењени да су од користи српском народу. Више од стотину таквих списка је свети Сава уврстио у то своје дело са задатком да помоћу њихове садржине оплемени народну душу и учврсти црквенодржавно устројство Србије. Главнију црквеног законодавства чине одлуке васељенских и помесних сабора, правила црквених отаца, одлуке и мишљења поједињих патријараха, митрополита и монаха, док главнију грађанског законодавства чине одељци из *Јустинијановог кодекса*, затим *Прохирон* или *Градски закон* (обнародован у Цариграду између 867. и 879. године) и неколике златопечатне византијске повеље.

У канонски део свети Сава је унео синоптичка, тј. скраћена правила Стефана Ефеског из VI века, са Аристиновим тумачењима и допунама из XII века. Трећег познатог византијског тумача канона из истог века, Валсамона, систи Сава свесно није користио за свој кодекс. Разлог за то треба видети у Валсамоновој опинијности и склоности да цару приписује одређена права која су цркеноуправне природе и у надлежности искључиво цркве.

Изисте чињенице враћају нас на често постављано и у литератури разраживано питање о стварном уделу светога Саве при састављању једног таквог кодекса. Његов рад на *Законоправилу* није само сакупљачки, селективни или само преводилачки. Он, као састављач књиге са којом ниједна номоканонска византијска књига није иста, слободно одабира и распоређује грађу, с тим што скраћене каноне Стефана Ефеског и Аристинова тумачења каткад заменију пуним текстом канона или Зонарним тумачењима. Затим, приликом превођења меродавно проширује поједиње грчке текстове својим кратким објашњенима, а понекшто и скраћује.

Склоп грађе, сама садржина као и примењивост постигнута трудом светога Саве учинили су да *Законоправило* надмаши и потписне законске споменике који су на српским просторима били на снази пре његовог времена, како грчке тако и словенески *Номоканон светог Методија*, али и да надживи српске законе који су се појавили касније.

Познато је да су до оснивања Српске државе овим просторима владали народи са веома развијеним законодавством - прво Римљани, а потом Византинци. Откривање у *Законоправилу* светога Саве конституција преузетих из римсковизантијског законодавства (нарочито од времена када је хришћанство постало слободна религија, почев са *Теодосијевим кодексом* преко *Јустинијановог кодекса*, *Василика*, *Прохирона* и других византијских законских споменика) за српску правну науку мора бити од посебног значаја.

За владавнице Римљана у II веку после Христа, јужно од Дунава службовао је Gaius, чувени правник који је саставио основни уџбеник права под насловом *Institutionum commentarii quator*. Уџбеник је коришћен при кодификацији Јустинијановог законодавства чији су се одељци касније нашли и у *Василикама*. Преко познатих словенеских превода извесних византијских закони Гајова правна терминологија делимично је постала позната и Словенима². Преко *Прохирона*, на пример, који се у српскословенском преводу

2 Видети П. Олтяну, *Роль старых славянских и среднеболгарских номоканонов в развитии славяно-румынской юридической литературы*, *Palaeobulgarica - Старобългаристика*, XV (1991) 3, стр. 20. У вези са пореклом Гаја; његовом

први пут јавља у Законоправилу светога Саве, што значи да до тада није постојао у словенском преводу, Србима постају познати и објашњени појединачни термини из римсковизантијског права, као што су: *лсгат*, тј. поклон који се даје завештањем; *кодицил*, тј. допуна завештања, *емфитеиза* (у српском преводу "насаждение"), тј. дугорочан, отуђив и наследни закуп земље за обрађивање и др.

У првим вековима Римсковизантијске државе источно и западно хришћанство је неподељено па су и најранији канонски зборници заједнички. Ти зборници прво су се појавили на истоку и на грчком језику. Један од њих садржао је одлуке свих помесних и васељенских сабора до половине V века и познан је се на Четвртом васељенском сабору у Халкидонау 451. године под називом "*Особите књинге*", или иније сачуван. Од сачуваних на истоку су примењивани, на пример, *Синопсис Стефана Ефеског* из VI века и *Зборник Симеона магистра и логотета*.

Од чисто канонских зборника виши развојни степен чине зборници са разврстаним канонима по материји. Најранији је састављен, такође на истоку, с почетка VI века. Састојао се од шездесет наслова и помиње га Јован Схоластик у предговору свога *Зборника* исте врсте, који је саставио око 550. године. Јован Схоластик је између 565. и 578. године саставио и црквенограђански *Зборник* у 87 глава, који чини 45. главу *Законоправила светога Саве*. Из ова два Схоластикова зборника настао је, такође у VI веку, *Номоканон* у 50 наслова, који је у IX веку послужио Методију, словенском просветитељу и светитељу, као основ за израду *Номоканона* на словенском језику, у литератури познатом под именом *Методијев Номоканон* или *Номоканон светог Методија*. Његова важност у Србији престала је са појавом *Законоправила светога Саве*. Уз ову чињеницу треба истаћи, међутим, да је свети Сава - судећи по преузетом (од Методија) преводу грчке сложенице *номоканон* у *законоправило*, као и по неким сличностима у њиховим зборницима, нарочито у уводним деловима - не само имао у рукама *Методијев Номоканон*, него га је делимично и употребио при изради *Законоправила*.³

Од свих номоканона на истоку најзначајнији и најобимнији је *Номоканон* у 14 грана из 883. године, звани *Фотијев Номоканон*, али свети Сава није из њега већ из других номоканонских зборника преузимао грађу за *Законоправило*.⁴

На западу Римокатоличка црква се углавном до IX века, тј. до појаве *Псевдоисидоровог зборника* (*Pseudo-Isidoriana collectio*) управља на основу канона важећих и на истоку, али са разликом том, што је изоставила, на

службом, временом и местом писања књига, у науци су изнете многе хипотезе, о чему подробно расправља О. Stanojević, *Gaius noster. Prilog istoriji rimske pravne nauke*, Београд 1976, нарочито од стр. 80. и даље.

- 3 У вези са тим питањем в. запажања С. Троицког, *Номоканон св. Методия и его важность за наше время*, Симпозијум 1100-годишњница од смртта на Кирил Солунски, 1, Македонска академија на науке и уметностите, Скопје 1970, 270-272.
- 4 Детаљније о појави најранијих канонских зборника в. Н. Милаш, *Православно црквено право*, Београд 1926, 175 сл.; 'Α. Χριστοφίλοπουλον, 'Ελληνικόν εκκλησιαστικόν δικάιον, екδ. В', 'Αθηναι' 1965, 48 εξ

пример, Апостолске каноне од 50. надаље, 28. канон Четвртог васељенског сабора, каноне Нетошестог или Трулског сабора из 691. године, који је својим 2. каноном потврдио 85 Апостолских канона.

Међу преведеним канонским збиркама са грчког на латински језик најзначајније место има звани *Codex Dionisiana* из 519/20. године, чији је прави назив *Codex canonum ecclastasticorum Dionisii exiguī*. Имајући у виду чињеницу да су се на Балкану одувек додиривале, преплитале па и сукобљавале јурисдикције епископа Старог Рима и Новог Рима - Цариграда, онда латински превод канона у *Дионисијевом колеску* са упоредним грчким текстом морао је бити од осбитог значаја на западу. Непосредни повод за тај превод у ствари и јесте био несналажење у грчком тексту неког свештеника Лаврентија који се пожалио сплитском епископу Стефану, а овај се за помоћ обратио Дионисију, врсном знаљу грчког и латинског језика, за кога Н. Милаш преноси, између осталог, да је "по поријеклу Словенин" и да је био "настојатељ једног манастира у Риму"⁵. У Рим је Дионисије, иначе родом из Мале Скитије (*Scitya Minor*), дошао из Цариграда 496. године на позив папе Геласија I (492-496). У канонски зборник за Римску цркву Дионисије је уврстио каноне: првих 50 апостолских, васељенских сабора до Халкидонског (451), седам помесних сабора одржаних од 314. до 419. године (Анкирског, Неокесаријског, Гангрског, Антиохијског, Лаодикијског, Сардикијског и Карагенског). На kraју зборника је у латинском преводу и *Посланица Кирила Александријског* јеретику Несторију о правоверју, са дванаест глава односно анатема.

Од IX века, а посебно од расцепа цркава 1054. године, канонски зборници Римокатоличке цркве по свом саставу и карактеру битно одударају од оних у Источној католичанској (саборној) православној цркви, али то није предмет овога излагања.

Законоправило или Номоканон светог Саве се, међутим, умногоме разликује по богатству и распореду грађе од поменутих и овде непоменутих номоканона. Са његовом израдом свети Сава је, подстакнут и насталим крупним црквенополитичким поремећајима изазваним упадом Латина 1204. године у Цариград, имао на уму, између осталог:

- да помоћу црквене и државне самосталности учврсти положај и православно обележје Србије на размеђи Истока и Запада;
- да применом преузете из Јустинијановог законодавства теорије о *симфонији* или *сагласју*⁶ у односима између цркве и државе на најбољи начин постигне складан развој Србије;
- да Србина Србину представи присвојном заменицом *c v o j*, дајући му до знања да га свест о самосвојности, самобитности и самодржавности чини другачијим од Ромејаца, тј. Византинаца, Латина, Бугара и других околних народа;
- да свој народ упозна са теоријом о социјалпој правди, по којој, зато што

5 Н. Милаш, *нав. дело*, 180, уп. П. Олтјану, *нав. дело*, 20-21.

6 Грчки и старосрчки текст са преводом на савремени српски језик в. М. Петровић, *О Законоправилу или Номоканону светога Саве*, 109-124.

"не рече Оче мој, већ Оче наш... нико нипошто дане брине само о себи, него и о ближњем..."⁷

- да се у једнини са Богом брига о човеку води од његова зачећа па и после смрти у складу са нормама црквеног права, породичног и наследног права;
- да, на крају крајева, закон буде пар и огледало свима.

Благодарећи обиљу помоканонских списка и значају конституција помоћу којих се уређивао свескупни живот срењовековне Србије од 1219. године када је свети Сава и увео у употребу *Законоправило*, оно не само да није укинуто ступањем на снагу 130 година касније *Душановог Законника* (1349. и 1354. године) или *Властареве Синтагме*, већ је надживело све српске законе, послуживши као извор за многе од њих. Према запажањима неуморног истраживача Сергија Викторовича Троицког, *Номоканон светога Саве* је и даље остао "главни, основни правни зборник, док су нови зборници добили само супсидиарни и суплеторни значај". Ти нови зборници упућују на Номоканон светога Саве - каже даље С. Троицки - називајући га обично "законом светих отаца", "божественим законом", "законом црквеним", почев од *Жичке повеље* (чл. XVII из 1220. године, затим *Душановог Законника* (чл. 6, 8, 11, 109. и 196.), повеље кнеза Лазара из 1380. и 1382. године, до првог писаног закона устаничке Србије, који је саставио Прота Матија Ненадовић у мају 1804. године и *Законика грађанског* из 1844. године (§ 93).⁸

У српској православној цркви *Законоправило светога Саве* је и данас званични правни кодекс, што потврђује једна одлука Светог архијерејског синода из 1939. године.

О значају *Законоправила* на својеврстан начин говори и то што је оно рано прерасло границе Србије и било у употреби, још у XIII веку, у Русији, Бугарској, а касније и у Румунији делимично. Штампана *Кормчая книга* у Русији 1650. и 1653. године урађена је на основу *Рјазанског преписа* из 1284. године, који је у ствари препис *Законоправила светога Саве*.⁹

Важну улогу у свему томе свакако је имао и запис или део поговора који преноси Теофило Будимљански (1251/2. године), где се између осталог каже да су "књиге" настале трудом светога Саве. Тај поговор (до нас сачуван у *Рашком, Пећком, Милешевском и Морачком препису*) у преводу гласи:

7 Из тумачења молитве *Оче наш*, в. у изд. М. Петровић, *Законоправило или Номоканон светога Саве, Иловички препис*, 1962. година, Горњи Милановац 1991, л. 166, исти, *Крмија светога Саве о заштити обесправљених и социјално угрожених*, Београд 1983 (поновљено издање 1990), 7.

8 С. Троицки, *Како треба издати Светосавску Крмију, Номоканон са тумачењима*, Глас САН, СП, Београд 1952, 1 сл. Посебно о Закону Проте Матије Ненадовића в. М. Петровић, *О Законоправилу или Номоканону светога Саве*, 109-124.

9 Више о томе в. Н. Милапи, *Зборник правила светих Апостола, васионских и помјесних Сabora и светих Oтаца, која су примљена Православном црквом*, Задар 1884, стр. LXIII-LXVII, уп. С. Троицки, *Како треба издати Светосавску Крмију*, 2-4; I. Žužek S. J., *Kormčaja Kniga, Studies on the Chief Code of Russian Canon Law, Orientalia Christiana Analecta*, Roma 1964, 35; Я. Н. Щапов, *Византийское и южнославянское правовое наследие на Руси в XI-XIII вв.*, Москва 1978, 135 сл.

"...Појавише се на светлост словенског језика ове богонадахнуте књиге, зване номоканон, јер пре тога беху помрачене облаком мудрости грчког језика; сада пак заблистаše, то јест, протумачене су и благодаћу Божјом јасно сијају, одгонећи таму незнაња и све просвећујући разумном светлошћу, и од греха избављајући. Сваки пак учитељ, хоћу да кажем епископ или презвитер или други ко има учитељски чин, ако не зна добро ове књиге - ни самог себе не зна ко је, а проникнувши у дубину ових богонадахнутих књига као у огледалу видеће и себе какав је, и какав треба да буде, и друге ће познати и научити.

Изиђе пак на светлост нашега језика ово писмо трудом и великим љубављу и жељом из младости посвећеног и богочастивог и преосвећеног и првог архиепископа ове српске и поморске земље кир Саве, сина преподобног оца Симеона, првог наставника све српске земље..."¹⁰

Завет је, дакле, дат Србима да на књигама Законоправила - том чудесном огледалу - обликују карактер, заснивају породични, црквени и државни живот. На тај начин, у ствари, опредељују своје место у историји народа и држава.

Ми данас, признајмо, не знамо и избегавамо да знамо ове књиге. То потврђује и чињеница да се у домаћој двотомнјој *Правној енциклопедији* од укупно 1978 страница (штампанје не тако давно - 1985. године у Београду) није под којом одредницом не може наћи реч једна о Законоправилу светога Саве, док зборник Римокатоличке цркве *Congressus Juris Canonici* није заобиђен. Треба ли и за то да тражимо кривице ван нас самих?! Није ли такав наш однос према Законоправилу одраз свесног одрођавања и помажања културе? Питам се колико би нас остало неисламизираних да није било Законоправила у које је свети Сава видовито, много пре појаве Османлија на Балкану, унесо спис о измајнанској вери која, како стоји у заглављу, "...и до данас...обманује људе"¹¹. Може ли се равнодушно пренебрећи створена празнина у историји развоја домаћег грађанског права зато што је запемарена, на пример, 55. глава Законоправила, која садржи цео "Градски закон у четрдесет грана"¹² овим редом: 1. О склапању веридбе; 2. О веридбеном залогу; 3. О веридбеним даровима; 4. О условима за склапање брака; 5. О ваљаности брака; 6. О веридбеном дару; 7. О забрањеним браковима; 8. О регулисању мираза; 9. О потраживању мираза и његових терета; 10. О даровима између мужа и жене; 11. О разводу брака и његовим узроцима; 12. О поклонима; 13. О поништају поклона; 14. О продаји и куповини; 15. О "насажденији" (смфитејза); 16. О дугу и залогу; 17. О изнајмљивању; 18. О остави; 19. О склапању ортаклука; 20. О раскиданју ортаклука и најма; 21. О завештавању пунолетијих; 22. О завештавању оних који су под влашћу својих родитеља; 23. О завештавању ослобођених; 24. О завештавању епископа и монаха; 25. О обарању завештавања; 26. О ослобађању потчињених; 27. О сведоцима; 28. О рукоположењу епископа и презвитера; 29. О кодицилу; 30. О наследницима; 31. О накнади; 32. О деоби; 33. О лишенцима

¹⁰ Рашки препис (1305. година), л. Р1-У; Пећки препис (1552. година), л. 4176; Милешевски препис (XVI век), л. 317а-317б; Морачки препис (1615. година) код Н. Дучића, Крмића морачка, Гласник СУД, књ. VIII, Београд 1877, 27.

¹¹ Крај 61. главе, Иловички препис, л. 369б.

¹² Иловички препис, л. 267б-327б.

наследства; 34. О слободама; 35. О поклонима који се дају завештајем (легати), или за живота или по смрти; 36. О старатељима; 37. О томе, када треба зајмодавци да туже наследнике умрлих; 38. О изградњи нових кућа, о обнови старих и о другим стварима; 39. О казнама; 40. О подели (ратног) плене.

То је само једна глава, а укупно их је 64 основне и 6 уводних. Цео садржај *Законоправила* у преводу на савремени српски језик објавио сам недавно у фототипском издању *Иловичког преписа* из 1262. године; препис се налази у Архиву ЈАЗУ у Загребу. Реч је о најстаријем од укупно једанаест сачуваних српских преписа *Законоправила*. Тада посао сам завршио непосредно пред почетак садашњег рата у Хрватској (1990. године). Тако је фототипско издање постало доступно истраживачима разних научних грана: историчарима, канонолозима, теолозима, правницима, филолозима, психолозима, урбанолозима и др. Филолошка истраживања, на пример, показаће да у *Законоправилу* има старих српскословенских речи које су код нас заборављене и замењене, док су многе од њих данас живе на северозападу Балкана. Ево неколико примера: *тисућа* уместо грчке речи *хиљада*; *сестрница* уместо *свастика*; *особни* уместо *лични*; *ухићен* уместо *отет*; *гнојиво* уместо *ћубриво*, *камо* уместо *куда* и др. Са детаљном обрадом речника *Законоправила* показаће се, у ствари, прави однос између извршене језичке реформе Вука Каракића и језика из времена светога Саве.

Са овим првим фототипским издањем *Законоправила светога Саве*, које се може сматрати српском легитимацијом, ушли смо у славистичке центре и веће библиотеке широм света као народ високе културе, проистекле из уградње српског народног елемента у саборно правоверје. На таквим темељима су постављене Српска црква и држава које се подједнако могу похвалити разуђеним законодавством из XIII и XIV века.

Сада је у току разрешавање и превод текста те обимне књиге од 800 страница на савремени српски језик са задатком да се појави у новом научном издању. Потребу и важност објављивања *Законоправила светога Саве* први је покренуо Јернеј Копитар у Бечу, пре скоро два века. После њега све чешће се чуо глас о значају једног критичког издања. Неки научници су званично најављивали и сами одређивали када ће тај посао завршити, међу којима је познати слависта Ватрослав Јагић, па поједини чланови *Одбора за критичко издање Крмчије*, који је још 1951. године основан при Српској академији наука, и др. Током рада, - сачутич, - сазнавало се да је реч о изузетно сложеном послу за који није доволично познавање само грчких и српских извора, већ и историје римсковизантијског и византијскословенског права, уз то и добро познавање историје Хришћанске цркве.

Значај, али и сложеност тог посла веома добро је исказао, поред осталих, велики наш научник Никола Радојчић, чије речи вреди овде навести: "...Заиста је штета што Номоканон није у целини издан и што су Срби тако лишени могућности да преко њега дубоко загледају у множину и озбиљност питања која су испуњавала духове Срба кроз читаве векове. Но још већа би штета била кад би Номоканон св. Саве био недостојно издан. А њега није лако тако објавити да напори издавача буду достојни величине рада св. Саве и његових сарадника. Њих, збила, не треба лакомислено срамотити с једним издањем Номоканона, које би могло изазвати неправичан суд о знаменитости дела што га је учинио св. Сава, када је у чврсте основе српске цркве узидао свој

највећи књижевни рад. Трудбеници око издања Номоканона св. Саве морају се задахнути његовом љубављу према цркви и народу и опасати се његовом трудолубивом истрајношћу, ако желе да садашња поколења из њихова издања ишчитају величину и важност напора св. Саве и да осете, колико је васколики духовни живот Срба, с целим својим јединственим развитком, зависио, све до XIX в., од овога дела".¹³

Имајући, на крају, у виду сав раскош вековима природног прожимања у Србији црквеног и грађанског права зато што грађани својим припадништвом цркви не престају бити поданици државе и обрнуто, честитајмо и пожелimo Правном факултету у Крагујевцу да са осећањем поноса убележи у своју историју овај данашњи свечани чин, јер он први у Србији, после педесет и више година, враћа у систем правних наука предмет *црквену право*. Достојан је овај Правни факултет да понесе то првенство части, јер није постојао у време непромишљеног и по нају штетног избацивања *црквеног права* из програма правних факултета код нас.

SUMMARY

HISTORICAL AND LEGAL IMPORTANCE OF St.SAVA'S "ZAKONOPRAVILA"

In the history of Serbian medieval legislation the golden link is represented by the so called „Zakonopravila“ introduced by St.Sava in 1219. This is a Codex taken out from the Byzantine legislative rules of certain civil and church law documents treated as being important to the Serbian people.

By writing the „Zakonopravilo“ inspired by big church and political movements provoked by the Latins'invasion in 1204, St.Sava had in mind, among other things, to use the church and the state independance in order to:

- strengthen the position and orthodox characteristics of Serbia situated at the crossroads between East and West.
- to provide the most proper development of Serbia by using the theory of harmony and concordance between the church and the state, which is being mentioned in Justinian's Law.
- to introduce Serbians to one another by using personal pronoun „svoj.“ (meaning my, your,his, hers, its) and informing them about the self-consciousness, self-existence and indipendent state which make them different from Byzantines, Latins, Bulgarians and other surrounding nations.
- to inform his own people about the theory of social justice
- tell the people that, with the help of God, the care of human being starts from the moment of their conception and lasts even after death, and is acknowledged by the church, family and Inheritance Law.
- make the law to be the *tsar* and the *mirror to everybody*.

As far as the Serbian orthodox church is concerned, the St. Sava's Zakonopravilo is still nowadays the official Codex of law being confirmed by one decision of St. Synod of Archbishops from 1939.

A testament was given to the Serbs to form their character, their family, the church and the state life on the books of „Zakonopravilo“, being such a magnificent mirror. In such a way, in fact, they are determining their place in the history of nations and states.

13 Н. Радојчић, *Властел у Закону градском Номоканона св. Саве*, Глас САН, СХСIII, Београд 1949, 1-2.

Др Ненад ЂУРЂЕВИЋ
доцент Правног
факултета у Крагујевцу

**ЦРКВЕНО ПРАВО
 КАО ПОСЕБАН
 ПРЕДМЕТ НА
 ПРАВНИМ
 ФАКУЛТЕТИМА***

Дан на који се врши промоција црквеног права као новог предмета у наставном плану Правног факултета у Крагујевцу, 1. децембар 1993. године, несумњиво има свој посебан значај, који извире из чињенице да је коначно после скоро пола века наједан српски правни факултет враћена неправедно прогнана правна наука, која већ вековима има своје самостално место поред јавног и приватног права. Тада, међутим, има за српски народ и Цркву и посебну симболику. Тог дана пре 75 година они су ушли у једну заједницу, касније названу Југославија, од које су очекивали остварење својих вековних тежњи. Он, међутим, има велики значај и за тему о којој је данас реч. Од тог дана почињу невоље Српске православне цркве са државом, а самим тим и црквеног права. Међу неупућенима се у многоме уврежило мишљење да су проблеми на релацији држава - СПЦ везани само за раздобље после Другог светског рата, односно комунистичку Југославију. Тачно је да су они неупоредиво већи него у Краљевини Југославији, али је исто тако тачно да ни Прву Југославију не карактеришу складни односи државе и цркве. Треба се, на пример, само сетити дугогодишњих спорова везаних за доношење Закона о СПЦ и Устава СПЦ, као и Конкордатске кризе. Црквено право као посебан предмет на правним факултетима јесте дефинитивно избачено са њих у Новој Југославији, али и у Краљевини Југославији је било "снага" које су желеле да га селиминишу.¹ Оне су, додуше, биле малобројне и нису успевале у својој намери, али се не смеју превидети.

* Саопштено на Правном факултету у Крагујевцу, 1. децембра 1993. године, поводом увођења у наставни план предмета црквено право

1 Видети Сергеј Троицки, "Место црквеног права на правном факултету", Гласник Српске православне патријаршије, бр. 17/1933, стр. 266-270.

Одлукама Наставно-научног већа Правног факултета у Крагујевцу од 16. 7. 1993. године и Наставно-научног већа Универзитета у Крагујевцу од 19. 10. 1993. године, којима се црквено право увршћује у наставни план Правног факултета у Крагујевцу као опциони предмет на 3. и 4. години, исправља се макар делимично неправда која је тој грани права учињена. Штете које су причињене неће бити лако отклонити, поготову не брзо, али први корак је учињен. Поставља се питање, који разлози су такав корак изискивали. Да би се на њега дао одговор, треба бар нешто рећи о разлозима који су довели до избацивања црквеног права са правних факултета. Први и најважнији разлог био је идеолошке природе. Као што ни Богословски факултет није могао остати у саставу Универзитета, тако ни црквеном праву није било места на правним факултетима. Марксистичко-атеистичка идеологија била је крајње истолерантна према свему што је имало "верски" предзнак. Црквено право није имало шта да тражи уз тако значајне предмете као што су "марксизам и савремено друштво", "друштвена својина", "самоуправно право", "општенародна одбрана и друштвена самозаштита", и сличне новотарије, тако дуго сматране нашим оригиналним доприносом развоју правних наука. Марксистички идеолози су истицали да смо као друштво раскрстили са религијским заблудама, да је број верујућих грађана у стапном опадању, те да нема смисла оптерећивати студенте изучавањем права "организације која је у одумирању". Други, неупоредиво мање важан, мотив за "брисање" црквеног права лежао је у жељи да правни факултети сачувају свој карактер слободне лаичке високошколске установе.

Да ли су ти приговори црквеном праву оправдани. Беспредметност првог је више него очевидна. Довољно је указати па податке са последњег пописа становништва у СР Југославији на коме се скоро 7 милиона грађана изјаснило као првославци, 450.000 као католици, док се тачан број муслимана не зна због бојкота албанске националне мањине. Правни факултети не могу остати незаинтересовани за чињеницу да су грађани великом већином чланови цркве, и да се подвргавају одређеном аутономном правном режиму. Управо професионални разлози налажу правним факултетима да посвете посебну пажњу црквеном праву. Његово проучавање мора да буде сразмерно друштвеном значају вере и цркве. Ни други приговор црквеном праву као посебном предмету се не може прихватити. Он се темељи на безразложном страху и мешању два потпуно различита питања - карактера одређеног предмета и правца његовог изучавања. Као што историчара не може да не интересује историја цркве, тако правника не може да не интересује црквено право. Или како то проф. Тројицки рече у одбрану црквеног права: "Наука црквеног права не може да лиши правни факултет карактера слободне лаичке школе. Напротив, црквено право само на правном факултету добија карактер чисте слободне науке, туђе од утицаја конфесионалних и клерикалних интереса, што има велико значење не само за напредовање саме те науке, него и за друштво и државу".²

У прилог црквеном праву говоре и научни разлози. Црквено право је, после римског права, најстарија правна наука, са израженом специфичношћу

2 Тројицки, *ibid.*, стр. 269.

према другим правним наукама али и у тесној узајамној вези с њима. Црквено право се већ од 12. века одвојило од теолошких студија и спојило са правним наукама. Дуго времена оно је чинило готово половину правних студија, због чега се, у осталом, и јавила титула *Doctor iuris utriusque*, тј. доктор црквеног и грађанског права. Може се чак казати да већина правних наука своју појмовну апаратуру у многоме дuguју црквеном праву. Чак и таква демократска идеја, као што је идеја већине, узета је из црквеног права.³ Од када су формирани правни факултети, црквено право се на њима систематски изучава. Свој велики значај оно је на иоле значајнијим светским универзитетима сачувало и данас. На многим правним факултетима има и по неколико професора црквеног права.

Разлози традиције, коју смо иначи ми као народ спремни да запемарујемо, такође говоре у прилог црквеном праву. Оно је од 1899. године па све до Другог светског рата непрекидно предавано на Правном факултету у Београду, и то као општеобавезни предмет. Шта више, оно је имају статус посебне катедре. Колики је углед овај предмет уживао може се видети и из чињенице да је његов предавач проф. Чедомиљ Митровић, био биран за декана Правног факултета у Београду, ректора Универзитета у Београду и за уредника Ахива за правне и друштвене науке, нашег најугледнијег правног часописа пре Другог светског рата. Српска правна наука дала је више изузетно значајних правних писана, чији радови су превођени на више страних језика. Жалосно је да за неке од њих више знају страни него наши правници. Најбољи пример за то је списком далматински др Никодим Милаш, чије се православно црквено право, преведено на неколико језика, и данас користи широм православног света, а да је веома мали број наших правника са његовим делом упознат.

Српски правници и држава имају још један "историјски" разлог за неговање црквеног права. Опште је познато колико је током протеклих векова велики допринос Српске православне цркве српским националним и државним интересима. Ми ту улогу немамо право да заборавимо, јер бисмо се одрекли дела нашег колективног памћења и бића. Та, пак, улога не може да се сквати без познавања православног црквеног права. Без знања црквеног права ни наша правна прошлост није разумљива. А давно је речено - онај ко је без прошлости тај је и без будућности.

Значај изучавања црквеног права, међутим, нема за наше правнике само историјско значење. И ова смањена Југославија обухвата неколико вероисповести, што нужно доводи до проблема односа државе према њима, као и њиховог међусобног односа. Одржавање верског мира у условима све агресивнијег наступа разних "узвозних" секта постаје важно "државно питање". Да држава не може у том погледу остати по страни говоре и најновији наповештаји из надлежних министарстава да се припрема доношење новог закона о верским заједницама. Ниједан правник не може у потпуности да сквати смисао државног верског законодавства, било да је кодификовано или

³ Троицки, *ibid.*, стр. 266.

расуто по више зекона, и да га правилно примењује, уколико нема барем основна знања и из црквеног права.

Конечно, образовни разлози такође налажу правним факултетима да својим студентима дају могућност упознавања са проблематиком црквеног права. Сваки правни факултет је дужан да пружи својим слушаоцима основне појмове свих правних наука, и да их научи правном мишљењу. Црквено право је самостална правна наука, која има не само историјскоправне него и позитивноправне карактеристике (елементе). Реч је о науци са чврстим унутрашњим јединством, јасном појмовном апаратуrom и јако израженом специфичношћу према другим правним наукама. Лишити будуће правнике могућности да се са том науком упознају, значило би умишљајно им нанести штете у погледу њиховог општег правничког развоја, ширине правних вида, јасности појмовне апаратуре и правилности правничког расуђивања. Правни факултет у Крагујевцу је имао у виду све претходно наведене разлоге када је у свој наставни план уврстио и предмет - црквено право. Остаје још да и други наши правни факултети те разлоге увиде.

У правној литератури постоји иначе више дефиниција црквеног права, све у зависности из којег се угла оно посматра. Најшире посматрано, црквено право је укупност правних норми које регулишу однос државе према религији и верским заједницама (тзв. државно црквено право или спољно црквено право) или унутрашње односе цркве (унутрашње црквено право - *ius ecclesiasticum*).⁴ Државно црквено право свој извор има у Уставу и државним законима, као и уговорима државе и цркве (тзв. конкордати). Унутрашње црквено право је аутономно право цркве, које је она донела о својој организацији, понашању клирика и свих чланова (хришћана) уопште.⁵ Оно је по својој суштини, обиму и форми веома различито у појединим црквама. Претходно наведена дефиниција одговара појму црквеног права у објективном смислу. Насујући томе, црквено право у субјективном смислу јесте збир различитих права и дужности појединих чланова цркве или црквених институција, који се одређује (објективно црквено право даје) у зависности од њиховог положаја који заузимају у црквеној заједници.

Често се, поготову међу лаицима, мешају појмови црквено право и канонско право, и користе као синоними. То, међутим није исправно. Термин канонско право има уже значење од термина црквено право. Канонско право обухвата само она правна правила које је Православна црква донела на заседањима црквених сабора од III до IX века, односно које је Католичка црква уврстила у *Codex juris canonici*.

На крају, треба рећи неколико речи и о задацима предмета названог црквено права. Општи задаци би били: 1)изложити постанак, развитак, и основне принципе црквеног права; 2) објаснити организацију и надлежности црквених власти и колико се нешто што постоји у црквеном уређењу може према месним приликама мењати; 3) пружити чврсту основу за утврђивање

4 Carl Creifelds, *Rechtswoerterbuch*, 5. Auflage, Muenchen, 1978, стр. 641.

5 Срђан Шаркић - Драгољуб Поповић, Велики правни системи и кодификације, Београд, 1993, стр. 65.

односа помесног црквеног права и темељних принципа црквеног живота; 3) испитати и утврдити имовинска и политичка права Цркве као правног лица. Специјални задаци се тичу: 1) изучавања споменика црквеног законодавства, како са историјске тако и са садржинске стране; 2) стварања система основних црквених закона; и 3) проучавања правног живота поједињих цркава.⁶ Да би остварило наведене циљеве, црквено право мора користити више научних метода. Поред практичног, који би се састојао у излагању позитивног права Цркве и државног "верског" законодавства, практиковао би се историјски, филозофски и упоредни метод проучавања. Из свих оних установа које постоје у Цркви, наука црквеног права мора јасно да разлучи оне које имају правни значај, од оних које га немају, па кад то учини да се бави само првима, остављајући друге осталим наукама. Исто тако, из свих установа које имају и верске и правне елементе, наука црквеног права мора прецизно да раздвоји први од другог елемента, те остављајући верску страну конкретне установе богословским наукама, да се бави само њеном правном страном. Уколико се наука црквеног права не буде искључиво бавила правном страном црквених установа, она неће моћи да одговори својим задацима, нити ће потврдити свој самостални карактер.⁷

SUMMARY

ECCLESIASTICAL LAW AS A SEPARATE SUBJECT AT LAW FACULTIES

There are many reasons for the Law faculties in Yugoslavia to include the ecclesiastical law in the plan and programme of their studies.

Law faculties can not oversee the fact that people, according to the last population census in Yugoslavia, mostly are members of the church and are following certain autonomous legal rules of the church.

Fear that the ecclesiastical law may endanger the laic character of the state Law faculties resulted in the confusion between the character and methodology of teaching certain subject.

The ecclesiastical law is, besides the Roman law, the oldest of all legal sciences and is in various ways interconnected with them.

Since 1899 and until the World War II the ecclesiastical law used to be taught at the Law Faculty of Belgrade University as a compulsory general educative subject having the status of an independent cathedra.

Without knowledge of orthodox ecclesiastical law one could hardly understand the huge contribution of the Serbian Orthodox Church to the national and state interests.

6 О задацима црквеног права видети Чедомир Митровић, Црквено право, треће издање, Београд, 1929, стр. 14-15; Никодим Милаш, Православно црквено право, треће издање, Београд, 1926, стр. 15.

7 Милаш, *ibid.*, стр. 16.

Not a single lawyer could completely understand the essence of the state legislation on religion and church, or apply it without having an elementary knowledge of the ecclesiastical law as well.

Finally, depriving the future lawyer of the possibility to get acquainted with the ecclesiastical law could hamper their general legal development, especially their capacity of legal vision, clearness of the point of view and proper legal judgment.

Др Емилија КАРАЈОВИЋ
дасент Правног
факултета у Крагујевцу

ХРИШЋАНСТВО У ДОБА ДИОКЛЕЦИЈАНА

Римска држава створила је светско царство у коме су се стекли пољни услови за победу хришћанства, које је као светска религија произвуд грчко-римског света. У периоду у коме је хришћанство нагло почело да се шири и постаје озбиљан чинилац свакодневног живота и живота државе уопште, готово сви слојеви римског друштва имали су доста разлога да буду незадовољни својом судбином.¹ Захваљујући пре свега растућој економској кризи становништво Римског царства доведено је до крајње беле, што је утицало па губљење илде и вере у сопствене снаге и смисао живота. У таквој ситуацији хришћанство као нова религија, са својом новом надом сасвим сигурно имало је велике шансе на успех.

Хришћанство је појава која представља искретницу у историји човечанства. Зар само чињеница да се у већем делу света (укључујући и онс земље које полазе од марксистичке филозофије у уређењу свог друштва) време рачуна од рођења Христа, не говори о томе?

Није лако утврдити који су корени и повод за настанак хришћанства, нити је то овде наш задатак. Најкраће речено они су у историји религије у средоземљу и Близком Истоку, а и у друштвеним, нарочито - моралним приликама овог времена.

Занимљиво је да је Блиски Исток и то посебно шире подручје Месопотамије од четири светске религије дало три: јеврејску, хришћанску и ислам.² Зашто је баш ово подручје

1 Каутеки, К., Порекло хришћанства, Култура, 1954., стр. 106.

2 Ромац, А., Стварање феудалних односа, Римско посткласично право, Београд, 1963, дохторска дисертација, стр. 267; Станојевић, О., Историја политичких и правних институција, Београд, 1986, стр. 36.

дало оволики број религија? Питање није једноставно. Становници Грчке и Рима окренути конкретним пословима нису имали неку нарочиту склоност ка маштању. Напротив становници пустине имају времена на прстек, захваљујући конфигурацији тла (нема обраде земље), па су били у ситуацији да пусте машти на волју. "Номад ових области, са бескрајним небом изнад себе, па коме су облаци реткост, са великим звездама и једним пејзажом који се није мењао, рано се суочио са неким основним питањима живота и смрти, свестан краткотрајности живота, покушао је да утешу нађе у религији."³

Први монотеизам у историји дело је египатског фараона Ехнатона.⁴ Није искључено да је нешто од Ехнатонових идеја допрло до Јевреја док су боравили у Египту. Има чудних подударности између неких Ехнатонових песама о Сунцу и животу и делова Библије.

Привредна криза која је захватила римско друштво III века веома повољно је деловала на прихватање и ширење хришћанства. Продуктивност рада је онадала, ради снаге је било све мање, упади варвара све чешћи, борбе за власт све учесталије. Беда и сиромаштво захватили су све већи број становништва. У таквим условима дошло је и до све већег моралног пропадања. Бесперспектива и очај били су осећања све већег броја људи. Последица таквог стања била је да су спасење очекивали само од изванредних натприродних сила.⁵ Још у III веку хришћани су били само мањина, а та мањина је све до почетка III века, припадала готово искључиво најнижим друштвеним слојевима.⁶ Целз каже да хришћани "желе и могу да себи привуку само малолетне, људе никог порекла, необразоване, робове и дечурлију".⁷ По њему, проповедници хришћанства су "дрнџари, обућари, сукнари, најгори простаци."⁸

Римски владајући кругови и интелектуалици нису са симпатијама гледали на хришћанство.⁹ Зашто? Осећали су да је то наговештaj једног погледа на свет и морал који је супротан њиховом свету и моралу.

Овај назовимо га први период ширења и развоја хришћанства био је релативно миран и испуњен великим степеном толеранције од стране владајућих кругова. Било је незнаних прогона хришћана од стране Нерона, Домицијана, Марка, Аурелија и Александра Севера. Катастрофални пожар који је Нерон изазвао, приписао је хришћанима, наравно да би отклонио сумњу са себе, он је "предао смрти на мукама оне које гомила назива хришћа-

3 Станојевић, О., *ibid.*

4 *Ibid.*, стр. 70.

5 Каутски, К., оп. сиц., стр. 401.

6 *Ibid.*, стр. 280.

7 Origenes, *Contra Celsum*, III 44

8 *Ibid.*, 55

9 Према Каунцком, оп. сиц., стр. 280; Изричита сведочанства хришћанских писаца потврђују да је нова вера чак до средине III века имала у вишим сталежима само усамљене присталице; једине личности виших сталежа пре Комода, чије је преобраћање у хришћанство вероватни, јесу, конзул Флавије Клеменс, погубљен у години 95. и његова жена или сестра, Флавија Домицила, која је била прогнана на обалу Црног мора.

нима".¹⁰ Могуће је да је Тацит донекле преувеличавао разmere прогона хришћана, али остаје чињеница да су они ишак били прогањани. Ту чињеницу потврђује и Светоније, који пише: "Подвргнути су погубљењу хришћани, људи који се држе нове, штетне иразноверице."¹¹ Прогони хришћана у том периоду нису били ни стални, ни озбиљни. Хришћане "не треба гонити, али ако буду пријављени и оптужени, онда их треба казнити".¹²

Прави прогони хришћана почели су могло би се рећи од стране Деција (249-251), а шире размере и озбиљније последице постигнуте су за време владавине његовог наследника Валеријана.¹³ Валеријан је издао два Едикта против хришћана, 257. и 258 године. Ови Едикти били су усмерени против хришћанских вођа зато што се сумњало у њихову оданост цару. Због непослушности кажњавна су прогонима или конфискацијом имовине, а чак и смртном казном, при чему се нагласак ставља на конфискацију имовине, што је вероватно и био мотив увођења ових мера.¹⁴ Након ових прогона хришћана, уследили су знатно озбиљнији, како по броју жртава тако и по сировости, прогони Диоклецијана.

Диоклецијанови Едикти који говоре о хришћанима вероватно већим делом нису сачувани, нешто од тога преузео је Теодосије у свом кодексу, а Јустинијан као хришћански владар их је изоставио. Известан број података о Едиктима којима су прогони хришћана покренути могу се наћи код Лактанија, хришћанског аутора из IV века, који Диоклецијана назива *"celerum inventor et malorum machinator"*.¹⁵ Поред тога рани хришћански писци и хришћанска "патристичка" сачували су успомену на те прогоне. Та хришћанска традиција допринела је прилично мрачном лицу који је Диоклецијан оставио историји.

Непосредне поводе, као ни узроке прогона хришћана није једноставно утврдити. Тим пре што како смо већ рекли није сачуван велики број документа, а чак ни двојица хришћанских писаца који нам дају податке, Лактаније и Еусебије се не слажу потпуно у осни тежине и сировости прогона. Имајући у виду тежње и комплетну политику Диоклецијана, као и његових претходника, могли би се са великим вероватноћом утврдити разлози и мотиви прогона. Диоклецијан, реформаторски "расположен" интервенисао је и уводио новине на готово свим пољима: организација државе, управа, војска, финансије, занатство, трговина, порези. Вероватно да су интервенције у овој сferи, верској политици, само наставак његових реформаторских замисли. Из око 1200 сачуваних рескрипата, приватно правне природе, који потичу од Диоклецијана, провејава религијски дух.¹⁶ Диоклецијан се пре

10 Tacit, Ann., XV, 44

11 Suet., Nero, 16.

12 Плиније, Писма, Ю, 97.

13 Ромац, А., оп. сит., стр. 288 и 290.

14 Allard, P., Le Christianisme et l'Empire Romain, VIII, wdit, Paris, 1908., стр. 108.

15 Lactantius, c. 7.1; 13.1

16 Stade, K., Der Politiker Diokletian und die letzte grosse Christenverfolgung, Frankfurt am Main, 1926, стр. 118.

свега појавио као обновитељ старе римске религије.¹⁷ Истовремено је по угледу на источне монархије, наглашено божанско порекло царске власти. Јунитер је сматран за главног царевог заштитника и био је извор његове највише власти над светом. Све то није сметало Диоклецијану да неких 18 година толерише хришћанство тј. имао је у неку руку позитиван став према њему,¹⁸ а чак су његова жена и кћи, као и многи истакнути дворани исповедали хришћанску веру.¹⁹

Како и на који начин је дошло до промене става према хришћанству питање је од великог значаја. Да ли је Диоклецијан у свом опредељењу за очувањем стarih вредности јавног живота и у свом оживљавању пагонског веровања могао да одржи стриктну неутралност пред растућом амбицијом Цркве? Још током година које су уследиле после покушаја Деција и Валеријана да ослабе и разбију снагу Цркве, хришћанска вера је обезбедила своје позиције: сада је то била "држава у држави", исувише јака и дисциплинована да би је игнорисали.²⁰ Хришћанство је већ било раширено у скоро свим слојевима римског друштва, а по својој суштини било је опозиционарско учење према Царству. Највећа опасност претила је од ширења хришћанства у војсци. Чак је и један закон донесо јер није више могао гледати како се у његовој војсци потконосају ред, послушност и дисциплина, а све због ширења хришћанства у њој.²¹ Хришћанско учење је било револуционарно, јер богове које је цар поштовао, сматрало је злим демонима, тако да је Диоклецијан имао разлога да се против њега бори. Но вероватније је да је извршен велики притисак на цара од стране представника и заговорника агресивнијег и истолерантнијег паганизма, чији је вођа без сумње био Галерије²² као и покушај најљења нарке налете у Никомедији,²³ одлучујуће утицаји на велики прогон хришћана од стране Диоклецијана.

Можда ипак разлог прогона хришћана пре треба тражити у Диоклецијановој жељи да обнови и сачува Царство, у његовом конзервативизму и везаности за римску традицију. Вероватно је Диоклецијан када је већ скоро све своје реформе спровео, донесо одлуку да се ослободи утицаја хришћанске Цркве, да поново усностави старе римске религиозне традиције и да на тај начин добије и идејну подлогу целокупног свог рада.²⁴ Ова идеја чини нам

17 Машкин, Н.А., Историја старог Рима, Београд, 1982, стр. 494; Ромац, А., оп. cit., стр. 62.

18 Pareti, L., Historija čovječanstva, Stari svjet, Zagreb, 1967, стр. 41; Sinigen, W.G., Book, A.E.R., A History fo Rome to A.D. 565, New York, 1978, стр. 412; Машкин, Н.А., оп. cit., стр. 494; Finley, M.J., Aspects of Antiquity, Discoveries and Controversies, Chatto & Windus, 1968, стр. 141.

19 Lactantius, c. 10

20 Cook, S.A., i dr., The Cambridge Ancient History, vol. XII, The Imperial Crisis and Recovery A.D., 193-324, Cambridge, 1939., стр. 338.

21 Lactantius, c. 10; 14

22 Ibid., c. 10

23 Lactantius, c. 14; Stein, E., Geschichte des Spätrömischen Reiches, Wien, 1928, t.I., стр. 120.

24 Stein, E., op. cit., t.I, str. 113, Allard, P., Le Christianisme et l' Empire Romain, VIII, dit, Paris, 1908, стр. 119.

се прихватљивијом јер је Диоклацијан заиста био велики поборник старих римских традиција.

Диоклацијан је 303. и 304. године издао четири Едикта против хришћана. Први Едикт издат је 29. фебруара 303. године, а захтевао је уништење хришћанских цркава и књига.²⁵ Пре издавања овог Едикта, зиму 302-3. год., провели су Диоклацијан и Галерије у Никомедији и тада га је, вероватно, Галерије саветовао да почне са прогонима.²⁶ Јер, по речина Лактанија: "Када би одлучио да учини неко добро онда је то чинио без ичијег савета, како би сам био похваљен; али када је требало урадити какво зло, а зато јер је знао да за то треба да се укери, почињао је много да га саветују, како би грех био приписан другима, а сам би се од свега опрао".²⁷ Други и трећи Едикт захтевали су да се свештенство свих рангова затвори и примора на жртву државним боговима.²⁸ Четврти Едикт из 304. године тражио је да се сав народ врати старој религији и да приноси уобичајене жртве. Прогони Диоклацијана били су систематски и нису били уперени само против цркве и њене хијерархије већ и против верника. О броју жртава ових прогона не може се ништа поуздано рећи, јер нема сачуваних података. О свирепости и жртвама можемо доносити извесне закључке само на основу веома пристрасне оцене Лактанија. Претпоставља се да је број жртава ипак био велики, а вероватно знатно већи на Истоку, јер су тамо владали Диоклацијан и Галерије,²⁹ мада су едикти важили на читавој територији Царства. Уосталом у тим деловима Царства је и било знатно више хришћана. Прогон је трајао и 305. године када је владавина Диоклацијана окончана.

Сукоб са хришћанима био је жесток. Било је пуно верника који су ослустали од своје вере, али је зато било много више оних који су издржали притисак римских царева и на крају извојевали моралну победу. Диоклацијан је схватио, као и многи државници пре и после њега, да је ушао у сукоб са снагама које не поштују законе по којима је он постао славан, каже Куک.³⁰

Иронија судбине је да је овај жестоки непријатељ хришћанства имао у ужој породици два припадника те нове религије: жену и кћер. Оне су, по његовој смрти, ликвидиране.³¹

SUMMARY

CHRISTIANITY IN THE TIME OF DIOCLETIAN

Christianity is phenomenon which represents turning point in history of mankind. The period of increasing economic crisis, and great poverty of citizens had result in

25 Lactantius, c. 12; 13

26 Ibid., c. 10; 1

27 Ibid., c. 11

28 Ibid., c. 15

29 Ракович, А.Б., Очерк истории ранехристианской церкви, Москва, 1941., стр. 241-243.

30 Cook, S.A., i dr., op. cit., str. 339.

31 Lactantius, c. 15, 51

loss of hope and faith in the sance of life. These conditions were very favorable for greater spreading of Christianity. Up to the third century Cristians were minority and they could be found in lower cosiety classes. Roman rulers also were not fond of Christianity. In the times of Nero, Domitian, Marcus Aurelius, and Alexander Sever, there were some persecutions of Christians. But those persecutions were not important to be mentioned. The real persecutions of Christians were during the rule of Decius from 249. to 251 A.D. Meny Christians were seriously driven into exile during the rule of Valerian in 257 and in 258 A.D.

More serious, by the number of victims and by the intensity of cruelty, were persecutions of Diocletian. At the same time, his persecutions were last in the history. Diocletian brought four edicts which were related to persecutions of Christians. It is very difficult to find dirrect causes and motives of persecutions, because documents which considered that problem were not enough. By the number of victims we can easily say that persecutions were systematic and brutal. The consequences of frequent persecutions were that large number of believers gave up their religion; but the group who endured pressure, and at last won the moral victory outnumberes the first group.

**Др Драгољуб Д.
СТОЈАНОВИЋ
редовни професор Правног
факултета у Крагујевцу**

**ПРОДАЈА СА
ЗАДРЖАВАЊЕМ
ПРАВА
РАСПОЛАГАЊА
ОДНОСНО ПРАВА
СВОЈИНЕ КАО
СРЕДСТВО ЗА
ОБЕЗБЕЂЕЊЕ
ПОТРАЖИВАЊА**

УВОД

Данас је у модерном трговачком промету задржавање права својине (actum reservati dominii) један од најраспрострањенијих инструмената за обезбеђење испоручиоца роба. Овај институт предвиђа и наш Закон о облигационим односима у чл. 540, али се мора одмах истаћи да се он врло рестриктивно примењује и да је под великим хипотеком друштвене својине и њене заштите, што је одговарало неким ранијим временима, када је догма о друштвеној својини била владајућа, а данас постаје коначница у промету, један реликт "социјалистичког права" кога се привредна, односно трговачка пракса мора ослободити, ако жeli да послује по правилима које познаје читав развијени свет. С тога се у овом раду ишћемо много бавити како је задржавање права својине регулисано код нас, већ како оно постоји у упоредном законодавству европских држава и општим условима које за своје пословање користи трговачка пракса код закључења уговора о купопродаји покретних ствари, за које купац не плаћа куповну цену, јер је плаћање одложено (било што се роба плаћа чеком који тек треба да буде реализован, било што продавац даје кујицу робни кредит или је шаље на дистанцу, па ће тек по приспећу бити у одређеном року плаћена, јер се тржиште знатно проширило).

Пре него што пређемо на излагање како овај институт функционише у трговачкој пракси европских земаља, истаћи ћемо рестрикције које овом институту поставља наш Закон о облигационим односима.

У ст. 1 чл. 540 ЗОО, истакнуто је да "продавац одређене покретне ствари може посебном одредбом

уговора задржати право располагања односно право својине и после предаје ствари купцу, све док купац не исплати цену у потпуности".

Дакле, потребна је за задржавање права својине изричита уговорна одредба (она се пренетије не претпоставља). Предмет задржавања права својине могу бити само покретне, а не непокретне ствари (робе, машине, моторна возила и друга средства).

Задржавање права располагања односно својине, има дејства према купчевим повериоцима само ако је оно учињено у облику јавне оверене исправе, пре купчевог стечаја или пре пленидбе ствари (сл. 2 чл. 540 ЗОО). Овај захтев, која друга права не постављају, се правда сигурношћу правног промета, односно заштите трећих лица (иначе право задржавања својине сида у упоредном законодавству у тајни - без публичитета средстава обезбеђења, што му је велика мана).

Најзад у ст. 3 чл. 540 ЗОО је превиђено да када је реч о задржавању права располагања односно права својине на оним покретним стварима о којима се воде посебне јавне књиге да се на таквим стварима може задржати право располагања односно право својине, само ако је то предвиђено прописима о уређењу и вођењу тих књига.

Треба истаћи и то, што свакако представља највећу рестрикцију које наше право поставља за примену овог института (мислим да је време учинило ову одредбу потпуно излишном и депласираном) да задржавање права располагања није дозвољено уговорити у односима који настају између друштвено правних лица, изузев ако је то савезним законом друкчије одређено, (ст. 4, чл. 540 ЗОО). То значи да друштвено-правна лица могу уgovarati продају са задржавањем права располагања када она послују са другим субјектима која немају статус друштвено правних лица а такође и када послују са иностраним субјектима.

Продаја са задржавањем права располагања, односно права својине, је такав вид уговора о продаји у коме продавац задржава право располагања односно право својине на продатој и предатој ствари све док купац не исплати цену. Актом предаје купац не стиче право располагања односно право својине већ само државину ствари. Продавац остаје носилац права располагања односно он остаје власник ствари, све до момента исплате цене. Одступање од основног вида уговора о продаји је, дакле, у томе што предаја овде не значи акт којим се заснива право располагања односно право својине, већ акт којим се стиче само државина ствари.¹

Задржавање права својине (употребљаваћемо у даљем тексту само овај термин) је у светлу странака из купонпродајног уговора врло функционално средство обезбеђења, јер уважава интерес обе стране уговорнице. Купац је за њега заинтересован, јер ствар може да поседује и користи, па чак уз сагласност продавца може он купљену робу да прерађује и даље отуђи, наравно уколико су уговорена одговарајућа приклучна средства обезбеђења. За

1 Слободан Петровић: Коментар Закона о облигационим односима, Г. Милановац, Књ. II стр. 187.

купца је битно и то, да он није власник и да није у потпуности исплатио куповну цену, што остаје тајна за његове пословне партнere.

Интерес продавца покрива се делом са интересом купца: и продавац је због већег промета робом заинтересован да купац у свом предузећу куповну цену може да заради. Затим, у многим случајевима продавац продату ствар не може дugo да лагерује и зато тежи да је што пре испоручи купцу. Продавац задржава за себе у таквим случајевима функцију обезбеђења и уновчења својине, и обе остварује према купцу.

Проблематично је пресуђивање задржавања права својине са аспекта других поверилаца купца. Купац се окружује стварима (автомобилима, камионима, инвентаром, машинама, робним залихама) под велом чињенице да му оне не припадају. Његови повериоци га сматрају да је имовински моћан него што је у стварности, а у случају инсолвентности нема своје имовине из којих би се могла наплатити њихова потраживања. Право задржавања својине спада у тајна (без публицитета) средства обезбеђења и то има одређене негативне последице. Али са друге стране се мора истаћи, да се у пракси трговца управо испоручиоци роба осигурујају према купцима од стечаја овим средством.

Практични значај задржавања права својине се у привредном животу најразвијенијих земаља у Европи тешко може проценити. У Немачкој је на пример у 1960. години индустрија и велетрговина обезбеђивала 90 до 100% робних кредита преко задржавања права својине.²

1. ЗАСНИВАЊЕ ПРАВА ЗАДРЖАВАЊА СВОЈИНЕ

Истакли смо да је клаузула о задржавању права својине садржана у уговору о купопродаји (чл. 540 ЗОО, §455 Немачког грађанског законника).

Објашњавајући правну природу уговора о купопродаји код која је уговорено право задржавања продавца, већина аутора код нас сматра да се код оваквог уговора ради о уговору закљученом са условом. Разлике постоје у томе, што се овде условљава сам уговор или предаја ствари као начин преношења својине.³ Према проф. Вуковићу, закључење уговора је безусловно али је плаћање куповине цене везано за услов.⁴ Проф. Слободан Перовић сматра да се овде не ради ни о акту условљавања предаје или исплате цене, већ о условљавању самог уговора о продаји. Уговор је већ произвео правна дејства: странке су се обавезале и дошли је до предаје ствари и евентуално до исплате једног дела цене. Уколико се не исплати цена у потпуности, што је неизвесна околност, продавац може захтевати раскид уговора и повраћај ствари. Неисплата цене представља, по проф. Перовићу, раскидни услов, ако се његово дејство посматра у односу на уговор у целини.⁵

2 Scholz-Iwowski: Das Recht des Kreditsicherung, 5 Aufl, Berlin, 1980 стр. 673

3 Аранђеловац: О задржавању права својине од стране продавца на продатој ствари, Расправе из приватног права, Београд 1913, стр. 29

4 Вуковић: Обvezno право, Књ. II, Загреб, стр. 236

5 Слободан Перовић Коментар Закона о облигационим односима Књ. II Г. Милановац 1980, стр. 191

Насупрот томе, према §455 НГЗ, ако продавац задржи право својине на покретној ствари, у случају сумње то значи: 1. да је својина пренета на купца као претходна чинијда продавца под одложним условом до исплате у потпуности купопродајне цене и да је 2. продавац у случају доње купца у исплати цене овлашћен да одмах одустане од купопродајног уговора.

Задржавање права својине треба по законској концепцији да буде саставни део уговора о купопродаји и купац се са продавцем у том мора сагласити (уговорено право задржавања). За обавезу чинијде продавца споразум о задржавању права својине значи да је он у односу на фактичку предају робе (препуштање држављане) обавезан на претходну чинијду али не и на пренос права својине. Он је може према § 455 НГЗ везати за одложни услов до потпуне исплате куповине цене. Овде се ради о такозваном простом задржавању права својине.

Прихваташем задржавања права својине у купопродајном уговору не ствара никакве проблеме, ако су продавац и купац о том индивидуалном преговарали и изричito се споразумели.

Не може се са сигурношћу одговорити на питање, да ли се задржавање права својине може и прећутно (конклudentном радњом) уговорити, као и да ли и када оно важи као трговачки обичај и без изричитог споразума. За могућност таквог настанка говори vanредна распрострањеност задржавања права својине у трговачкој пракси у европским државама за послове код којих није цена одмах исплаћена, па се оно само по себи разуме. Међутим, инострана судска пракса је по овом питању уздржана, због јасних односа који морају постојати између уговорних странака, али и трећих лица, који се појављују као даваоци кредита, стицаоци, с правом захтева да право задржавања својине буде изричito уговорено. Ко се позива (као продавац или његов следбеник) на задржавање права својине, мора доказати да постоји споразум о томе. У току дуже пословне везе може задржавање права својине да буде саставни део општих услова пословања, и према судској пракси оно може бити и прећутно уговорено.

У већини случајева право задржавања својине садржано је у општим условима пословања продавца. Његова пуноважност за појединачне уговорне односе пресуђује се према прописима о укључењу и пуноважности у индивидуални уговор клаузула општих услова пословања. Ако се општи услови пословања примењују према нетрговцима, за њихово укључивање у индивидуални уговорни однос мора да постоји изричiti споразум о подвргавању под опште услове пословања.

Код примене општих услова пословања према трговцима довољно је да уговорни партнери укаже на своје опште услове пословања, и да им се друга страна не супроставља, иако они њој нису ни послати.

Ако у купопродајном уговору није уговорена клаузула о задржавању права својине, и ако продавац испоручи робу, без изричите изјаве о задржавању права својине, то је у испоруди садржана понуда о безусловном преласку права својине, на купца. Купац са пријемом робе постаје власник. После испоруке робе, на пример на рачуну који следи, не може се више једнострano

изјавити о задржавању права својине. Продавац који једнострano утврђује задржавање права својине које није уговорено, поступа противно уговору.

2. ДЕЈСТВО ЗАДРЖАВАЊА ПРАВА СВОЈИНЕ

A) ОБЛИГАЦИОНО-ПРАВНО ДЕЈСТВО

Уговорено задржавање права својине има облигационоправно дејство. Оно се састоји у томе да продавац робу мора да испоручи купцу путем претходне чинидбе, али да му својину тек пренесе у моменту потпуне исплате куповне цене. Утолико он остаје при обавези чинидбе за чинидбу. Продавац са задржаним правом својине је овлашћен да одустане од уговора, ако купац са исплатом падне у доцњу.

Одустајање од уговора има дејство да се уговор о купопродаји трансформише у однос раскинутог уговора у коме обе странке треба да врате чинидбе које су примиле. За привремено коришћење купљене ствари мора се платити накнада.

Код куповине на отплату у Немачкој купац је заштићен од штетних последица повраћаја купљене ствари посебним Законом о куповини на отплату. За случај одустанка продавца, или повраћаја ствари на основу задржавања права својине, § 1 и 5 овог Закона предвиђају следећа правила:

Са раскидом уговора настаје однос реституције. Свака страна мора да врати примљену чинидбу, дакле купац купљену ствар, продавац већ извршена плаћања, укључујући евентуално уговорну казну коју је купац плаќао. Ако је купац за купопродајну цену акцептирао меницу, продавац је мора вратити и купац је од датог осигурања слободан.

Ако уговорне одредбе одступају од прописа Закона о куповини на отплату, оне су иштавне, (§ 1 ст. 1 Закона). Одредбе закона штите купца од раније уобичајених клаузула према којима је раније извршене отплате цене задржавао продавац.

У § 5 Закона о куповини на отплату императивном нормом се предвиђа да узимање ствари назад од стране продавца на основу задржаног права својине повлачи са собом последице које настају вршењем права одустанка од уговора.

Продавац може против купца да подигне следеће захтеве, пошто је одустао од уговора:

Захтев за накнаду "трошкова учињених због уговора". Ту спадају, на пример заступнички трошкови, трошкови финансирања паковања, порез на промет, али не и трошкове већ садржане у купопродајној цени, као што су трошкови производње, канцеларијски трошкови и реклами трошкови.

Захтев за накнаду штете на ствари које је купац проузроковао по правилу он мора бити крив за њих. За коришћење ствари обичном употребом купац не сноси накнаду штете. Напротив, купац мора да плати накнаду за вредност коју је добио преношењем употребе ствари на другога. То је по правилу вредност примљене закупнине за ствари. Ако дође до смањења вредности ствари, која се тиме не може поравнати, (поједине ствари трпе већ у моменту испоруке купцу смањење тржишне вредности), што треба узети у

обзир. Ништаве су одредбе споразума о плаћању веће накнаде за коришћење ствари од оне коју закон предвиђа (ст. 1 § 2 Закона о куповини на отплату).

Захтеви продавца на повраћај ствари, па накнаду за пренунгну употребу ствари итд. и захтеви купца на повраћај свих примљених уплатна име куповине цене испуњавају се из руке у руку. захтеви продавца за накнаду за коришћење ствари и купца на повраћај примљених уплатна могу се компензирати, тако да треба платити сада тражбину било продавцу или купцу ради написа. Ако продавац хоће да због доцње купнице у исплати, вместо одустанка од уговора да захтева накнаду штете због неиспуњења, мора он да купцу одреди пакнадни рок за испуњење чинилбe и да му запрети раскидом уговора, сходно ст. 1 § 326 НГЗ. По истеку пакнадног рока без резултата, може продавац да захтева повраћај купљене ствари на основу свог задржаног права својине и због тога насталу накнаду штете. Ако он не жели да одустane од уговора остаје му могућност да захтева поред куповне цене накнаду штете због доцње купца према ст. 1 § 286 НГЗ.

Продавац код задржавања права својине обезбеђује свој захтев за ис-плату цене код купонпродаје на кредит. Одустанак од уговора и тиме настали односи реституције за продају представљају само неспоштовању ситуацију у реализацији свог обезбеђења. Овлашћење да може купцу ствар одузети по одустанку од уговора треба само да носредио изврши пригисак на купца који се интересује за ствар да плати куповину цену. Повраћај купљене ствари уз истовремено жrtгованje захтева за исплату купонпродајне цене продаји уопште не интересује. У већини случајева повраћену ствар он тешко може поново продати, осим тога у томе продајна спречава промет нових производа.

Према томе у првом реду обезбеђује задржавање права својине тражбину купонпродајне цене, а у другом реду захтев за раскид уговора, али се не може продају као примаоцу обезбеђења принципијелно забранити да ствар на којој је задржано право својине као средство обезбеђења узме у државину ако купац падне у доцњу са исплатом куповне цене и тако настане случај обезбеђења. Ништа другачије не може важити код аналогне примесе ст. 2 § 223 НГЗ ("Ако је за обезбеђење једног захтева право пренето, не може се поновни повраћај захтевати на основу застарелости захтева"), ако купац одбије исплату позивајући се на застарелост тражбине. Задржавање права својине, је као и код других средстава обезбеђења средство притиска на дужника да он испуни своју чинилбу⁶.

Немачка судска пракса је најпре полазила од тога да продајац који је задржавао право својине може захтевати повраћај своје ствари код доцње у исплати куповне цене од стране купца односно (после застарелости тражбине из купонпродајне цене) код одбијања исплате на основу свог задржаног права својине према § 985 НГЗ. Засновано право на државину на основу купонпродаје престаје са доцњом купца односно његовим одбијањем да плати купонпродајну цену.⁷ Међутим, Савезни врховни суд Немачке је указао и на

6 Dr Rolf Serick: Eigentumsvorbehalt und Sicherungssubereignung, Bd. I-5, 1963-1982 Hidelberg, Bg I, str. 211

7 Dr. Rolf Serick: Op. cit. str. 136

то, да је код доцње као једне временски ограничено и још савладиве сметње у испуњењу учинићбе повраћај ствари у већини случајева неодговарајући. Он доводи под одређеним околностима до тешког захвата у производни процес купца који је по значају исто тако вредан као и интерес продавца. Враћена ствар наиме не задовољава интересе продавца за куповном ценом, с тога он мора бити спреман да одржи чинидбу, уколико није коначно утврдио, да купац не може вити да плати. Захтев за повраћај ствари може да има широкозни аспект. Понеко продавац захтев за исплату купопродајне цене не мора да жртвује, може он такође врло брзо да узме у своје руке захтев за повраћај ствари. С тога се може, полазећи од суштине продаје на кредит ограничити право на повраћај ствари на такве случајеве у којима продавац не жели да се одрекне свог захтева на исплату куповне цене, не може да претпостави да ствар треба да остане у државини купца. За такву одлуку треба одмерити интересе обе стране, при чему треба узети у обзир циљ уговора, економску функцију продаје на кредит и опште узајамне односе између производиље и трговине. Само задоцњење у исплати куповне цене не заснива такву неочекиваност. Ако је ипак купљена ствар у мало-продаји због чекања или не одговарајућег поступања посебно брзо почела да губи вредност, не може продавац прихватијем овог смањења обезбеђења за време задоцњења у исплати купца да не претпостави. Право на повраћај ствари може доћи у обзир и код других понашања противних уговору.

Б) СТВАРНОПРАВНО ДЕЈСТВО ЗАДРЖАВАЊА ПРАВА СВОЈИНЕ

Стварноправно дејство уговореног као и једнострани изјављеног (противно уговору) задржавања права својине је тако одређено, да је прелазак својине на ствари на којој је задржано право својине предајом уговорено, али под одложним условом до потионе исплате куповне цене. Прелазак својине не настаје одмах, већ тек са потпуном исплатом купопродајне цене, тако да она прелази аутоматски, тј. без даљег чињења продавца и без обзира на даље постојање његове воље за такво преношење. Дакле купац који је исплатио куповну цену има у својим рукама право својине.

Продавац који је задржао право својине остаје власник ствари. Његова својина је под раскидним условом ако се плати куповна цена и она у том моменту прелази на купца. При том је свеједно да ли је купац сам или неко трећи за њега платио. За продавца из овога произилази ограничење његове моћи. Он остаје власник и може овом својином у корист трећег лица располагати. Али правни положај купца се тиме не дира: чим он исплати купопродајну цену настаје услов, а свако касније располагање губи своје дејство, трећи губи аутоматски свој стечени правни положај који је настао каснијим располагањем. Пример: лице V испоручи са задржавањем права својине аутомобил продат на отплату лицу K. За премошћивање времена до исплате свих рата купопродајне цене, лице V узме зајам од банке B, за чије обезбеђење пренесе он на банку B задржано право својине на аутомобилу. Чим K исплати купопродајну цену B, банка B губи својину. Власник постаје лице K.

Купац ствари на којој је задржано право својине стиче кроз условни пренос својине "право очекивања" да ће постати власник.

Право очекивања је у теорији признато као једно стварно право слично праву својине.⁸ Можда се најбоље објашњава његова функција конструкцијом поделе својине: Продавац постиже функцију коришћења својине⁹. Право очекивања није регулисано у закону, али закон изричito допушта условно преношење својине у § 455 НГЗ и заштићује купца такве ствари од даљег раснолагања продавца и противзахтева повериоца продавца на купљеној ствари (§ 161 НГЗ). Он има независно од воље продавца изгледе на стицање својине, коју он само може реализовати исплатом. Ова правна заштићена позиција купца је полазна тачка за обликовање "права очекивања", што оди овако пристрелим интересима како купца тако и продавца. Купац који је један део куповне цене већ платио, има један одговарајући удео у вредности ствари на којој је задржано право својине и она се може економски сматрати саставним делом његове имовине. Овај удео са повећањем отплатом дуга куповне цене расте и он обухвата већи део вредности ствари. Али купац постаје власник ствари тек потпуном исплатом.

У облику права очекивања се кроз заштиту изгледа на стицање својине купца, и кроз стицање одређене вредности купљене ствари одговарајућим исплатама, чија вредност постаје стварни део имовине купца, се већ може стварно раснолагати: Купац може своје право очекивања пренети на треће лице, чије има велики практични значај за обезбеђење кредитита. Он то своје право може задолжити, оно може као и сама ствар бити обухваћено законским задолжним правом (закуподавца, хипотекарног повериоца) и подлеже припудном извршењу од стране поверилаца и купца. Против противирање повреде права очекивања купац је као титулар право очекивања заштићен према сваком као власнику ствари.

Он поседује облигацијоно право па државнику према продавцу на основу купопродаје, а на основу права очекивања стварно право па државнику купљене ствари које делују према свима.¹⁰ Код одузимања ствари на којој је задржано право својине купац има захтев за повраћај ствари према § 985 НГЗ односно 1007 НГЗ. Код одузимања државнице противирањем радијом припадају му државничке тужбе.

Право очекивања је по својој суштини исто као и право својине. Оно представља прстходни ступањ у стицању својине. Из тога произилази да без обзира на евентуалну промену воље продавца који је задржао својину или без његовог чињења купац са исплатом ће гоматски стиче пуно право својине. Право очекивања се као и право својине преноси према § 929 НГЗ.

Егзистенција права очекивања зависи од постојања уговора о купопродаји. Оно се гаси аутоматски, ако више не постоји захтев за исплату купопродајне цене, и ако се уговор не може више испунити уз услов потпуне исплате куповне цене, нарочито ако је продавац због доцње купца у исплати куповне цене одустао (раскинуо) уговор о купопродаји.

Право очекивања се као и пуна својина преноси сагласношћу о преносу и предајом ствари (§ 929 НГЗ) или сагласношћу и сурогатима предаје (радијом

8 Dr Fritz Baur: Lehrbuch des Sachenrechts, 12 Aufl. Munchen 1983, str. 624

9 Dr Fritz Baur: Op. cit. str. 625, 638

10 Dr Fritz Baur: Op. cit. str. 603

brevi manu, cessio vindicationis - § 930 и 931 НГЗ). Сагласност се сасвим природно не односи на пренос права својине већ на пренос права очекивања. Преношење права очекивања не може се уговором искључити (§137 НГЗ). Преношење права очекивања се често предузима због обезбеђења кредита. На пример: Лице К се бави узгојом кокони. Лице В му уз задржавање права својине испоручи пилиће које је К арендује делом исплатно. Лице К је од лица Х купио храну за пилиће на кредит. За обезбеђење кредита уговорили су К и Х да право очекивања својине на још неисплаћеним пилићима треба да пређе са Х а да лице К треба да њега да пилиће чува и даље храни.

Напољај продавца као власника који је задржао право својине се преносом права очекивања не дира. Ако он због зајонињења у погледу исплате купонродајне цене одустане (раскине) уговор, престаје право очекивања, иако је на тројем било пренето. Право очекивања остаје повезано са судбином уговора о купонродаји. Зато није потребно да продавац као власник да сагласност за преношење права очекивања. Преношењем права очекивања губи купац свој положај лица које очекује да му настане право својине, и тај положај предлази на стинаона права очекивања. Тим стинаоном добија са потпуном исплатом куповне цене својину непосредно од продавца који је задржао право својине (директно стинање). Задржано право својине не следи пут права очекивања, дакле, не иде најпре (у једном заминујућем моменту) у имовину купца (не постоји никакво стинање у међувремену).¹¹

Директно стинање својине за стинаона права очекивања има велики значај. Ако отуђилац права очекивања (купан коме је задржано право својине) по предласку права очекивања падне под стечај, то би својина код међупредлаза пала у стечајну масу. Али пошто настанком услова (исплатом куповне цене) право очекивања се претвара у потпuno право без међустинања, за стинаона овог права не настају никакве штете.¹²

Стиналан може пренос праву својине да произведе за себе непосредно од продавца који је задржао право својине на продатој ствари пошто он њему исплати остатак куповне цене.

Од преношења права очекивања мора се јасно разликовати пренос права својине на ствари. Колико преношења својине поступа купац коме је на ствари задржано право својине као неовлађено лице. Он може својину пренести само уз сагласност продавца. У осталим случајевима долази у обзир само савесно стинање од неовлађеног лица. Ако купац при преносу својине на ствари прећутти да је на њој задржано право својине и обрнуто ако нови стиналан стекне ствар несавесно, он стиче (конверзијом према § 140 НГЗ) уместо својине само право очекивања, са којим је купац коме је задржано право својине на ствари могао располагати.¹³

К је стекао телад са задржавањем права својине. Он ту чинjenicу прећутти својој банији да је стекао својину са задржавањем права од стране продавца и уговори са банком пренос својине на телади ради обезбеђења кредита на основу фiktивне предаје ствари путем *constitutum possessorium* сходно § 930

11 Dr. Fritz Baur: Op. cit. str. 618, 688

12 Dr. Fritz Baur: Op. cit. str. 626

13 Dr. Fritz Baur: Op. cit. str. 688

НГЗ. Банка није стекла својину јер је телад остала у државину лица К, али је она стекла право очекивања и може исплатом остатка куповне цене У да постане власник на телади.

Право очекивања се може стечи и од неовлашћеног лица, према правилима које важе *mutatis mutandi* за савесно стицање својине од невласника, сходно § 932 НГЗ. То се може најбоље објаснити следећим примером: у робном лагеру трговца V са електроапаратима налази се машина за прање судова која је од велетрговца G омашком испоручена, а од држаоца лагера V примљена. У отуђи у незнану ових чињеници машину за прање судова муштерији К са задржавањем права својине, који оправдано сматра да је власник машине V. Г захтева машину од лица К да му врати, јер му она није била плаћена од стране V. К одбија повраћај машине и наставља и даље да по плану плаћа отплате лицу V.

У овом случају је лице К савесно стекло "право очекивања својине", према правилима о савесном стицању од невласника (§932 НГЗ), исплатом пуне куповне цене V он ће постати власник машине за прање веша. За заштиту савесног стицања долази у обзир моменат стицања права очекивања, тако да за К нема никакве штетне последице што је он при исплати последње рате сазнао да лице V није био власник машине.

3. ПРЕСТАНАК ПРАВА ЗАДРЖАВАЊА СВОЈИНЕ

Најважнији разлог за престанак овог права је постанак одложног условия, дакле код пристог задржавања права својине потпуна исплата купонреквијус цене. Тиме прелази својина на купца, а ако је он право очекивања својине пренео на трећег, онда на ово лице.

Обрнуто, ако кунац не плати а продавац одустане од уговора (раскине га), право задржавања престаје и гаси се право очекивања кунаца да ће за њега својина постати.

Право задржавања својине престаје такође, ако кунац добра на коме је задржано право својине ово пуноважно отуђи. То он може само уз овлашћење продавца, сходно § 185 ст. 1 НГЗ ("ако располаже предметом неовлашћено лице располагање је пуноважно ако за то да сагласност овлашћено лице"). Таква овлашћења су у трговачком премству правило.

Вине пута може овлашћени купац по § 185 НГЗ са задржаним правом својине без покрића свог продавца, да робу на коју је задржано право својине поново отуђи, са задржавањем права својине, ако његове муштерије нису робу платиле у готовом. Ово друго задржано право својине означава се као накнадно располагање с правом задржавања. У овом случају не губи продаја своје задржано право својине при испоруци робе клијентима свог кунаца, већ тек, ако клијенти плате робу куницу или ако кунац у потпуности исплати куповну цену продавцу. У првом случају постаје клијент (јањи купац) власник робе (јер је кунац на располагању био овлашћен од свог продавца према § 185 НГЗ); у другом случају постаје власник купац а својина прелази на његове клијенте тек по исплати тражбине његовом продавцу.

Право задржавања својине може престати и услед спајања или смеше робе на којој је задржано право својине са другим робама или прерадом

ствари на којој је задржано право својине у нову ствар или трошењем (товари, материјала за храну).

Најзад може се продавац одрећи свог права задржавања својине при чему купац постаје власник ствари.

4. ПРОШИРЕНО ПРАВО ЗАДРЖАВАЊА СВОЈИНЕ

О проширеном праву задржавања својине у трговачком праву говори се ако задржано право својине према купцу треба да осигура не само потраживање купопродајне цене већ и друге тражбине продавца (или чак и других поверилаца). То се дешава у случајевима ако је услов тако стипулисан у купопродајном уговору, да продавац задржава право својине, док год се не испуни тражбина из куповне цене, као и друге осигуране тражбине. Страна судска пракса начелно одобрава проширено право задржавања својине. Међутим, то има за последицу да стицање својине купца на роби, коју је већ дugo исплатио се одлаже и да под таквим околностима оно не настаје. То прикријва стварије својинске односе и може пословном партнера купца да обмане о његовој кредитној способности. Оваква клаузула у уговору доводи до претераног сужавања привредне покретљивости купца и до неправедног обезбеђења продајнице. Због тога је допуштено проширено задржавање права својине врло проблематична и зависи од сваког конкретног случаја. Најчешће се проширено право задржавања својине проводи уз помоћ општих услова пословања.

Клаузула о проширеном праву својине добија различите верзије. Она се употреби може оправдати ако се односи на одређене, у тренутку испоруке постојеће и друге тражбине које из уговора о купопродаји још нису настале. Веома распрострањено је такозвано конто коренто задржавање права својине, јер оно обухвата не само постојеће већ и будуће настале тражбине према купцу.

Ове клаузуле отприлике гласе: "испоручена роба остаје до потпуне исплате куповне цене, као и за све тражбине из укупног пословног односа, својина продавца". Или "1. До испуњења свих тражбина (укључујући целокупне садеље тражбине из конто корента које припадају продавцу) из сваког правног односа према купцу сада или убудуће и продавцу се грантује следеће обезбеђење... (2) Роба остаје својина продавца".

Питање допуштености конто коренто задржавање права својине, нарочито питање повлачења тратница, остаје необјашњено. Међутим, питање задржавања права својине из конто корента због своје распросрдањености у трговачком промету је уобичајено и не представља изненађујућу клаузулу. Али његова примена на истрговце нема чврсту подлогу. Укључивање будућих тражбина које не стоји ни у таквој вези са уговором о купопродаји је сумњиво, ако странке не практицирају прави контокоренто.

SUMMARY

CONDITIONAL SALE AS A MEANS OF SECURITY CLAIMS

Today in modern trade keeping the right on property „pactum reservati domini“ is one of the most popular instrument of security of the goods delivery.

Such an institution is recognised by our Law of Obligations (Article 540) but it must be stressed immediately that it is applied in a very restricted way and is under the big mortgage of the social property and its protection. That was in correspondence with some other periods of time when the dogma of the social property was governing. Now it becomes a sort of an obstacle in trade and is a relict of the „socialistic right“, from which the economic and the commercial practice should be liberated of, if it is wanted to provide the business in accordance with the rules known in the whole developed world.

The author, therefore, does not agree with the idea of treating the topic of conditional sale in the way it is regulated in our country, but in the way it exists in comparative legislation of European countries.

Др Владимир ВОДИНЕЛИЋ
професор Правног факултета у
Крагујевцу

**СТАТИСТИЧКА
ВЕРОВАТНОСТ -
ДОКАЗ У
КРИВИЧНОМ
ПОСТУПКУ**

У савременој криминалистичкој науци у свету, али и код одређеног броја процесуалиста, даде се запазити залагање за увођење статистички вероватних доказа у теорију и практику кривичног поступка или се бар јављају одређена размишљања у том правцу.

Тако ипр. Hans Walder¹ узима пример да је провалник раскошно прозорско окно. На комадима стакла видљиве су капи крви, па основу чега се изводи вероватан закључак да је учинилац лако повредио руку. Вештачњем је утврђено да има крвну групу Б. На поду испред писаћег стола, из ког је украден новац, фиксиран је отисак профила ћона ципеле (без индивидуалног обележја).

Оперативни радник, обрађујући неко друго кривично дело, напишао је на младића са повезаном руком. Утврђено је да он носи ципеле са једнаким профилом ћона као и онај испознати учинилац, а има и крвну групу Б. Н. Walder, државни тужилац и професор кривичног процесног права, размишља на следећи начин. Познато је да у Швајцарској између 100 људи просечно њих 42 има крвну групу 0, око 45 А, нешто око 10 крвну групу Б, а само око троје групу АБ. У овој ствари је само сваки десети људа у обзир као могући учинилац. Пошто знаамо да је учинилац при разбијању окна повредио руку, - осумњичени има свежу резотину, - поставићемо себи питање: колико је људи могло у одређеном тренутку имати на руци свежу резотину? Претпоставимо да је то сваки десети. Дакле, вероватноћа свеже резотине износи

УДК: 343. 14

1 „Kriminalistisches DenkenHamburg), Хамбург, 1975, п.112-115; види и радове водећих америчких теоретичара ипр. O'Hara и Osterburg "An introduction to Kriminalistics" New York, 1960, итд.

1/20. Вероватноћу заједничког постојања појединих (независних) догађаја добијамо множењем појединих догађаја. Поједина вероватноћа припадности крвној групи Б би, дакле, била 1/10, а чињенице свеже резотине на руци, 1/20. Према томе, вероватноћа да ће се код неког лица наћи како на крв групе Б тако и свежу резотину износи 1/200. Тако сваки двестоти долази у обзир као могући учинилац. Надаље, вероватноћа да неки човек поседује ципеле са таквим ђоном нека буде 1/10. Тако постижемо вероватноћу од 1/2000 да се код неке особе сједињују све три индиције. Ово није доволно за осуду. Осумњичени је дао лажан алиби. Крађа је извршена између 16,00 и 17,00 х, а филм, који је он наводно гледао у то време, скинут је са репертоара пре два дана. Морали би саслушати више од 500 особа па да наиђемо на некога ко би пружио лажан алиби за критични дан и време. Вероватноћа износи 1/500. Ако помножимо 1/2000 и 1/500, добијамо 1/1.000.000. Сада долази тек сваки милионити у обзир као могући учинилац. "Могуће је да судија споменуте четири индиције сматра довољним да би се убедио у виност окривљеника, ноготово ако оптужени остаје при свом оповргнутом алибију..." (п.115). Звучи примамљиво, али отвара бројне доказне проблеме.

ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМОВА "МОГУЋНОСТИ" И "НЕМОГУЋНОСТИ"

Реч "могућност" је повезана са модалним глаголом "моћи".

Филозофи сматрају да се могућност јавља као могућност А и могућност не-А. Свака је могућност ограничена својом негацијом - немогућишћу. Сазнајно гледано - а то је битно за доказну теорију - значајна црта могућности је у њеној неодређености. Увек када је могуће А могуће је и не-А. Могуће је да Петар јесте учинилац горе наведене крађе, али је могуће и да је он невин. И то је увек тако. Аристотел у Првој и другој "Аналитици" каже: "Што је способно за битисање може бити и не бити, а према томе, једно исто је способно и да буде и да не "буде". Једна могућност није уопште више могућност".²

Спектар датих могућности у објективној стварности прави широку лепезу од немогућности (негације сваке вероватности) преко апстрактне (формалне) до реалне (конкретне) могућности и на крају реалности (фактичитета), остварене могућности.

Апстрактна могућност је најнижи степен могућности настао слимини-сањем немогућности.

ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМОВА "ИЗВЕСНОСТ" (СИГУРНОСТ) И "ВЕРОВАТНОСТ"

Вероватност и извесност су категорије, које имају не само логичко-ги-сеолошко значење него и методску функцију у доказној теорији и пракси

2 О могућности и вероватности више у мојим радовима "Вјероватноћа и извјесност у кривичном поступку", Архив за правне и друштвене науке, 3/1975 и "О сумњи и кривичном поступку", Анали правног факултета у Београду, 2/1987.

кривичног поступка. "Вероватност" је, поред тога, и од онтологијског значења, јер се она не односи само на модалитет судске спознаје него и на само биће објективног света. У питању је спознаја конститутивне стране односа немогућност - могућност - стварност. Надаље, категорија "вероватност" је важна при разоткривању односа нужности, могућности и случајности. (У горњем Wladerovom примеру се не може искључити случајна подударност наведених индиција код невине осумњиченог и непознатих људи. Могућности се супротстављају нужност и ненужност. Ненужност укључује у себе и могућност (јер ако је нешто само могуће, онда је могуће и оно друго, те није нужно), али и случајност.

Ако размотримо логичко и гносеолошко значење (што је управо задатак теорије доказа) израза "вероватност" утврдићемо да он и у кривичном поступку служи за ознаку неодређености. Доказ у кривичном поступку мора бити, наиме, одређен, једнозначен док је "вероватност" по својој одредби увек и само вишезначна непотпуно одређена. Овај појам и служи као ознака извесне неодређености.

Вероватноћа је увек степен неодређености у односу између могућности с једне стране и стварности, као и нужности, са друге стране. Што је могућност у свом преображавању у актуелну стварност кривичног дела њој ближе, неодређеност је утолико мања. Али, кривичар не сме никада заборавити да она постоји до самог момента реализације конкретног кривичног дела. Повећавање вероватноће (мере могућности) само сведочи о смањењу неодређености, али нипошто о њеном укидању (тј. одређености - извесности).

Извесност, сигурност, поузданост, гледано са сазијајног становишта, значи потпуну, исцрпују образложеност (заснованост) знања о кривичном делу, учиниоцу и жртви. Она се суштински (дакле, квалитативно) разликује од непотпуне, делимичне, стога несигурне, неизвесне заснованости знања суда о кривичној ствари. Тако су на вероватноћу и извесност гледали Аристотел ("Аналитика"), Kant и J. St. Mill.

Kant³ је написао: Под вероватношћу вадља разумевати неко држање - за истинито из недовољних основа (разлога), али који према довољним имају већу размеру (бољи однос) неголи основи (разлози) онога што је супротно. Основа (разлог) држања - за - истинито може, наиме, или објективно или субјективно бити већа (јачи) неголи основа (разлог) онога што је супротно. Да ли је то она (он) објективно, или субјективно, може се изнаћи само тиме што ће се основе (разлози) држања - за - истинито упоредити са довољним основама (разлозима), јер тада ће се основе (разлози) држања - за - истинито показати као већа (јачи) неголи што то могу бити основе (разлози) онога што је супротно. При вероватности је, дакле, основа (разлог) држања - за - истинито објективно важећа, док је при пуком привидности само субјективно важећа. Привидност је само величина (јачина) убеђења, а вероватност је неко приближавање извесности."J. Stuart Mill је написао: "Као што сваки извесни закључак у погледу појединог случаја претпоставља да имамо основа за

3 "Логика", Београд, 1976, стр. 100-101

заједничку реченицу "Свако А јесте Б" тако и сваки вероватни закљу-чак прстиоставља да имамо основу за реченицу типа "већина А јесте Б".⁴

Међутим, за судску истину је пресудно сазнање да вероватност дефинитивно остаје у кривичном поступку непотпуна, недовољна заснованост судског знања о спорном чињеничном стању. На вероватности - коликогод она била велика - не сме се заснивати осуда окриљеног. Таква би осуда била противзаконита.

По мени, вероватност и извесност су супротности, које се у развоју конкретног кривичног поступка јављају као нужни ступњеви борбе са сентропијом (информативним дефицитом). Ако процес прикупљања доказних информација тече повољно, доказна зграда се подиже позитивно како у ногледу квантитета, тако и у ногледу квалитета. Тада расте и степен заснованости судског знања о конкретном предмету, које се развија линијом од вероватности до извесности као врхунца сазнања. Разлика између вероватности и извесности није само количинска (у степену заснованости судског знања) него и квалитативна. То значи да вероватност у конкретној кривичној ствари значи само то да су остали непознати одређени основи за тврдњу о непостојању или другачијем постојању, за порицање истинитости вероватног. Извесност не може никада бити третирана као вероватност, макар то била она која граничи с извесношћу. Извесност не допушта могућност постојања нечег другог или другачијег. Не бих даље елаборира овај став, јер сам то учинио у низу радова.⁵

Вероватност као недовршена заснованост судског сазнања у конкретном случају садржи не само мању помањкања емпиричких информација о стварности логичног кривичног дела него - што није мање важно - , још и недовршеност, неодређеност знања о суштини тих појава и њихових међусобних веза. Коначно, шта је заправо извесност? У XX веку јача међу филозофима и правницима схватање да доказ може бити само вероватан. Док је нпр. Rene Descart (1596-1660) признавао самоизвесност као ниво доказаности знања, а вероватноћу третирао као недоказаност, "не признајући јој било какво право грађанство",⁶ Karl Pearson⁷ сматра да доказано значи оно исто што и вероватно, а N. Hartmann⁸ одређује истину као вероватност, која је једнака 1.

Неки писци разликују субјективно и објективно поимање израза "вероватноћа". Вероватноћа у субјективном смислу је недовршеност убеђења органа кривичног поступка док објективни појам вероватноће (у логичком смислу) значи да је нека верзија више вероватна од осталих.

4 deduktiven und induktiven Logik, Braunschweig, 1877, p.475.

5 Вероватноћа и извесност у кривичном поступку, Архив за правне и друштвене науке, 3/1975; Доказивање - једини пут утврђивања спорних чињеница у кривичном поступку, Наша законитост, 11-12/1978; Истини - један од основних проблема науке о кривичном поступку, ИЗ, 6/1978; О сумњи у кривичном поступку, Анали Правног факултета у Београду, 2/1987.

6 Discours de la methode pour bien conduire sa raison et chercher la verite dans les sciences,, 1637 (преведено и на српски језик)

7 Grammer of Science, 1982.

8 Grundzuge einer Metaphysik des Erkenntnis, Берлин, 1925.

Знање органа кривичног поступка у погледу кривичне ствари се развија (процедере - постепено ићи напред) од вероватноће до извесности. Извесно знање се састоји у доказаној немогућности супротног или другачијег. Вероватноћа - чак и она највећа - допушта могућност супротног или различитог. Са становишта теорије информације вероватноћа је непотпуна информација услед ентропије⁹ Све већи квантитет и квалитет доказних информација смањује ентропију (информативни дефицит). Квантитативно - квалитативни раст доказних информација и значи прелаз од вероватноће ка извесности. Информативни смисао појмова "вероватноће" и "извесности" је у складу са њиховим гносеолошким формално-логичким и дијалектичко-логичким тумачењем.

За разлику од извесности, вероватноћа је количинска карактеристика могућности постојања датог чињеничног стања, величина могућности да оно постоји као стварност кривичног дела.

Она је квантитативна мера, која одређује границе и степен могућности да конкретан кривични догађај¹⁰ постоји као кривично дело. Могуће је увек оно што је у мањој или већој мери вероватно. Невероватно је увек оно што је немогуће. Ова спознаја је блиска статистичком поимању вероватноће, јер је она објективна категорија.

СТАТИСТИЧКИ ПОЈАМ ВЕРОВАТНОЋЕ И ДОКАЗНА ТЕОРИЈА.

Статистичка концепција вероватноће је заснована на искуству да - под истим условима - у великом броју поновљених опити показују да релативна учесталост догађаја D остаје у близини броја $P(D)$. Одступања од $P(D)$ постају све мања уколико расте број експеримената. $P(D)$ је вероватноћа догађаја D. Извесност се изражава са "1", немогућност са 0, вероватноћа са разломцима. Неки криминалисти и процесуалисти (нпр. Walder у на почетку текста изнетом примеру) предлажу да се доказивање у кривичном поступку заснива на теорији математичке (статистичке) вероватноће, поготово када је реч о идиџијалном доказу. Они чак сматрају да би суд могао засновати осуду на таквом рачуну вероватноће.

ЗАШТО ОДБАЦУЈЕМ ПРИМЕНУ МАТЕМАТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ ВЕРОВАТНОЋЕ КАО ОСНОВУ ЗА ПРЕСУЂИВАЊЕ?

H. Weitnauer¹¹ и други процесуалисти, који заговарају доношење пресуде на темељу математичке вероватноће, праве дубоку, неопростиву погрешку. Њихов модел мишљења је методски неодржив, јер се он не може и не сме

9 О криминалистичкој теорији информације види моје радове: "Доказна информација" и "опасност од одлагања", Наша законитост; 4/1974, стр. 30-45 и монографију "Што је откривање, а што разјашњавање кривичног дјела и разоткривање учениоца", Загреб, 1990, стр. 1-76.

10 Кривични догађај је криминалистички појам. Види део 4 под 10.

11 Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, Karlsruher Forum, 3/1966. p.3; i. D. Berdičeskij и други аутори.

применити на судско утврђивање чињеничног стања. Пресудни разлози говоре против таквог става.

Суд нема посла са по вољи поновљивим, масовним, истоврсно текућим процесима (као што је нпр. у свим уџбеницима навођено бацање коцкица). Сваки кривични догађај је уникатан, јединствен, непоновљив, један, немасован, како по чињеничном стању тако и по квалитету и квантитету доказа (упркос типском које је садржано у кривичним делима исте врсте). Нагласак је на индивидуалном, јер је објективна истина у кривичном поступку могућа само као индивидуализирана. У кривичном поступку су увек битне појединачне чињенице, а не класа (колектив) појава. Није могуће формализовати степен њихове вероватноће (а и када би то било могуће вероватноћа не може бити валенција за осуду него само за ослобађајућу пресуду).

Свака појединачна ствар дате целокупности је обухваћена статистичким законом у оној мери у којој се њено стање карактерише одређеном количином заједничких обележја. Потребно је истаћи да се она потчињава статистичком закону само у том односу, само са те стране једнородности својства. Пошто су поједине ствари из тог колекторива у другим односима разнородне, пошто увек имају своја индивидуална обележја, у тим односима се на њих не распостире статистичка законитост. Статистички закон изражава колективну регуларност, понављањност стања целокупности (колекторива) нпр. једне класе кривичних дела.

Појаве различитог квалитета (кривична дела) и њихове могућности не могу бити непосредно количински упоређиване. Апарат савремене математичке теорије вероватноће није применљив за поједини случај, јер се он може и сме користити само код оних догађаја, чија је учесталост стална. Ова теорија изучава многократно понављајуће могуће масовне појаве под условима једнаког релативно неизменљеног колекторива (нпр. класе кривичних дела). У природи је математичке (објективне, квантитативне, статистичке) теорије вероватноће да она апстрактује од фактора, који одређују конкретно значење величине у сваком поједином кривичном делу.

Размотримо базалан пример који сви користе као илustrацију, јер је најразумљиви и најприступачнији свакоме. Коцкица има шест симетричних страна. Вероватноћа да ће при бацању коцкица пасти на одређену страну износи $1/6$. Рачун вероватноће допушта закључак да ће од 6000 бацања шестица приближно тачно испasti у 1000 бацања. Али, ако размотримо поједино бацање, индивидуалан конкретни случај резултат није могуће пресказати. (Ово важи и за вероватноћу у погледу догађаја који је остао у прошлости). Индивидуалност тог конкретног бацања коцкице почиње са положајем коцкице у тренутку мировања и импулсом покрета руке, а у даљем развоју зависи од фактора, који утичу на коцкицу током њеног лета кроз ваздух. У том ланцу свакако не постоје акаузални моменти, али је исказ о вероватноћи немогућ управо стога што се бавимо анализом индивидуалног догађаја.

Методолошка је грешка садржана у покушају да се објективна статистичка вероватноћа, која се већ по својој дефиницији односи на масу (колектор) догађаја, примени на појединачну јединицу те целокупности. Таква вероватноћа изражава однос броја наступелих догађаја т према укупном броју п могућих догађаја, због чега није могуће верификовати исказ о вероватноћи појединачног догађаја. У примеру са коцкицама појединачно бацање

не одлучује о исказу да ће пасти шестица. Оно се односи само на целину одређеног броја бацања. О конкретном случају не сазнајемо ништа.

Одрживање значења вероватноће разних могућности је немогуће свести само на израчунавање одговарајућих релативних учсталости. Кривично дело је таква појава која има своју историју (развој) и наравно битио се разликује од бацања коцкиша, које само мењају свој положај. Оценити количину неодређености значи наћи њену вероватноћу, али није довољно упоређивати релативне учсталости него треба утврдити и квалитативну страну одговарајућих могућности, када је у питању доказивање у кривичном поступку. Могућност постојања елемената предмета доказивања и појединачних доказа се ће одређује само количнички (мање могуће, више могуће) исто и квалитативном оценом. Вероватноћа одређене могућности (да се нека појава или поједино обележје претворило од могуће у стварну) не може с анализирати чисто квантитативним методама.

Апсолутна одређеност је такав случај када постоји чврста, једнозначна зависност између појава и њихових објективних карактеристика. Апсолутна одређеност значи извесност. Одређеност и неодређеност су објективне категорије чврста, које се одражавају као (одређеност) извесност и (неодређеност) вероватноћа у свести судског већа.

Извесност као јединица вредност релевантна за осуду не може никада бити математичка категорија, јер судско веће мора у свакој појединој кривичној ствари стечи чврсту увереност, без које не сме донети осуду. Чак и када судско веће спознаје чинјенично стање са највећим степеном вероватноће (са вероватноћом која граничи с извесношћу) оно је застало на нивоу верзије, која, по дефиницији, не сме послужити као основ за осуду.

Рачун вероватноће може у области кривичног правосуђа произвести само вероватноћу, те она не може бити дефинитивна валенција каква мора довести до осуде.

Richard von Mises¹² и други теоретичари математичке вероватноће дефинишу овај појам као граничну вредност релативне учсталости, којом се одређено обележје појављује у низу исторских догађаја. Ту, као што је опште познато, важи Poisson-ов закон великих бројева.

Државни тужилац Armin Nack¹³ сматра да се "из "суме" више вероватноћа" може остварити извесност, коментаришући судски спор тужитељице, која се у ресторану отровала "неопраним" школкама.

Претпоставимо да је дуготрајним истраживањима нека појава потврђена са математичком вероватноћом од 99,99%. (Овакве и сличне примере узимају као основу за своја закључивања присталице и противници статистичке вероватности у поступку (Musielak, Bolding, Greger, R. V. Hippel, Kasser итд.). Ни таква основа није употребљива као доказ у кривичном поступку. Ова вероватноћа, која граничи с извесношћу, не каже ништа што би било корис-

12 Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit, Wien, 1928, p. 1, 2 и д.; исто Hans Reichenbach, Wahrscheinlichkeitslehre, Leiden, 1935, p. 445-451, R. Carnap, Einführung in die Symbolische Logik, Wien, 1954, p. 35.

13 Indizienseweisführung und Denkgesetze, Neue juristische Wochenschrift, 19/1983, p. 1035-1037.

но за доношење осуде. Како то? Судско веће није, наиме, у стању да одреди да ли конкретан случај о коме има да пресуди припада групи од 99,99% или оној од 0,01%. Оно не може и не сме размишљати по правилима математичке логике. Полицијска и форензичка пракса познају случајеве када се одређена нсвероватност испоставила као извесност, а највећа вероватноћа, на коју су се сви кладили, као неистина. Чак и када би о појединим питањима у погледу доказа или елемената предмета доказа (што у животу није случај) постојала научна статистичка истраживања, она не би имала баш никакву вредност у процесу доказивања. Та истраживања, наиме, пружају само просечне вредности, које резултирају из испитивања великог броја случајева (колектива). Али она не кажу баш ништа за конкретни кривични предмет, јер поједине релевантне чињенице могу бити знатно изнад или испод просечне вредности. Тешко да би криминалистима и процесуалистима, који заступају примену ове методике за стварање судијског убеђења паја на памет да на основу статистике о дистрибуцији смртности по старосној доби изналазе годину и дан властите смрти! Њихов лекар би могао о томе размишљати на темељу пацијентовог физичког и психичког здравља, начина живота, исхране, итд., али би му указао на постојање бројних непознатих, непредвиђених, чак и непредвидљивих варијабли. Писцу ових редова су познати случајеви да су болнице послале "неизлечиве" болеснике кући "да умру". Очајни, они су се одали бурном животу, упропастили своје имање и постали здрави сиромаси. Ништа не смета што се математичка вероватноћа у нашој области не примењује за прогнозу, него је у питању вероватноћа неког већ извршеног кривичног догађаја. Стварна немогућност да се за чињенично стање у кривичном поступку израчунају граничне вредности релативне учесталости значи практично несавладиву препреку. Свако придошло обележје може променити колектив, а то значи да утврђивање граничне вредности релативне учесталости зависи од бројних несигурности (да ли је истражни судија и судско веће уопште спознало дотично (а) обележје (а), да ли о томе постоје поузданни докази итд.). Довољно је да се не открије једно једино обележје (или да оно придође изван колектива са којим се упоређује спорна чињеница), па да се гранична вредност релативне учесталости претвори у своју супротност. Надаље, нормалан је ток истраге и главног претреса такав да се долази до све више појединости. Тада се колектив толико смањује да ту више неможе владати закон великог броја. Релативна учесталост у подручју малог броја догађаја је нужно неодређена, те не допушта мериторно закључивање у кривичном поступку. Тачно је да свака вероватноћа има своју количинску страну, али она не може увек добити свој бројни израз. Вероватноћа добро изражава класу појава као масу, али не одређује поједини догађај из те масе. Статистичка вероватноћа не сме служити доношењу пресуде о конкретној кривичној ствари, јер сам појам статистичке вероватноће, по својој дефиницији, не допушта исказ о појединачној ствари.

Критикујући Reichenbachovу теорију¹⁴, Wolfgang Kasser¹⁵ узима као претпоставку да је криминалистичким научним истраживањем 1000 признања

14 Оп. цит., п. 44-451.

утврђена истинитост њих 800 (у смислу да су стварно извршили кривично дело). Релативна вероватноћа у погледу даљих признања у таквом случају износи 0,8. По мом мишљењу, овај исказ ништа не каже о дотичном признавању тог и тог окривљеника у конкретном поступку под тим и тим бројем К списка у том и том суду. Он говори само о класи признања. Када би судско веће прихватило ваљаност ове методе оно би лако стигло до судске заблуде, јер статистичка вероватноћа претпоставља једнаку ситуацију окривљених (оних који су признали). Али, ситуација није нипошто једнака за сву ту хиљаду признања, јер је сваки окривљеник и сваки доказ, и поред свег типског, индивидуалан. Све више се уважавају јесамо да кривични поступак представља процес идентификације дела и учницима, а она може бити, по својој најдубљој природи, само индивидуална.

R. von. Hippel¹⁵ такође истиче да судија нема задатак да испитује просечни резултат многих или свих случајева него он мора просудити конкретну ствар.

Вероватноћу као основ за осуду окривљеног могу заступати само они криминалисти и процесуалисти, који сматрају да између вероватноће и извесности постоји једино квантитативна разлика, проглашавајући ову последњу за највиши степен вероватноће. Овакво схватање може довести до судских заблуда. Историја кривичног поступка показује да су овакве теорије увек оправдавале стапе судског безакопа.

SUMMARY

STATISTIC PROBABILITY - AN EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEDURE?

The author is criticizing the ideas that the mathematic theory of relativity could be adopted and used in the process of proving evidence. Conclusions made up by using this method could represent the basis for reaching the verdict.

Statistic probability can only show the measure of possibility, it shows only a level of uncertainty and is always full of different meanings. In contrast to it, an evidence in the course of the criminal procedure must always have only one meaning excluding other possible interpretations.

Methodological fault of the criticised conceptions lies in the fact that the objective statistical probability relating to the mass of events, is being tried to be applied to a single event from that mass.

15 Wahrheitserforschung im Strafprozess, Berlin, p. 46; Greger узима исти пример (оп. цит., п. 53).

16 Gefahrenurteile und Prognosenentscheidungen in der Strafrechtspraxis, Berlin, 1972, p. 35.

Др Бранислав
СИМОНОВИЋ
доцент Правног факултета у
Крагујевцу

ПРОЦЕСНА И
КРИМИНАЛИСТИЧКА
АНАЛИЗА ТИПИЧНИХ
СИТУАЦИЈА
ОБМАЊИВАЊА
ОСУМЊИЧЕНОГ И
ОКРИВЉЕНОГ ПРИ
ИСПИТИВАЊУ*

* Овај чланак представља интегрални део рада: Обмана: појам и разлози њене забране при испитивању осумњиченог и окривљеног, који би требало да буде објављен у "Архиву за правне и друштвене науке", у току 1994. или 1995. године.

УДК: 343.144

1. ОБМАНА И ОБМАЊИВАЊЕ

У нашој кривичнопроцесној и криминалистичкој литератури скоро да нису обрађивана питања која се тичу забране обмањивања (осумњиченог) окривљеног при испитивању.¹ С обзиром да је код нас теоретска обрада ове теме потпуно запостављена, фундаментални појмови пису формирани и разјашњени, све је пренетено пракси, тј. она је остављена да се сама сналази како зна и уме. Полази се од погрешног става, да је сасвим доволно то што је ЗКП у једној реченици у члану 219, ставу 1. прописао да се: "Према окривљеном не сме употребити обмана да би се дошло до његове изјаве или признања". Међутим, пису у праву они који мисле да се горњом реченицом у потпуности слаборидало ово питање, и да је тиме пракса добила доволне оријентире за свој рад.

Као прво, сам појам обмане је споран² што се неминовно мора одразити и на његово поимање у кривичном поступку и криминалистичкој. Потребно је навести да се у процесној и криминалистичкој литератури не прави разлика између појмова обмањивања и обмане, већ се они користе

- 1 Колико је нама познато не постоји ни једно монографско дело или чланак који је посвећен разматрању ове проблематике. Могуће је навести само пар монографија у којима су изучавана друга питања, али су на извесном броју страна обрађена и она која се тичу забране обмањивања окривљеног (осумњиченог) при испитивању. Видети, М. Дамапика, Окривљеников исказ као доказ у сувременом кривичном процесу. Загреб 1962.; В. Водинелић, Учење о криминалистичким рефлексивним играма у преткривичном и кривичном поступку, Београд, 1992. (монографија још није објављена).
- 2 У реченицама се обмана неједнако одређује. На једној страни не прави се разлика између појма обмане и других близких појмова (превара, варка, заблуда, лаж), тј. користе се као синоними, или се на другој страни појам обмане у разним реченицама различито одређује, односно другачије се одређује однос између овог и других сродних појмова. О овоме сам детаљније излагао у чланку: Обмана: појам и разлози њене забране при испитивању осумњиченог и окривљеног. (Видети напомену на почетку рада).

као синоними. По нашем мишљењу у кривичном процесном праву, доказној теорији и криминалистици треба правити разлику између ова два појма. Глагол обманывати значи довести неког у стање заблуде. Овде је од значаја комуникацијски однос (у широком смислу речи) између пошиљаоца информације и примаоца информације. Пошиљалац информације, односно испитивач, шаље лажну информацију испитанику с циљем да код њега изазове погрешно уверење у погледу неких околности, то јест да га доведе у заблуду. Појам обманывати указује на начин понашања испитивача (односно обманитеља у најширем смислу речи).

Обмана представља лажну информацију која се шаље испитанику. Обмана се наше путем обманивања. Једна иста обмана (лајзна информација), може бити послата на различите начине. Обмана да је саучесник признао може се саопштити разним формама обманивања (исеудосуочењем, читањем лажне изјаве о признавању, саопштавањем да је саучесник признао износећи неке познате чињенице).

Обмана и лаж имају близко значење. Сматрају их синонимима. Свака обмана представља лаж. Али обмана је одређенији, прецизнији појам јер потенцира на однос пошиљаоца и примаоца информације.

Појам обманывати нема исто значење као и појам лагати. Лагање има шире значење. Неко може да лаже без јасно одређених мотива, рецимо из подсвесног жеље за истинијањем, може да не буде свестан разлога свога лагања и јасног циља који жели да оствари. На другој страни обманывавање је такво лагање које има јасно изражен циљно рационални аспект. Обманывач је увек свестан мотива свога понашања и циљева које жели да оствари обманывавањем. Ово значи да свако лагање не мора да буде истовремено и обманывавањем (другога) али може да буда самообманывавање.

По нашем мишљењу појам обманывавања окривљеног (осумњиченог) се састоји из следећих битних елемената: обманывавање је: а) свесно, умишљајући, намерно понашање, б) састоји се у саопштавању (оданијању) лажне информације, и) понашање којим се лажна информација одашиље може имати форму чињења, нечињења, вербалног саопштавања, конклузивних радњи,³ д) циљ обманывавања је да се испитаник доведе у заблуду како би се навео на признавање, е) мотиви понашања испитивача су да се од испитника добије истинито признавање.

Садржај обманывавања представља обману. Обману одређујемо као: а) лажну информацију, б) која је свесно, намерно одаслата, ц) са циљем да примаоца информације (у овом случају окривљеног, осумњиченог) доведе у заблуду.

Заступамо став по коме је са аспекта кривично-процесне релевантности обманывавање сршено, окончано, самим изношењем лажне информације од стране испитивача са намером да се испитаник доведе у заблуду. За постојање обмане у кривично-процесном смислу речи није битно оставарење циља (да је друго лице доведено у заблуду). Не прихватамо финално одређење обмане, по коме она са аспекта кривично-процесног права постоји, тек уко-

3 О овим појавним облицима обманывавања иерархијски смо излагали у раду: Опомене: појам и разлози њене забране... (видети напомену на стр. 1)

лико је изношењем лажне информације од стране испитивача испитаник доведен у заблуду.⁴

2. ОКОЛНОСТИ У ПОГЛЕДУ КОЈИХ СЕ НАЈЧЕШЋЕ СРЕЋЕ ОБМАЊИВАЊЕ ОСУМЊИЧЕНОГ И ОКРИВЉЕНОГ

Дешава се у пракси да полицијски службеници или пак истражне судије у тежњи да повећају ефикасност свога рада, приликом испитивања осумњиченог или окривљеног применују тактичке начине који директно или индиректно представљају обману. Проблем је у томе што има и таквих тактичких начина испитивања и просечних ситуација у којима није једноставно одговорити да ли је у конкретном случају примењена обмана или не (односно да ли је примењен недозвољен начин испитивања). У оцени појединачних случајева се не слажу судови, адвокати и теоретичари (процесуалисти и криминалисти).

Због тога сматрамо да је од несумњивог теоретског и практичног значаја вршење анализе типичних ситуација у којима се среће обмањивање окривљеног при испитивању, како би се пронашли оријентири, утврдила differen-*tia specifica* између недозвољених и дозвољених тактичких начина испитивања.

Овим би се постигла два значајна ефекта; као прво дијагностиковале би се недозвољене методе испитивања и тиме прецизирало значење члана 219. став 1. ЗКП-а, и под два, могли би се развијати они тактички начини поступања у оквиру граничних ситуација, који не представљају обману, а утичу на повећање ефикасности рада органа преткривичног и кривичног поступка.

Разликују се следеће околности у погледу којих се може окривљени (осумњичени) обмањивати при испитивању: а) обмана у погледу правних питања или правног положаја, б) обмана у погледу чинионца и доказа, и) обмана у погледу намера испитивача.

A) ОБМАНА ОСУМЊИЧЕНОГ И ОКРИВЉЕНОГ У ПОГЛЕДУ ПРАВНИХ ПИТАЊА И ПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА

Пропуштање упознавања испитаника са правима и правним положајем је недозвољено и представља обману. Ово важи и у погледу испитивања осумњиченика од стране полицијских службеника у преткривичном поступку и у односу на испитивање окривљеног у кривичном поступку.

Овде је потребно напоменути да по нашем ЗКП-у органи унутрашњих послова у преткривичном поступку обављају по члану 151. једино разговор са грађанима. Није посебно издиференцирана улога грађанина са којим се води разговор на осумњиченог и потенцијалног сведока, мада она реално, животно јесте. Резултат тог разговора са грађанином није доказ, нема процесну вредност и само се изузетно може користити у кривичном поступку.

4 Критику овог схватања које преовлађује у немачкој процесној теорији смо исцрпно обрадили у чланку: Обмана: појам и разлози њене забране...

Међутим, сматрамо да забрана обмањивања обавезује и овлашћена лица органа унутрашњих послова који обављају разговор са грађанима у преткривичном поступку на основу члана 151. ЗКП-а. Забрана обмањивања прописана чланом 219. ЗКП-а на њих се примењује као правило професионалне етике (морално правило). Прихватамо став Бајера да она правила која истражни судија примењује као правна правила, органи унутрашњих послова поступају по овлашћенима из члана 151. ЗКП-а морају да примењују као правила професионалне етике. Једино се па тај начин долази до јединственог стичког поступања органа кривичног поступка и органа унутрашњих послова из заједничком послу сузбијања криминалистет⁵.

И по В. Водинслићу забрана обмањивања испитивача и преткривичном и у кривичном поступку важи у једнаком онсегу и садржају: "И органи унутрашњих послова и истражни суд су државни органи за које у демократији могу важити само исти морални стандарди. Другачији приступ значио би типичну лицемерност државе и "*"homo duplex"*".⁶

Прихватамо мишљење оних аутора који се противе усвајању тзв. теорије моралног компромиса, по којој за полицију важе блажи принципи етичности при испитивању него за суд. По овој теорији се судским органима забрањује обмањивање окривљеног, али се толерише или нак изричито донушта обмана осумњиченика од стране полиције.⁷

У преткривичном поступку би постојало обмањивање осумњиченог у погледу правних питања и правног положаја, уколико би се грађанину који је позван на разговор са овлашћеним лицем органа унутрашњих послова по члану 151. ЗКП-а, навело да је обавезан да одговара на постављена питања или ако би се обмануо у погледу свога положаја, значаја разговора или улоге испитивача.⁸

(На пример, из америчке праксе је познат случај полицијца који се прешао у свештеника и отишао у притворску ћелију окривљеног да би га наводио исповедио.⁹ Из наше праксе наводим случај у коме се овлашћени

5 В. Бајер, Југословенско кривично процесно право, Загреб, 1978, стр. 115.

6 В. Водинслић, Учење о криминалистичким рефлексивним, играма у преткривичном и кривичном поступку, Београд, 1992. (рад још није објављен).

7 Приказ ове теорије и и њу кривичну видети код В. Водинелића, горе наведени рад, стр. 186-205.; читаоца упућујемо и на рад М. Дамашке, Окривљеников исказ као доказ у сунремском кривичном процесу, Загреб, 1962. стр. 92-93.

8 Мада се разликује доказни значај изјаве датих пред полицијом у нашем и немачком кривичном поступку, мислим да се као илустрације ове врсте обмањивања може навести следећа пресуда: Врховни суд Немачке (BGH) у једној својој пресуди сматра да постоји недозвољена обмана у смислу чланова 136а, 136. и 247. StPO у случају када су два полицијска службеника испитивали лице које су позвали у својству сведока, мада су у току испитивања од службе добили обавештење да је пронађен леш, што указује на саслушавано лице као на вероватног извршиоца. Након добivenог обавештења они су наставили испитивање још шест сати, а нису предочили испитивачу да се његов правни положај променио, чиме се он није могао позвати на право ускрете исказа и право на бранитеља. „Neue juristische Vochenschrift.“, 41-90, стр. 2633.

9 A. Ransisk, Die Rechte des Beschuldigten in der Polizeivernehmung, Heidelberg., 1990, стр. 25.

радник органа унутрашњих послова представио као психијатар душевне болнице у којој се осумњичени лечио и на тај начин добио признање).

Ова врста обмане има за циљ да се окривљеном у кривичном поступку онемогући остварење права која има по закону (право ускрате исказа, право на бранитеља, право на припремање одбране) како би се ограничила слобода његовог одлучивања и исказивања и добило признање. Обмањивањем тј. лагањем у погледу обавеза које испитаник има (обавезе му се повећавају и правни положај отежава).

Обмана се састоји у погрешном обавештавању окривљеног да се позива на саслушање као сведок, и да је у складу са тим обавезан да исказује; у упозорењу окривљеника да мора истину да исказује; да ће се његово ћутање вредновати (или пак да се може вредновати) као доказ виности; у обећању окривљеном неке процесне или друге погодности уколико призна (блажа казна, одустапак од прогона, пуштање из притвора и слично); у погрешном представљању окривљеном правног значаја испитивања (након завршеног формалног дела испитивања, на вратима или у ходнику се поведе разговор о делу уз напомену да се води неформално и да је без правних последица); у погрешном приказивању улоге испитивача и правног карактеру испитивања.

Б) ОБМАНА ОСУМЊИЧЕНОГ И ОКРИВЉЕНОГ У ПОГЛЕДУ ЧИЊЕНИЦА И ДОКАЗА

Ова врста обмане има за циљ да се код окривљеног (осумњиченог) створи погрешно уверење о спази и укупности доказа који га терете како би се кол њега смањио отпор и добило признање. Недозвољеност ове врсте обмане је у томе што се утицај на окривљеникову вољу постиже презентирањем лажних информација.

Обмана се остварује предочавањем окривљеном да постоје: 1) искази (сведока или саокривљеника) који га терете, 2) презентирањем лажних стварних доказа, и 3) обмањивањем окривљеног у погледу укупне доказаности кривичне ствари или у односу на снагу конкретног доказа.

1) Предочавајући окривљеном лажне исказе сведока испитивач може да му једноставно саопшти да су пронађени крунски сведоци оптужбе или да му прочита наводни текст њихове изјаве. Манипулација изјавама сведока је нарочито могућа код разоткривања лажног алибија. Интересантан је случај полицијског службеника, који је на одговор осумњичнику да је у време извршења кривичног дела био на другом месту, то јест седео на огради градске фонтане и посматрао пролазнике - реаговао на следећи начин: "О ствари! И ја сам баш тог дана био у исто време са својом супругом на тргу. Јесте ли видели ону саобраћајну несрећу што се десила? Сви смо се запрепастили понашањем возача". Осумњичени се збунио и немогавши да се испрестља признао дело.¹⁰

10 Пример је од С. Ју. Јакучина, Тактические приемы при раследовании преступлений, издавач казански универзитет, 1983, стр. 75.

У горе наведеном примеру обмане је примењен тактички начин испитивања који се у криминалистици назива географска клопка. Овај тактички начин недозвољеног испитивања Водинелић на следећи начин приказује: "Осумњичени тврди да је у критично време био у биоскопу. Филм је, види се стварио гледао, али то не значи да је у биоскопу био критичне вечери. Полицијац нема информација из којих би произилазило да осумњиченик лаже. Тада му поставља географску замку. Исприча му легенду како је те вечери пукла филмска трaka, светло се пије одмах упалило, а један се хулиган дерсао из свег гласа. Ако осумњиченик пије критичне вечери гледао филм, он се нашао у тешкој ситуацији. Да ли да потврди или оспори ову легенду? Варијанте овог тактичког начина су безбројне. Осумњичени наводи да не може пружити алиби, јер је у критично време сам шетао улицом. Тада му полицијац исприча легенду о непостојећем пожару. Ако пак тврди да се возио аутомобилом, полицијац ће му сервирати легенду о поплављеној улици или пак преконапом коловозу".¹¹

Манипулација са изјавама саучесника је један од најснажнијих начина обманавања испитаника. Ова се обмана остварује изрочитом изјавом да је саучесник признао; навођењем да га саучесник терти као главно кривица како би се изазвао или појачао раздор између њих; читањем дела исказа саизвршиоца из чега окривљени погрешно закључује да је признао дело; фалсификовањем признања саучесника. (Из немачке праксе наводимо обману која је остварена тако што је окривљеном пуштена магнетофонска трaka са наводним признањем саизвршиоца. На траци је био снимљен глас глумца који је подражавао глас саизвршиоца. Када је чуо ово "признање", окривљени је потврдио његову истинитост и признао још два убиства која нису била позната органима гонења.¹²

Постоје аутори који изрчито, или пак прећутно, прихватавају као допуштен обманавање окривљеног путем наводних изјава саучесника.

Schmidt на пример истиче, да се не може унапред казати да ли је забрањено или не приказивати окривљенику да је његов саучесник признао, премда то није истина. Све зависи, наводи аутор, од тога како та лажна изјава делује на окривљеника.¹³

Став Schmidt-a не прихватамо, јер обманавање представља свако лажно саопштавање окривљеном да је његов саучесник признао. Из члanova 136a StPO (немачки ЗКЛ) и из члана 219. ЗКП-а, којима се забрањује обмана, произилази да су они упућени на понашање испитивача (забрањује се одређено понашање испитивача), па према томе није од примарног значаја да ли је обманавање у конкретном случају успело и довело у заблуду испитанике.

Росо се залаже за примену ове врсте обмане при испитивању у преткривичном и претходном поступку: "Ако је испитивач сазнао да је један од саучесника играо подређену улогу приликом извршења дела, може применити тактику да саучеснике међусобно посвађа. То се постиже тврђњом да

11 Водинелић, оп. сит., стр. 203.

12 Видети, I. Puppe, *List im Verhör des Beschuldigten*, Golddammers Archiv für Strafrecht, 10/1978, стр. 289.

13 Видети М. Дамашка, оп. сит., стр. 125.

је саучесник казао: да је он организатор извршења, и да на њега баци сву кривицу.”¹⁴ Наводећи овај став Росо га прецизира: “Испитивач не смеша излазити с имплицитном изјавом да су остали саучесници већ признали, и на тај начин изнудити признање, али нема стичке запреке да остави такав утисак, ако ситуација то захтева”.¹⁵

Росо недопустиво сужава појам обмањивања. У овај појам улази и стварање лажног утиска да је саучесник признао (обмана конлудентним радњама)¹⁶ или и свако изношење лажних чињеница којим се тежи стварању погрешних представа код окривљеног о неким елементима деле да би се на тај начин програмирало његово понашање (ипр. лажна изјава да је саучесник признао).

2) Предочавање окривљеном лажних материјалних доказа представља још један вид грубог обмањивања. Ова врста обмане се постиже на два начина.

Као прво, окривљеном се предочава лажни (фингирањи) доказ експлицитно, као несумњиво утврђена чињеница која говори у прилог његове кривице и тражи се од њега објашњење. На пример окривљеном (осумњиченом) се презентира туђ фиксиран и обезбеђен отисак прста и каже се да је његов и да је пронађен на месту извршења кривичног дела. Ово је класичан и од стране свих аутора неспоран облик обмањивања.

Други начин обмањивања окривљеног (осумњиченог) презентирањем лажних материјалних доказа састоји се у томе што се ови докази предочавају имплицитно. Нема директне вербалне лажи, али се обмана остварује невербалним путем, тако што се лажан доказ постави у виду поље испитаника или му се так спонтано (невербално) усмери пажња на њега. Постоје аутори који сматрају да овакав начин презентирање лажних доказа не представља обману зато што осумњиченом (окривљеном) није ништа вербално саопштено. Тако Јакушкин, Карнеева, Соловов и Чувалев пишу да се: "...У току испита могу користити било који предмети, документи, фотографије, који нису докази, но који су подобни да привуку пажњу осумњиченог који је стварни учинилац, и да створе утисак да истражник располаже важним, ако не и одлучним доказима".¹⁷ Аутори свој став заснивају на тврдњи да психолошки утицаји на окривљеног треба да буду аналогни леку који делује на болестан орган а не причинава никакву штету здравим деловима организма. Предочавањем предмета који нису прави докази код окривљеног се активирају асоцијативне везе и тиме се утиче на његово понашање. Овакво презентирање предмета је подобно да у зависности од особина испитаникове личности, промени мотиве његовог понашања и да услови признање. На другој страни предочавање поменутих предмета не може довести до самоодговора невиног окривљеног зато што ни код њега не изазивају асоцијативне везе и на њих неће реаговати.¹⁸

14 З. Росо, Информативни разговор и интервју, Загреб, 1988., стр. 162.

15 Ибид, стр. 162.

16 О овој врсти обмане смо излагали у чланку наведеном у фусноти 4.

17 Јакушкин, оп. цит., стр. 76.

18 Ибидем

Илустрација за ову врсту обмане може послужити пример из праксе који наводи Gross, у коме је X. осумњичен да је убио своја два мала детета. Претресом просторија лешеви нису нађени, али су пронађене утробе неких заклањих зечева. Испитивач је паредио да се део утроба опере и стави у шипиритус. У току испита је теглу са утробама предочио осумњиченом. Мислећи да су упитању остатци дечјих лешева овај је признаоши дело рескао где је сакрио тела. Претресом су тамо и пронађена.¹⁹

Водинелић у својој монографији наводи пример из домаће праксе. Претресом су у Петровом стану, у његовој присуности, пронађени дукати и златни предмети. Постојала је индикација да то нису све *cörpora delicti*. Петар је лишен слободе. Када је приведен осумњичени Петар ради разговора, на истражнику столу су се налазили злато и златни накит из других кривичних предмета. Истражник је пред Петром покунио та *cörpora delicti*, ставио их у фијоку свега писаћег стола и закључао, не говорећи ништа о том злату. Петар је био видљиво узбуђен, није се могао усредсредити на вођење разговора, а и његова симтоматска слика је указивала на борбу мотива: признати или не признати. После колебања одлучио се на казивање истине. Навео је скровните преосталог плена, мислећи да су ствари већ нађене, глумећи притом искрено покајање. Поновним претресом *cörpora delicti* су пронађене у наведеним скровиштима.²⁰

Сматрамо да је овакав начин испитивања у преткриничном и кривичном поступку ансулутно недозвољен јер представља у суштини фалсификовање доказног материјала и грубу лаж. Дозвољено је (са аспекта криминалистичке тактике - пожељно, чак и неопходно) у току испита код окривљеног (осумњиченог) активирати асоцијативне везе, или пак пробудити одређене емоције, али нипошто предметима који му се изрчито или прећутно представљају као докази, а они то у ствари нису, већ представљају фалсификовану информацију.

3) Близки са овим разматрањима су и случајеви обмањивања окривљеног у погледу доказаности читаве кривичне ствари (односно стања у коме се налази истрага) као и обмањивање у односу на снагу и карактер пронађених доказа. За разлику од обмана које су описане под 1) и 2), овде нема реалног фалсификовања доказних чињеница, обмана није тако груба и очигледна, већ флуенција и пренакривенија. Обмањивање се састоји у снагању погрешног уверења код окривљеног у погледу укупне доказаности кривичне ствари (рецимо стања истраге у моменту испитивања), или се пак лажно интерпретира снага и карактер конкретних доказа.

Под овом врстом обмане се подразумева пре свега директно, експлицитно наметање окривљеном лажног закључка, лажне интерпретације у погледу чињеница које стварно постоје.

У погледу ове обмане Савезни суд Јесмачке у једној пресуди заузима став по коме је недозвољено обмањивање окривљеног у погледу постојања кон-

19 H. Gross. Kriminal-Psychologie, Leipzig, 1905, стр. 98.

20 Водинелић, оп. цит., стр. 126, Видети и коментар Аутора у коме он анализира друге изворе (стр. 210-211)

кретних доказа и стање истраге.²¹ У једној другој пресуди исти суд наводи да представља недозвољену обману у смислу члана 1360 StPO, а не дозвољено лукавство, када полицијски службеник паушално и без навођења икаквих доказа, саопшти окривљеном да је стање доказаности у истрази такво, да нема никакве шансе, и да је за њега најбоље да призна, а да при том полиција не располаже ни са једним чврстим доказом кривице.²²

Неупоредиво је сложеније питање допуштености имплицитног стварања утиска код окривљеног (у оквиру примењење тактике испитивања) да полицијац или пак истражни судија располажу са квалитетнијим доказима о окривљениковој кривици него што је то стварно случај, како би се код њега повећао осећај несигурности, предупредила лажна одбрана и добило исти-нито признање. Тако Порубов²³ сматра да испитивач може код окривљеног створити осећај да располаже са више доказа него што је то стварно, односно да је дело већ разјашњено и да поседује доволно доказа. По Росу је допустиво да се код окривљеног створи утисак да је кривично дело већ откријено, да су саучесници већ признали или без изричите изјаве о томе. Ако се учни-онцу на тренутак покаже његов саучесник који је већ притворен и задржан, њему је остављено на вољу шта ће о томе мислити, то јест да ли је овај већ признао или не. Ако сам улети у замку у томе нема никакво нестичко и неза-конито.²⁴

Сасвим је дозвољено попуштање испитивача приликом испитивања окри-вљеног или пак предочавања доказа у коме нема директног или индиректног сланаја лажне информације или пак непосредног или посредног наметања лажног (погрешног) закључка (који не одговара стварном стању ствари). Ако окривљени на основу таквог, са аспекта сугестије неутралног наступа испи-тивача донесе погрешан закључак о доказаности кривичне ствари или снази конкретних доказа, то се не може пребацити испитивачу и не може представљати обману. Овај став даје доволно основа за одређен начин поступања при испиту или пак грађење тактике предочавања доказа која пружа довољан маневарски простор за ефикасан и са аспекта етике беспрекоран начин испи-тивача окривљеног (осумњиченог).

Као прво, није обмањивање, а представља пожељно попуштање уколико се испитивач - спроведени истражни радњу испит окривљеног (или пак раз-говор у преткривичном поступку) - попушта увек сигурно, суверено влада ситуацијом и својим попуштањем без обзира на квалитет и квантитет доказа са којима располаже. Он није обавезан да окривљеном одмах предочи све доказе са којима располаже,²⁵ нити треба да му саопшти да има доволно или

21 Видети: „Neus Juristische Wochenschrift“, 1990, свеска 41, стр. 2633-2635.

22 Видети: „Neu Juristische Wochenschrift“, 1989, свеска 13, стр. 842-843.

23 Н. И. Порубов, Научные основы допроса на предварительном следствии, Минск, 1978, стр. 78-79, и 140-141.

24 З. Росо, оп. ет., стр. 240.

25 Владајући став у немачкој кривишнопроцесној и криминалистичкој науци којиприхвата и Савезни суд Немачке, је да испитивач не мора окривљеном одмах да предочи све доказе са којима располаже, Видети Lowe-Rosenberg, Grosskommentar StPO, Berlin, 1985, стр. 397.

недовољно доказа, али зато треба увек да буде сигуран, самоуверен и коректан у наступу. Оваквом поступању испитивача не може се ишишти приговорити, па чак и ако окривљени (осумњичени) услед тога стекне погрешан утисак о степену доказаности кривичне ствари и снази појединог доказа.

Као друго, приликом предочавања доказа испитивач може окривљеном илански да изложе прво оне чињенице из укупног фонда доказног материјала са којима располаже (или пак на одређени начин) на основу чега ће испитаник стечи утисак да је дело разјашњено или пак да истрага (или оперативна служба) располаже са вишем и квалитетнијим доказима него што је то стварно случај. Проф. Водићелић је разрадио ову методу назавши је: тактички начин буђења код окривљеног представа о великој истражничкој информисаности. Овај се тактички начин заснива на психолошком механизму изазивања асоцијација у свести окривљеног (осумњиченог) где он закључује да ако испитивач зна једну чињеницу из комплекса, онда он сигурно мора знати и друге које са њом чине целину.

Овај тактички начин не представља обману и са етичке је стране беспрекоран ако су испуњена два услова. Као прво чињенице које се предочавају морају бити истините и несумњиво утврђене. Као друго, предочавајући доказ окривљеном (осумњиченом) испитивач му не намеће никакав закључак о његовој доказној снази. Он му само једноставно презентира доказ и тражи његово објашњење. Снагом своје логичке уверљивости сама доказна чињеница неминовно врши утицај на асоцијативне представе окривљеног, што се не може сматрати обманљивањем.²⁶

Ц) ОБМАНА ОСУМЊИЧЕНОГ И ОКРИВЉЕНОГ У ПОГЛЕДУ НАМЕРА ИСПИТИВАЧА

Ово је трећи вид обманљивања осумњиченог и окривљеног при испитивању. По најаку недозвољена обмана у погледу намера испитивача постоји ако се код окривљеног изазива погрешан утисак да ће испитивање на одређени начин да се спроведе, и да окривљени неће из тога никакве штетне последице да трпи.²⁷

Поред овог вида обмане у погледу намера испитивача, који је неспоран, у процесној науци и криминалистици се поставља питање дозвољености стварања чвршћиног утиска код окривљеног (осумњиченог) у погледу крајњих циљева и домета које испитивач хоће да оствари постављањем конкретних питања.

По једном схватљају, испитивач треба да спроводи ову оперативну тактичу радњу (разговор са грађанима) или пак истражну радњу испитивање окривљеног "потпуно отворених карата". Недопуштено је испитивање у коме окривљени не може да докучи који је домет конкретног постављеног питања, које ће последице за њега произаћи након одговора на конкретно питање, који је значај онога што је рекао.²⁸

26 Видети и В. Водићелић, оп. цит., стр. 125.

27 Видети Lons-Rosenberg, оп. цит., стр. 395

28 Henziek, op. cit., str. 16.

По другом схватању, свако екстензивно постављен појам обмане није прихватљив са аспекта циљева и тактике испитивања окривљеног. "Кад бисмо варке тумачили тако екстензивно као што смо горе показали, био би забрањен и уобичајен начин испитивања којим се настоје јасно показати противвречности у исказу окривљеника. Такав начин испитивања наиме, захтева да се питања постављају тако, да разлог постављања питања и могуће последице одговора остају прикривене".²⁹

Постојање евентуалне обмане у погледу намера испитивача посебно се нашеће код примене тактичких начина посредног (зашифрованог) саслушања осумњиченика. Овде се примењује заобилазна тактика формулисања питања. Зашифровано (маскирано) питање се тако формулише да оно у себи садржи два питања. Ово видљиво питање које је по својој форми наглашено неутралино стављено у први план, срачунато на то да привуче пажњу испитаника. Међутим, оно у себи крије и једно друго, главно питање, које је критично, а постављено индиректно. Одговор на тобоже неутралино питање значи, и садржи у себи посредно одговор на главно, прећутио питање.³⁰

Поводом ових тактичких начина испитивања Водинелић заступа став да је истражнику са моралног и правног становишта допуштено да максира циљ, свог појединачног питања, али не сме измишљати никакав фиктивни генерални осумњиченик мора знати циљ разговора глобално у целини. Овде се среће маневрисање са информацијама тако да осумњиченик у конфликтном сукобу криминалистичко-тактичку ситуацију тумачи вишеизначно.³¹

По нашем мишљењу могло би се сматрати да постоји обмана у погледу намере испитивача, ако би би изричito слагао окривљеника у погледу циљева које жељи да оствари постављањем конкретног питања. Али чипошто не постоји обмана у погледу намера испитивача уколико он не наведе који конкретни дomet има питање. Испитивач није дужан да упозна испитаника (осумњиченог, окривљеног) са планом испитивања и циљевима који из тог плана произилазе. Прихватљиво је мишљење, по коме не постоји обмана, уколико разлог постављања питања није јасан, а остају прикривене могуће последице одговора. Само тако питање мора бити формулисано јасно, одређено и разговетно.³²

29 М. Дамачка, оп. си., стр. 95.

30 В. Водинели, оп. си., стр. 128 (У наведеној монографији Аутор је исрпно обрадио разне тактичке начине посредног испитивања).

31 Ibidem

32 М. Домашка, оп. си., стр. 125. У погледу формулисања питања видети и код Водинелића, Криминалистика, Београд, 1987, стр. 304.

SUMMARY

A PROCEEDING AND CRIMINAL ANALYSIS OF TIPICAL SITUATIONS OF DECEIVING A SUSPECTED AND AN ACCUSED DURING AN INTERROGATION

In the introduction the author defines the notions of a deceit and procedure of delusion; Possible forms and aspects of deceiving the suspected and the accused.

Deceit of the suspected and the accused when they are questioned about the facts and proofs are also analised in this work.

This deceit or delusion can be performed in many ways, but the following two are typical:

- 1) By false informing the interrogated about existence of another fellow-accused or witness statement.
- 2) By presenting false proofs as if they were real.

At the end of this work, the author discusses the question of permitting the deceit of the suspected and the accused when the goal of the interrogation is concerned.

Др Миодраг МИЋОВИЋ
доцент Правног
факултета у Крагујевцу

ДЕОНИЦЕ

1. ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ

Деонице (акције) представљају хартије од вредности са одговарајућим правом учешћа у деоничком друштву, којима се потврђује да је ималац унео одређени улог у основну главницу друштва.

На основу овако одређеног појма могу се уочити следеће карактеристике деоница:

а) Деонице представљају корпоративне напире - хартије са правом учешћа. Власник деонице стиче одређена чланска права: имовинска и управљачка или само имовинска. Која ће права имати зависи од рода деонице које поседује.

б) Деонице издају деоничка друштва. Ако су у овом облику организованы деонице могу да издају предузећа, банке, друге финансијске организације, организације за осигурање и друга правна лица која могу да стичу добит (чл. 13. Закона о хартијама од вредности).

в) Свака деоница репрезентује, представља један део капитала друштва, односно улог који је ималац деонице унео у основну главницу друштва.

Деоница није исправа о власништву на уложеним средствима, како се утврђује у Закону о хартијама од вредности (чл. 12). Јер, то би значило да је у деоници саджано стварно право на уложеним средствима, да се ради о стварноправној хартији од вредности. Међутим, деоница је доказ да су одређена средства уплаћена. На основу тога ималац деонице стиче одређена права, али не и стварно право на уплаћеним средствима. Часом уплате та средства постају власништво друштва и нису више у власништву онога ко их је уплатио. Како се то право губи, нема ни могућности за то да деоница значи власништво

на тим средствима. Када би то било тако, дошло би до немогућих стања у извршном и стечајном поступку као и у поступку ликвидације друштва, јер би се омогућило деоничарима остварење излучног права, а тако нешто није могуће.¹ Пошто средства чине имовину друштва, на основу којих оно обавља делатност и одговара за своје обавезе, деоничар не може са њима слободно да располаже, али може слободно да располаже, ако нема ограничења, са својим деоницама.

Деонице су дугорочне хартије од вредности. Оне треба да имаоцу осигурају трајан приход у виду ливиденде. Поред тога, оне представљају машине хартије од вредности. По правилу издају се у великом броју, у серијама од по неколико хиљада примерака.

2. ВРСТЕ И РОДОВИ (КЛАСЕ) ДЕОНИЦА

Деоничко друштво може издати различите врсте и родове (класе) деоница. Зависно од полазног критеријума деонице се могу поделити у неколико група, за које важе донеске различита правила. При томе, једна деоница може припадати различитим врстама и родовима (на пример, може гласити на име, да репрезентује улог у новцу, да је приоритетна).

ДЕОНИЦЕ НА ИМЕ И ДЕОНИЦЕ НА ДОНОСИОЦА

Подела је извршена с обзиром на начин одређења имаоца деонице. Како ће гласити деонице, у принципу, зависи од воље издаваоца. Међутим, према Предлогу закона о предузетима на име гласе деонице које се издају пре исплатног плаћања номиналног или вишег емисионог износа (привремене деонице), као и у случају уписивања деоница са закљученим уговором о споредним чинилбама (чл. 225. ст. 2). Законом о друштвеном капиталу ("Сл. лист СФРЈ", бр. 46/90) одређује да се интерне деонице могу издавати само на име (чл. 1).

За деонице на име се обично каже да спадају у мешовите хартије од вредности. Мешовитост се састоји у томе што плашт деонице гласи на име, а купони за наплату дивиденде гласе на доносиона.

Значај разликовања између деоница на име и деоница на доносиона огледа се у томе што се деонице на име уписују у књигу деоница и што за пренос, односно могућност њиховог преноса важе посебна правила.

ОСНИВАЧКЕ ДЕОНИЦЕ И ДЕОНИЦЕ СЛЕДЕЋИХ ЕМИСИЈА

Подела је извршена према редоследу издавања. Деонице које се издају да би се обезбедила основна главница потребна за оснивање деоничког друштва називају се оснивачким деоницама или деоницама прве емисије. Деонице следећих емисија јесу деонице којима се обезбеђују додатна средства за пословање друштва и повећање основне главнице друштва.

1 Барбић, Ј., Деоничко друштво у југословенском праву, Привреда и право, бр. 3-4/90, стр. 167.

Ималац оснивачке деонице, за разлику од имаоца деонице следећих емисија, може имати и нека посебна права, као што су право првенства уписа нових емисија деоница или право на приоритетне деонице (чл. 209. ст. 1. тач. 8. Предлога закона о предузећима).

ДЕОНИЦЕ ЗА УЛОГУ НАТУРИ И ДЕОНИЦЕ ЗА УЛОГУ НОВЦУ

Подела је извршена према природи улога. Одлуком о издавању деоница одређује се да ли се деонице уплаћују у новцу, или у стварима и правима израженим у новчаном износу (чл. 15. Закона о хартијама од вредности).

Између наведених врста деоница из постоје неке посебне разлике. Али, статутом се може предвидети да се деонице уплаћене у стварима и правима (тзв. уложење, везане деонице) могу издати само као деонице на име; да се уложене деонице не могу продавати до истека одређеног временске потребног да се утврди да су ствари и права, којима је уплаћена деоница, у стању које је утврђено проценом.² Према чл. 225. Трговачког закона Југославије из 1937. године, деонице уплаћене у стварима и правима нису се смеле предати деоничарима, него су морале остати код друштва две године после уписа у трговачки регистар. За то време деоничко друштво је имало првоструко да се из тих деоница наплати за интету која би му настала због уложака у стварима. Слична одредба била је садржана и у француском законодавству (чл. 278. Закона бр. 66 - 537 од 24. јула 1966. године). Законом из 1988. године (бр. 88 - 15) та одредба је укинута тако да не постоји више ограничење у погледу предаје деоница акционарима и могућности њиховог преноса.³

ПРИВРЕМЕНЕ И СТАЛНЕ ДЕОНИЦЕ

Подела извршена с обзиром на начин уплате. Средства за куповину деоница могу се уплатити одједном или у ратама. Ако се уплата врши у ратама, купац добија привремену деоницу, с тим што се свака парцела уплате уписује и потврђује на самој привременој деоници. Привремена деоница се повлачи и заменjuје сталном деоником када ималац привремене деонице уплати укупан износ свог удела (чл. 16. ст. 1-3. Закона о хартијама од вредности). Иначе, сталне деонице су и оне које друштво издаје а да претходно није издавало привремене деонице.

При упису у регистар друштво не може издавати ни сталне ни привремене деонице.

Привремене деонице гласе на име и на њих важе посебна правила (упис у књигу акција, ограничење преноса).

ЕКСТЕРНЕ И ИНТЕРНЕ ДЕОНИЦЕ

Подела се врши према циркулационој способности деоница. Екстерне деонице су оне деонице које се могу наћи у промету на тржишту хартија од вредности, а интерне деонице не могу да циркулишу на тржишту хартија од

2 Вучетић, В., Деонице као хартије од вредности, Нови Сад, 1992, стр. 60.

3 Мерле, Пх., Дроит коммерцијал, Парис, 1988, стр. 269.

вредности. Оне су искључиво намењене радницима издаваоца. Интерне деонице се могу стицати по повлашћеној цени.

Интерне деонице имају за циљ, поред прикупљања додатних средстава, повећање мотивисаности запослених за већу продуктивност.⁴

ДЕОНИЦЕ НА ДИНАРЕ И ДЕОНИЦЕ НА СТРАНУ ВАЛУТУ

Подела се врши према начину на који је изражена номинална вредност деоница. Деонице које глase на страну валуту намењене су првенствено страницима и продају се за страну валуту. Али, ако се продају у Југославији онда се купују за динаре.

РЕДОВНЕ, ПРИОРИТЕТНЕ, ДЕОНИЦЕ БЕЗ ПРАВА ГЛАСА, УЖИТНИЧКЕ ДЕОНИЦЕ

С обзиром на права која су садржана у деоницама разликују се родови деоница. Род (класу) чини скup деоница с истим правима.

РЕДОВНЕ (ОБИЧИНЕ) деонице дају имаоцу право на учешће у управљању друштвом, право на дивиденду и право на део стечајне масе (чл. 17. Закона о хартијама од вредности). Оне обухватају сва права која њихов ималац може остваривати у друштву које их је издало. Њих карактерише укупност свих права из деонице, а не обим појединачних права и начин њиховог остваривања.⁵

ПРИОРИТЕТНЕ (ПОВЛАШЋЕНЕ) деонице дају имаоцима одређена приоритетна права у односу на имаоце редовних деоница. То су право првенства наилате дивиденде, наилате из остатка ликвидације или стечајне масе, право на већи број гласова у скupштини или право предлагања одређеног броја чланова органа друштва, као и друга права утврђена законом или статутом.

Приликом издавања приоритетних акција, друштво може захтевати од уписивача приоритетних акција и посебне новчане доплате (чл. 103. Закона о предузенима и чл. 225. ст. 6. Предлога закона о предузенима).

Приоритетне деонице се могу издати приликом оснивања друштва. Али, најчешће се то чини када се донесе одлука о повећању основног капитала у циљу стварања услова за успех читаве операције.⁶

У погледу издавања приоритетних деоница Трговачки закон из 1937. године (пар. 230. ст. 4) прописивао је да: - износ приоритетних деоница не може бити већи од две трећине основне главнице;

- првенствена дивиденда не може бити већа од пет процената од номиналне (имените) вредности деоница;
- првенствена дивиденда која није у целости или делимично исплаћена у ранијим годинама, правилима друштва се може одредити да ће се исплатити из чисте добити доцнијих година, с тим што таква исплата не може покрити више од пет последњих година.

4 Дабић, С., Хартије од вредности и њихово тржиште, Београд, 1990, стр. 32.

5 Вучетић, В., оп. cit., стр. 50.

6 Merle, Ph., оп. cit., стр. 270.

Приоритетне деонице могу бити кумулативне, партиципативне и партиципативно-кумулативне (чл. 225. ст. 7. Предлога закона о предузећима).

Кумулативна деоница даје право на исплату свих још неисплаћених дивиденди пре него што се имаоцима обичних акција у складу са одлуком о издавању исплате било какве дивиденде.

Партиципативне деонице дају право, поред утврђене приоритетне дивиденде, и право на исплату дивиденде које припадају имаоцима обичних деоница у складу са одлуком о издавању. Наиме, може се догодити да је добит остварена одређене године толика да даје могућност да се свим леоничарима исплати дивиденда у износу, на пример, од десет посто номиналне вредности деонице. У том би случају ималац приоритетне деонице, којом је предвиђена фиксна дивиденда од три посто, изгубио седам посто дивиденде. Партиципативне деонице тај ризик отклањају.

ДЕОНИЦЕ БЕЗ ПРАВА ГЛАСА дају само право на учешће у добити друштва. Ове деонице садрже приоритетно право у погледу расподеле добити (чл. 265. ст. 1. Предлога закона о предузећима). Номинална вредност акција без права гласа не може бити већа од четрдесет девет процената од основног капитала друштва (чл. 226. ст. 2. Предлога закона о предузећима). У Француској законодавац још више ограничава могућност издавања акција без права гласа (њихова вредност не може да пређе једну четвртину основног капитала друштва). Ове акције, иначе, не могу да поседују чланови органа друштва јер је неспоредиво одсуство права гласа са правом управљања друштвом.⁷

Деонице без права гласа издају се, по правилу, у другој и наредним емисијама, када друштво жeli да повећа свој капитал, али да не повећава број деоничара који имају право управљања друштвом.⁸

Деонице без права гласа конвертоваће се у деонице са правом гласа у случају исплаћања дивиденди у року од две године од статутом утврђеног рока за исплату дивиденде (чл. 265. ст. 3. Предлога закона о предузећима). Акционари задржавају право гласа док се не изврши исплата. У Француском праву до конверзије долази ако дивиденда није исплаћена у року од три године.⁹

УЖИТИЧКЕ деонице (Предлог закона о предузећима их не помиње) представљају деонице без номиналне вредности, с правом учешћа у добити и то тек после исплате у одређеном проценту осталих деоничара (према Трговачком закону Југославије из 1937. године ималац ове деонице је имао право на учешће у добити тек ако је другим деоницама припада дивиденда од најмање пет посто њихове номиналне вредности). Осим ограничења у погледу права учешћа у добити, ужитничке деонице дају сва друга чланска права. Ове деонице се издају уместо повучених деоница чија је номинална вредност исплаћена њиховим имаоцима.

7 Merle, Ph., op. cit., стр. 272.

8 Вучетић, В., op. cit., стр. 58

9 Merle, Ph., op. cit., стр. 273.

3. ИЗДАВАЊЕ ДЕОНИЦА

1. Када се издају деонице. Деонице се могу издавати у два случаја. Прво, приликом оснивања друштва и друго, у току постојања деоничког друштва, када се ради о повећању основне главнице друштва.

Приликом оснивања друштва оснивачи могу одмах да откупе све деонице које чине основну главницу друштва (симултано оснивање). Али, чешћи је случај да физичка или правна лица која желе да оснују деоничко друштво упунте јавни позив заинтересованим лицима да се пријаве и упишу деонице (сукцесивно оснивање). У зависности од тога да ли се деоничко друштво оснива симултано или сукцесивно зависи да ли ће се упис и уплата деоница извршити именосредно на основу уговора о оснивању деоничког друштва, односно одлуке о оснивању деоничког друштва или ће се на основу оснивачког акта приступити сачињавању и објављивању јавног позива за упис и уплату деоница (проспект), а након тога извршити упис, уплату и издавање деоница.

Издаваони деонина при оснивању деоничког друштва, за разлику од случаја када се ради о повећању основне главнице, нису дужни да траже одобрење од Комисије за хартије од вредности, као ни мишљење Службе друštvenog knjigovodstva o њihovom bonitetu (чл. 5. Закона о хартијама од вредности).

2. Садржaj одлуке о издавању деоница. Одлуком о издавању деоница утврђују се нарочито: назив издаваоца деоница; ознака да деоница гласи на доносиона или на име; укупан износ на који се издају деонице и број деоница, номинална вредност деоница, број гласова који даје деоница; начин исплате дивиденде; време уписа деоница; начин уписа деоница; код кога и у ком року се врши уплата средстава за куповину деоница; у ком року се врши повраћај уплаћених средстава у случају одустајања од издавања деоница; врста деоница; редослед остваривања првенства када се приоритетне деонице издају у више серија; начин објављивања издавања деоница; поступак расподеле и дистрибуције деоница; начин илаџања деоница; утврђивање услова за исплату кумулативне дивиденде; сношење ризика; начин располагања деоницама; могућност замене - конвертовања деоница; права која остварује ималац приоритетне деонице; право прече куповине ималаца деоница код новог издања деоница и друга питања у вези са издавањем деоница (чл. 20. ст. 2. Закона о хартијама од вредности).

3. Јавни позив за упис и уплату деоница (проспект). Јавни позив се упућује неодређеном броју лица и то путем средстава јавног информисања. Он садржи нарочито (чл. 209. Предлога закона о предузећима):

- фирму, седиште и делатност друштва које се оснива;
- висину основног капитала;
- број и номиналну вредност деоница;
- место, рокове и време уписа деоница;
- рок и место уплате деоница;
- рок враћања уплаћених износа у случају неуспелог оснивања;
- износ који треба уплатити за уписане деонице пре регистрације друштва и последице неблаговремене уплате;
- посебна права која припадају оснивачима;

- број, прсту и класу деоница које су откупили оснивачи, без уписивања на основу јавног позива;
- предмет и вредност неповршинских улога, број деоница које се дају за њих, име, односно фирму и адресу, односно седиште лица које даје улог и име (фирму) овлашћене организације или лица који га процењује;
- највиши износ трошкова који надају на терет друштва;
- поступак у случају уписа виника акција;
- начин сазивања оснивачке скупштине;
- потпис оснивача.

4. Упис, уплатна и издавање деоница. Упис и уплата деоница врши се код банке агента коју је одредио издавалац деоница.

Акције се уписују потписивањем изјаве о упису акција (уписнице) у три примерка. Уписница садржи:

1. број, врсту и класу уписаных акција, номиналну вредност и цену по којој су уписану;
2. изјаву уписника да ће акције уплатити под условима утврђеним у јавном позиву (проспекту);
3. новчани износ који уплаћује уписник при упису акција;
4. изјаву уписника да му је позната садржина јавног позива (проспекта), уговора о оснивању друштва и извештаја оснивача;
5. потпис уписника, односно овлашћеног лица, уз ознаку пребивалишта, односно фирме и седишта и потпис овлашћеног лица банке у којој су извршени уписи и плаћање.

Деонице се уплаћују у новцу, а одређени број деоница може се уплатити у стварима и иправима неопходним за рад друштва. При томе, неповршини улози се уносе у имовину друштва у целини до његове регистрације, осим ако нешто друго није одређено, а новчани улози се морају уплатити у износу од педесет посто до уписа друштва у регистар, а остатак у року од две године од уписа друштва у регистар. Али, ако новчани део основног капитала пређази износ од двадесет пет хиљада америчких долара (сумултано оснивање), односно педесет хиљада америчких долара (сукцесивно оснивање), до уписа друштва у регистар мора се уплатити најмање двадесет посто од тог износа. Ако се акције продају изнад номиналне вредности, вишак изнад те вредности у целини треба да буде уплаћен до уписа друштва у регистар.

Рок за упис акција не може бити лужи од три месеца од дана одређеног за почетак уписивања. Ако се попуњене акције не упишу, издавалац мора вратити уписницима уплаћене износе с каматом, као и улоге у стварима и правима.

Када деоничари уплате деонице приступа се њиховом штампању и издавању. У Француској, за разлику од нашег права, не врши се више издавање деоница у форми штампане писмене исправе. Уместо тога врши се њихов упис на посебном рачуну издаваоца (када се ради о деоницама на име), односно код одређеног финансијског посредника (када се ради о деоницама на доносиоца). Са завршетком ере "хартија од вредности - папира" исчезавају могуће манипулатије, а сама операција издавања и преноса акција се олакшава захваљујући савременим комуникационим средствима.¹⁰

Издавалац деоница је дужан да после издавања деоница поднесе писмени захтев савезном органу управе надлежном за послове финансија за упис деоница у регистар. Упис деоница у регистар има за сврху да обезбеди поплатке о деоницима сваког издаваоца ради могућности праћења емисије деоница. Такође, тиме се пружа могућност заинтересованим лицима да добију поплатке који се воде у регистру.¹¹

5. Дозвола за издавање деоница. За издавање деоница, осим кад се оснива деоничко друштво, потребно је прибавити одобрење Комисије за хартије од вредности. Пре подношења захтева Комисији издавалац је дужан да прибави милионе Службе друштвеног књиговодства о свом бонитету.

Комисија даје одобрење о испуњености услова за издавање деоница у року од тридесет дана од подношења захтева.

6. Вредност деоница. Деонице се издају на једнаку номиналну вредност. Највиши номинални износ деоница не може бити мањи од пет америчких долара у динарској противвредности, но курсу на дан уплате, осим ако деоничари купују деонице, у складу са савезним законом, под повлашћеним условима (чл. 199. ст. 1. Предлога закона о предузећима).

Због потребе очувања интегритета основног капитала деонице се не могу издавати ни продавати при издавању испод њихове номиналне вредности. Изузетно, када се ради о ужитничким деоницама могуће их је издавати и без номиналне вредности.¹²

Од номиналне вредности треба разликовати:

- Емисиону вредност, о којој се може говорити када се издате деонице продају изнад њихове номиналне вредности. Иначе, емисиона вредност не може бити испод номиналне вредности, осим када се ради о интерним деоницама.
- Праву (математичку) вредност, која се добија када се чиста актива подели са бројем деоница. Тако, ако је капитал друштва од сто хиљада америчких долара подељен на десет хиљада деоница, а чиста актива износи двеста хиљада долара тада номинална вредност деоница износи десет долара, а математичка двадесет долара. Ако друштво поступа са губитком номинална вредност ће бити већа од математичке вредности деоница.
- Берзанску вредност, коју могу имати само деонице које се котирају на берзи. Берзанска вредност се формира на основу изражене понуде и тражње на берзи за одређене деонице.
- Ликвидациону вредност, до које се долази када се из активе друштва намире повериоци и накнаде трошкови ликвидације.

4. ДЕЛОВИ ДЕОНИЦЕ И ЊИХОВИ ОБАВЕЗНИ ЕЛЕМЕНТИ

Деоница се састоји из два дела: плашта и купонског табака, који садржи купоне за наплату дивиденде. Плашт и купонски табак се могу издати заједно или посебно, одвојени један од другог.

11 Вучетић, В., оп. cit., стр. 112.

12 Васиљевић, М., Трговинско право, Београд, 1991, стр. 704.

Плашт деонице садржи следеће битне елементе: ознаку да је деоница, ознаку врсте деонице; фирму, односно седиште издаваоца деонице; фирму, односно име купца деонице или ознаку на кога гласи деоница; укупан новчани износ на који се издају деонице и број деонице; рокове исплате дивиденде; место, датум издавања и серијски број са контролним бројем деонице; факсимил потписа овлашћених лица издаваоца деонице и права из деонице (чл. 21. ст. 1. Закона о хартијама од вредности). У деоници мора да буде назначена и њена номинална вредност.

Купон за наплату дивиденде саджи следеће основне елементе: редни број купона за наплату дивиденде; број деонице по којој се дивиденда исплаћује; назив издаваоца деонице; година у којој се дивиденда исплаћује и факсимил потписа овлашћених лица - издаваоца деоница (чл. 21. ст. 2. Закона о хартијама од вредности).

Купон, по својој правној природи, представља самосталну хартију од вредности. Али, у односу на идентитет деонице, купон је споредна хартија од вредности. Када се преноси деоница, преноси се и купонски табак, односно неискоришћен број купона на купонском табаку. Иначе, купони, по правилу, гласе на доносиоца, мада се могу издати и на име.

Према Трговачком закону из 1937. године са купонима се могла издати исправа за подизање нових купонских листова, кад је ратији купонски лист био исцрпљен или у случају његовог нестанка (пар. 235). Та исправа се звала талон.

5. ПРАВА ИМАОЦА ДЕОНИЦЕ

Деоница је хартија од вредности у којој су инкорпорисана одређена неимовинска и имовинска, односно корпорацијска и имовинска права.¹³ Неимовинска права чине право чланства у деоничком друштву и право учешћа у управљању друштвом, а у групу имовинских права улазе право на дивиденду и право на део имовине деоничког друштва за случај његовог престанка, ликвидације или стечаја.

Право чланства у деоничком друштву. Право чланства у деоничком друштву стиче се куповином једне или више деоница. При томе, број деоница које поседује једно лице без значаја је за стицање права чланства. Деоничар то право задржава све док је власник деонице. Изузетно деоничар може бити искључен из друштва: у случају неблаговремене уплате улога, односно уношења улога; када акционар не поднесе деонице ради спајања или промене номиналне вредности, услед чега се деонице оглашавају неважећим, а што доводи и до искључења деоничара из друштва.

Право учешћа у управљању друштвом. Право учешћа у управљању друштвом изражава се првенствено у праву гласа деоничара приликом одлуčивања у скупштини деоничара сразмерно номиналној вредности деоница.

¹³ Павићевић, Б., Деоница као хартија од вредности, Привредно правни приручник, бр. 11-12/92, стр. 6.

Забрањено је издавање деоница које би уз исти номинални износ давале различит број гласова (чл. 226. ст.3. Предлога закона о предузећима).

Статутом се може утврдити највећи број гласова сваког акционара, без обзира на номиналну вредност акција које поседује, под условом да то важи за све акционаре који поседују акције с правом гласа (чл. 226. ст. 4. Предлога закона о предузећима). Оваква одредба има за циљ заштиту малих акционара, али се у пракси, земаља код којих је деоничарство развијено, ретко користи. Зато се често законом одређује максимални број гласова које може имати деоничар у скупштини друштва (на пример, десет посто гласова које акционари имају у скупштини).¹⁴

Право гласа у скупштини друштва даје имаоцу деонице право да учествује у избору органа управљања (управног одбора), да обавља надзор и да утврђује пословну политику (чл. 17. ст. 3. Закона о хартијама од вредности).

Право управљања деоничарским друштвом може се ограничити тако што ће се статутом предвидети број акција које мора да поседује акционар, или група акционара, да би могли да учествују у управљању друштвом. Ималац деонице може бити искључен из права управљања друштвом ако поседује деонице без права гласа.

Право на дивиденду. Свака деоница садржи у себи право на дивиденду. То је удео у добити коју скупштина одреди за деобу. Добит се дели сразмерно номиналној вредности деоница. Али, за разлику од редовних деоница, имаоци приоритетних деоница имају право првенства у наплати дивиденде, као и право на исплату кумулативне дивиденде. Поред тога, кол приоритетних деоница могуће је утврдити фиксну дивиденду. У том случају се дивиденда одређује у проценту од номиналне вредности деонице. Кол редовних деоница се не може одредити на овај начин дивиденда с обзиром да она, у том случају, зависи од остварене добити.

Статутом деоничког друштва се може предвидети да се дивиденда неће исплаћивати ако је мања од износа који одговара одређеном проценту од номиналне вредности деоница. Такође, може се предвидети да се дивиденда неће исплаћивати ако прелази одређени проценат од номиналне вредности деонице (на пример, ако прелази тридесет посто од номиналне вредности деонице). У том случају ради се о тзв. стабилизацији дивиденде: у годинама када се оствари већа добит један део добити одваја се у резерву и не исплаћује деоничарима, а у годинама у којима друштво не оствари добит или се оствари мала добит из резерви се исплаћује дивиденда у установљеној висини.¹⁵ У том смислу Предлог садржи решење према коме скупштина може одлучити да се добит не дели акционарима, или да се не дели акционарима који имају одређену класу акција, већ да се употреби за друге намене (чл. 234. ст. 5).

Дивиденда се исплаћује у новцу. Међутим, према француском праву, деоничко друштво може да понуди акционарима исплату дивиденде било у

14 Merle, Ph., op. cit., str. 286.

15 Вучетић, В., op. cit., str.97.

новцу било у акцијама. Овај систем исплате је погодан за друштво јер му омогућује да дође до средстава потребних за даље пословање.

Дивиденда се може исплаћавати акционарима на терет основног капитала само у случају његовог смањења.

Право на део стечајне, односно ликвидационе масе. Према чл. 17. ст. 2. Закона о хартијама од вредности ималац деонице има право на део стечајне масе када дође до стечаја друштва. Исто право деоничар има и ако дође до отварања поступка ликвидације. Међутим, закон погрешно формулише право деоничара у случају престанка друштва. Наиме, када се ради о стечају или о ликвидацији, деоничар има само право на део онога што остале чланове спроведеног поступка и то сразмерно номиналној вредности деоница. Када би се дословно тумачила споменута одредба, то би значило да деоничари имају могућност да затраже да им се из стечајне или из ликвидационе масе издвоји оно што им припада, а то би било противно правилима која важе за деоничко друштво.

6. ПРЕНОС ДЕОНИЦА

Деонице могу бити у правном промству почев од тренутка уписа деоничког друштва у судски регистар па до његовог брисања из регистра. Продаја се врши, у зависности од ипунде и потражње, по номиналној вредности деоница, изнад или испод те вредности.

Деонице које гласе на доносника преносе се прстом предајом из руку у руку (традицијом). Деонице које гласе на име преносе се индосаментом, с тим што пренос мора да буде убележен у књигу деоница коју води деоничко друштво.

Изузетно, на основу закона или статута друштва, пренос деоница може бити искључен (трајно или привремено) или условљен. Из промета су искључене:

Интерне деонице. Оне су намењене искључиво радицијима издаваоца.

Везане деонице. Статутом се може утврдити да су акционари који улажу ствари и права дужни да депонују своје акције у друштву за време за које по закону одговарају друштву (чл. 233. ст. 2. Предлога закона о предузећима).

Гаранцијске деонице. Статутом се може утврдити обавеза чланова управе друштва да поседују одређени број акција друштва и да их депонују у друштву док им траје својство члана управе (чл. 233. ст. 3. Предлога закона о предузећима). Сврха тих деоница састоји се у томе да се деоничко друштво у извесној мери обезбеди од штетних радњи по друштву које могу да предузму имаоци таквих деоница. Друштво има право да услучају наступања чланице услед радње коју је предузео члан управног одбора прода гаранцијске деонице и да из остварене продајне цене евентуално намири претрпљену штету. У практичној примени ове деонице немају нарочит значај с обзиром

16 Merle, Ph., op. cit., стр. 280.

17 Барбанић, Ј., оп. цит., стр. 167.

да је њихова номинална вредност знатно мања од штете која може настати радом члана управног одбора.¹⁸

Трговачки закон Југославије из 1937. године прописивао је да сваки члан управе мора положити јамчевину. Јамчевина је служила друштву, деоничарима и повериоцима за обезбеђење њихових потраживања на основу одговорности члана управе. Она се враћала полагачу по истеку три месеца, пошто је у трговачки регистар уписан престанак дужности члана управе, ако дотле није поднесена тужба за накнаду штете (пар. 294).

Када се ради о деоницама на име које се не продају и не купују на берзи, као и о привременим деоницама, пренос се може условити сагласношћу управе или правом прече куповине од осталих акционара или друштва (чл. 238. Предлога закона о предузетницима). По правилу овакво условљавање има за циљ да се друштво заштити од непожељних лица која би желела да постану чланови друштва (клаузула сагласности), односно да се акционарима друштва омогући приоритет у стицању акција које се продају (клаузула права прече куповине).

Статутом се мора одредити рок у коме се друштво, односно акционари морају изјаснити о захтеву за пренос, као и начин па који ће се утврдити цена деонице. У Француској, на захтев за пренос се мора одговорити у року од три месеца од његовог подношења. А, у случају несагласности око одређене цене, њу ће одредити експерт кога заједнички именују или га одређује председник трговачког суда, ако се стране о томе не споразумеју.¹⁹

SUMMARY

SHARES

Shares are securities which entitle the shareholder to take part in the stock company by which it is confirmed that the shareholder has brought in a certain deposit in the company's assets. The share is not a document of the ownership of the deposit, as it has been defined in the Law of Securities. This could mean that there is the real right applied in the shares, and that it could be the valuable paper with the real rights. But, the share is a proof that a certain funds were paid into account.

On the basis thereof the shareholder acquires certain rights, but not the real right on the deposit that had been paid. By the payment itself the deposit becomes the property of the society (company) and is not, owned by the payee any more.

18 Вучетић, В., оп. си., стр. 84.

19 Merle, Ph., оп. си., стр. 301.

Мр Драгана ПЕТРОВИЋ
асистент на Правном факултету
у Крагујевцу

**ПОМАГАЊЕ И
ОРГАНИЗОВАЊЕ
ЗЛОЧИНАЧКИХ
УДРУЖЕЊА**

УДК: 343. 237

Познато је да кривични закон Југославије, поред помагања и подстрекивања, познаје и организовање злочиначких удружења као посебан облик саучесништва. Отуда, целовитост разграничења помагања од других форми саучесништва, не може се остварити а да се не узме у обзир и међусобни однос помагања и организовања злочиначких удружења.

Међутим, пре него се уопште упусти у разматрање овог питања, мора се имати у виду једна констатација: између помагања и организовања злочиначких удружења, упркос чињеници о извесном подударању, постоје многобројне и суштинске разлике. Сматра се, наиме, да својим специфичним карактером и доманијем, значајем и својствима која их одликују, наведени институти дају доволно основа за међусобно диференцирање.

Очигледно, у питању су две веома различите, а ипак "у старту" исте форме саучесништва. У наведено размишљање, потпуно се уклапа следеће: са аспекта савременог кривичног права, помагање и организовање злочиначких удружења су облици саучесништва, самостални институти који се регулишу у општем делу кривичних закона. Она додирна тачка која их повезује јесте да и један и други вид саучесништва подразумева доприношење извршењу кривичног дела, тј. и организовање злочиначких удружења се, слично помагању, појављује само као услов који је допринео наступању последице, односно извршењу кривичног дела или више њих. Међутим, док је појам помагања неспоран, признат и познат још од најстаријих времена, појам организовања злочиначких удружења је противречен и споран, релативно

нов облик саучесништва, у теорији и пракси различито постављен. У том контексту, помагање је класична форма саучесништва, институт кога познају мање или више сва законодавства. Посматрано са аспекта кривично-правне доктрине, регулативе и судске праксе, не постоје принципијелне разлике у погледу схватања овог облика учествовања у вршењу кривичног дела. Сујротно, када је реч о организовању злочиначких удружења, ради се о једном облику саучесништва који не спада у класичне форме и кога познаје релативно мали број кривичних законодавстава, чак, у савременим кривичним законима, организовање злочиначких удружења као облик саучесништва у ужем смислу представља праву реткост. Његово постојање, будући да је засновано на објективној одговорности и повреди начела *nulla poena sine culpa*, не би се могло правдати ни порастом организованог криминализата који, уосталом и није био разлог његовог увођења.¹

У систму изнестог, важно је учинити пар општих напомена везаних за овај, својеврсни облик саучесништва.

1. У науци кривичног права се доста давно указује на овај облик организовања. Прве одредбе о саучесништву у форми организовања злочиначких удружења, појављују се у руском законодавству у XVII веку. Кривични закон из 1649. године, на првом месту, заштићује од "скупа" или "завере" "државну част" и "његово царско здравље". У Баварском законику из 1813. године, детаљно се регулише одговорност за саучесништво "своје врсте". Француски законик из 1893. године, одређује кажњавање за само учествовање у организацији која је створена ради вршења кривичних дела. Теоретичари, као што су Лист, Аљфельд, Сергејевски врше разликовање неколико облика забрањених удруживања. Међутим, своје право место и значај овај институт добија тек после Октобарске револуције 1917. године. КЗ РСФСР из 1922. године, истиче значај организатора и организаторских делатности, па у члану 58. говори о организацији оружаних устанака с контрапреволуционарним циљевима, у члану 74. о одговорности организатора, подстрекача и руководилаца масовних иерела, масовног одбијања плаћања пореза и друго. Посебне одредбе о одговорности организатора могу се наћи у посебном делу позитивних кривичних закона.²

Овај само сумарни осврт указује да је организовање злочиначких удружења било предвиђено у посебном делу кривичног права и редовно се кажњавало као самостално кривично дело. Наиме, стара кривичноправна теорија, законодавство и пракса, под саучесништвом подразумевају само подстрекавање и помагање, док се организовање злочиначких удружења појављује само код појединих кривичних дела. Другим речима, саучесништво у облику организовања злочиначких удружења не постоји као општи облик саучесништва и институт општег дела кривичног закона.

2. Полазећи од чињенице да је реч о феномену реалног живота, облику саучесништва који одговара стварности, наш законодавац, прихвати ор-

1 3. Стојановић: "РЕФОРМА ОПШТЕГ ДЕЛА КЗ СФРЈ", Југословенска ревија за криминологију и кривично право, број 2/1990., стр. 38.

2 Вид. А. Н. Трајнин: Учење о саучесништву, Београд, 1949. стр. 75.

ганизовање злочиначких удружења као облик саучесништва у ужем смислу, или исто тако сматра да се оно разликује од помагања и подстрекивања. Наиме, у законском тексту је било неопходно предвидети и фигуру организатора злочиначких удружења као друштвеноопасну фигуру која није идентична са фигуrom подстрекача, а нарочито помагача. То због тога, што организовање злочиначких удружења представља најопаснији и најсложенији вид саучесништва, облик организовања у коме криминална делатност саучесника добија интензивије, драстичније форме. У њему се обједињује делатност више лица која иду за остварење најопаснијих и најтежих кривичних дела. Ова лица су организована и међусобно повезана злочиначким планом, у чијем реализовању посебно значајну улогу има организатор злочиначког удружења.

Организатор је особа која је створила злочиначко удружење, организовала злочиначки колектив, одредила циљеве удружења, план и програм њихове друштвеноопасне делатности. Као стожер око кога се одвија злочиначка активност, шеф коме се остали чланови удружења покоравају, он је способан да створи организацију, у којој се, по речима Сигела "микроб зла лако развија, а микроб доброг готово умире, јер се добре особине поједињаша у њој не спајају, већ елиминишу", да дакле, произведе кривично дело и ако поједини међу њеним члановима сами за себе по свом карактеру не би били у стању да га изврши.³

Ради се о личности која је способна да све препреке и сметње које стоје на путу уједињења у злочиначкој активности, превазиђе захваљујући изузетним организаторским способностима.⁴ И још нешто: све те радње које у вези са злочиначким планом предузима организатор, нису ни подстрекавање, ни помагање чланова организације. Разматранjem односа организатор - члан организације, не може се рећи да организатор пружа помоћ члановима организације, ни обратно, јер њихова делатност представља саставни део злочиначког плана.

Истакнуто је већ, да се помагањем сматра допринос извршиоцу у извршењу одређеног кривичног дела. Остварење криминалног резултата овде се врши подутирањем, унапређивањем од стране другог лица - помагача. За постојање помагања релевантно је да је неко лице већ донело одлуку да изврши једно кривично дело, па чуј помагач својом делатношћу само омогућава да то дело изврши. С обзиром на начин пружања тог доприноса извршиоцу, помагање може бити физичко и психичко, директно и индиректно, претходни и истовремено. Помагање у кривичном делу може бити извршено и нечињењем. Међутим, у погледу организовања злочиначких удружења, оваква ситуација је апсолутно немогућа. Да се задржимо на овој последњој

3 Т. Ивановић: Основи кривичног права Краљевине Југославије, Општи део, I књига, Београд, 1935. година, стр. 191.

4 "Организатор је лице које је организовало извршење злочина или је руководило његовим извршењем. Од укупног броја саучесника, организатори чине 13,4%. Организатор је најопаснија фигура у саучесништву". Цитирано према П. Ф. Тельнов: стр. 82. Разграниче исполнитеља и пособника, Совјетскаја јустиција, број 4.1974. стр.82.

констатацији. Наиме, у смислу члана 26. КЗ СФРЈ, организовање злочиначког удружења постоји у радњама онога ко је ради вршења кривичних дела створио или искористио организацију, банду, заверу, групу или друго удружење. Следећи ову формулатију, суштина организовања злочиначког удружења се састоји, слично подстрекавању, у изазивању или учвршћивању одлуке код чланова удружења, да предузму радње, односно остваре злочинчу активност предвиђену планом. Само по себи, организовање подразумева активну делатност, ангажовање у смислу организовања и управљања активношћу оних који су узели учешћа у остварењу кривичног дела. Дакле, код организовања злочиначких удружења, по природи ствари, је парадоксално говорити о нечињењу.

3. Да би се радило о помагању као облику саучесништва у ужем смислу, потребно је да се помоћ пружа одређеном лицу и да се односи на извршење одређеног кривичног дела. С друге стране, да би се могло говорити о организовању злочиначког удружења као један од неопходних услова за његово постојање, помиње се злочиначки план. Ради се о плану злочиначког удружења у коме су предвиђена кривична дела која удружење, односно његови чланови треба да врше. У суштини, овде се ради о договарању, односно споразумевању припадника удружења о томе која ће кривична дела вршити и у ком циљу (у принципу, реч је о дужем временском интервалу). Као што смо рекли, у стварању тог плана одлучујућу улогу има организатор удружења (*dux cōminis*). Међутим, у примени овог облика саучесништва, организатор је веома често удаљен од саме злочиначке делатности, па сенеретко дешава да и не зна која су дела извршена у оквиру ове организације и колико је кривичних дела извршено. Сетимо се многообројним злочина над цивилним становништвом у недавној прошлости, а такви случајеви злочиначке активности срећу се у свету и данас. Главни наредбодавци и организатори таквих активности у поробљеним земљама, редовно су просторно били веома удаљени од места извршења тих злочина, тако да често нису ни знали ко су непосредни извршиоци и колики је број злочина извршен.⁵

4. Наша даље теоријска намера је разматрање односа у коме се налази један од конститутивних елемената појма помагања - умишљај, насупрот умишљају код организовања злочиначког удружења, с обзиром да и помагач и организатор поступају са овим обликом виности.

Вреди само подсетити да је помагање у кривично-правном смислу релевантно једино онда када је учињено са умишљајем (директним или свентуалним). Нехатно помагање није помагање у кривично-правном смислу. Што се тиче организовања злочиначких удружења, исто као и код помагања, да би се радило о овом облику саучесништва, неопходно је да је делатност организовања извршена са умишљајем. Нема нехатног организовања злочиначког удружења као облика саучесништва у ужем смислу. Овде је, реч пре свега, о нечemu што се може само по себи претпоставити, јер је немогуће замислити ситуацију у којој једно лице ствара или искоришћава злочиначко удружење, доноси злочиначки план, даје налоге, упутства, заповести за

5 М. Петровић: Кривично право СФРЈ, Титоград, 1986. стр. 256

његово извршење, тј. остварење криминалних циљева, а да за све то време постоји код њега нехат у односу на наведене делатности.⁶ Дакле, већ из овог "спољашњег" одређења умишљаја код помагања и организовања злочиначких удружења, између наведених облика саучесништва не постоје битније разлике.

Даље, у аргументацији овог става, умишљај организатора подразумева: а) свест да уједињује, тј. обједињује делатност других лица у току припрема, извршење злочина; б) свест о карактеру злочиначких радњи које извршавају други саучесници под његовим руководством; в) предвиђање општег злочиначког (криминалног) резултата; г) хтење таквог резултата.⁷ Или, укратко умишљај организатора подразумева свест да ствара, односно искоришћана једно удружење за извршење кривичног дела, тј. ради остваривања злочиначког плана. Будући да њему припада одлучујућа улога у креирању плана удружења, његова свест треба да обухвати и планом предвиђена кривична дела, а затим и она која нису предвиђена или произилазе из злочиначког удружења. Код њега мора да постоји и хтење тих кривичних дела (директни умишљај), или барем пристајање на њих (евентуални умишљај).

У самом плану обично нису индивидуализована дела која треба извршити. Другим речима, обухваћено је свако дело, а нису обухваћена појединачна дела, нису обухваћени детаљи. Међутим, без значаја је околност да субјективни однос између организатора и сваког тог појединог дела није конкретан, да појединачна дела нису конкретно обухваћена у свести учиниоца. То стога што основ субјективног односа организатора и сваког тог дела треба потражити у околности да су она обухваћена у злочиначком плану организације коју је он створио или усмерио у одређеном правцу. С друге стране, као што смо рекли, за постојање виности организатора, није потребно лично познавање чланова удружења, нити њихово знање о томе ко су извршиоци планираних кривичних дела. Не умањујући значај субјективне везе између наведених лица, значајно је указати да је она у овом случају лабавија, него код других облика саучесништва у ужем смислу. Најзад, треба имати у виду чињеницу да "међусобно познавање припадника злочиначких организација или познавање сваког појединог дела и није битно, јер то њих не уједињује у њиховој злочиначкој делатности. То што њих у њиховој делатности везује јесте истоветни циљ коме теже".⁸

5. Мора се рећи, да разилажења између ове две форме саучесништва, тј. између организатора и лица које пружа помоћ, нарочито долази до изражaja у области кривичне одговорности и кажњивости.

Кривична одговорност и кажњивост помагача зависи су од постојања извршења кривичног дела. Према томе, да би помагач био кривично одговоран и кажњен, потребно је да је помогнути остварио свршено кривично дело или покушај кривичног дела. У кривичном праву и у законодавству

6 Б. Чејовић: Кривично право; Општи део, Београд, 1985. стр. 348.

7 П. Ф. Тельнов: Исто дело, стр. 82.

8 Ј. Црногорчевић: Облици саучесништва и врсте саучесништва, Архив за правне и друштвене науке, број 4, Београд, 1948. стр. 513.

која афиришишу концепцију лимитиране акцесорности, организовање злочиначког удружења и помагање, се у погледу овог става у потпуности подударају. Наниме, организатор одговара само ако је, у оквиру злочиначког плана извршена каква противправна радња за коју кривични закон предвиђа казну, односно извршено бар једно кривично дело предвиђено планом или произтекло из њега. Не менја, дакле, на ствари чињеница да постоји покушај извршења неког од тих кривичних дела, под условом да се ради о кажњивом покушају. Када је тај услов испуњен, кривична одговорност организатора постаје независна од одговорности извршиоца.

Међутим, у конкретне анализе, очигледно је да на терену кривичне одговорности и кажњивости организовања злочиначког удружења, његова специфична природа несумњиво има своје уочљиве консеквенце. У светлу изнетог, док се кривична одговорност помагача креће у границама његовог умишљаја, дотле код организовања злочиначких удружења долази до проширивања зоне инкриминације, тј. проширивања граница кривичне одговорности организатора злочиначког удружења. За разумевање: организатор у вези са злочиначким планом одговара за две врсте кривичних дела и то, за она дела која су непосредно обухваћена планом злочиначког удружења и за она дела која су произишли из тог плана у смислу да, иако нису непосредно одређена у плану злочиначког удружења, ипак су таква да је њихово остварење на линији реализовања основних циљева злочиначког удружења. У случају да чланови удружења изврше више тих кривичних дела обухваћених планом и произишлих из плана, организатор ће одговарати за сва та дела у идеалном стилу. Уколико, међутим, организатор учествује у извршењу неких од тих дела, онда ће он за та дела одговарати као извршилац, а за остала која су извршили чланови удружења, као организатор. У овом случају, без обзира на чињеницу што у кривичном делу није учествовао, допринос организатора поједином кривичном делу изражава се у његовој улози организовања злочиначког удружења у чији злочиначки план је ушло и то дело које је извршено.⁹ Овакво проширивање граница кривичне одговорности оправдава се тиме што се организовање појављује као узрок који је довео до извршења свих тих кривичних дела. Другим речима, да није било делатности организатора, не би дошло, п.зв. до стварања удружења, а затим ни до извршења кривичног дела које је он предвидео у злочиначком

9 У потпуном нескладу са принципом субјективне одговорности је одредба по којој организатор одговара и за она дела која нису била обухваћена његовом свешћу, тј. за која он уопште није ни знао, уколико су произашла из злочиначког плана. Отуда, поводом анализе постављеног питања, треба отворити питање да ли одредбе о организовању злочиначког удружења као облику саучесништва треба менјати или потпуно одстрanити из закона. Преднанрат измене Општег дела КЗ СФРЈ стоји на линији размишљања према којим би све одредбе које се односе на организовање злочиначког удружења као облика саучесништва требало да буду брисане. Цитирано према: Реформа општег дела КЗ СФРЈ и савремене тенденције у југословенском кривичном праву, Београд, 1991. година, стр. 48.

плану удружења, које је он створио, односно искористио у криминалне сврхе.¹⁰

Нема стицаја између овог облика саучесништва у ужем смислу и помагања у једном те истом кривичном делу. Организовање злочиначког удружења као најтежи и најопаснији облик саучесништва конзумира у себи све остале форме учешћа у одређеном кривичном делу.

6. Најзад, слично помагању, и код организовања злочиначког удружења постоје случајеви када је организовање предвиђено као самостално кривично дело. И у првом и у другом случају, долази до одступања од теорије лимитиране акцесорности, тј. организатор одговара за само организовање злочиначког удружења, а помагач за извршење кривичног дела чија се радња извршења састоји у помагању, односно доприношењу другоме да изврши кривично дело. Извршиоци наведених кривичних дела одговарају по општим прописима о кривичној одговорности, а не посебним прописима о кривичној одговорности саучесника.

SUMMARY

SUPPORTING AND ORGANISING OF CRIME ASSOCIATIONS

The Criminal Code of Yugoslavia, besides supporting and stimulating, regulates also the organising of crime associations as a separate form of collaborationactivity. Its existence, by being based on objective responsibility and violation of the principle known as nulla poena sine culpa cannot be excused by growth of organised crime, because it was not the reason of its including in the Code. In the text of the Code it was necessary to foresee a personality of the crime association organiser as a personality dangerous for society but not identical to a personality of stimulator and especially of supporter. It is because the organising of crime organisations represents the most dangerous and the most complicated way of collaboration, the form in which the collaborators' criminal activity obtains more intensive and more drastic forms.

In order to state that it is an organising of a crime association it is compulsory to state that such an activity has been done with premeditation.

10 Ђ. Чејовић: Кривично право у судској пракси, Општи део, Београд, 1985., стр. 231.

Др Слободан МАРКОВИЋ
доцент Правног факултета у
Крагујевцу

КОМЕНТАР
ПРЕСУДЕ У СПОРУ
ЗБОГ ПОВРЕДЕ
ЖИГА

УДК: 347. 772

Пресуда Окружног привредног суда у Крагујевцу (IV П.5994/90) од 8.5.1991, потврђена пресудом Вишег привредног суда Србије (Пж.7561/91) од 1.11.1991. године -

У претходном броју ГлП-а, на стр. 133 и 134, репродуктовани су изрека и извод из образложења поменуте пресуде. Сматрамо да је пресуда резултат погрешне примене материјалног права. Покушаћемо да аргументујемо тај став, у уверењу да критичка реч правне теорије о правној пракси може служити само доброј сврси - подизању правне сигурности и опште правне културе на виши ниво.

Подсећања ради, указаћемо прво на битне елементе чињеничног стања, а затим на основне моменте у правном схваташњу суда:

Тужилац је титулар регистрованог жига "Бронхи" за карамел-бомбоне. Туженик је производач карамел-бомбона, који свој производ ставља у промет у паковању на којем се налазе речи "Бронхи" и "Аромсла". Тужилац је од суда захтевао да утврди постојање повреде жига "Бронхи", и да забрани туженику даље вршење повреде жига.

Суд је нашао да туженик није повредио тужиочев жиг. Основ за ту одлуку представља оцена суда да просечан потрошач не може бити, тужениковом радњом, доведен у забуну да туженикове карамеле производи тужилац, јер: (а) знак "Бронхи" чини само један део визуелне појаве паковања туженикових карамела, те је, због тога, изгубио своју самосталност; (б) укупан изглед паковања тужиочевих карамела има значајне разлике у односу на укупан изглед паковања туженикових карамела, и (ц) туженик је знак "Бронхи" употребио као име за врсту карамеле.

Према актуалном стању правне теорије и праксе жиговног права, суд је погрешно приступио решавању овог спора, тј. није поштовао методологију испитивања повреде жига. Та методологија, коју ћемо укратко изложити у три корака, има своје упориште у Закону о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања (даље: ЗПГУЗР).¹

1. КОРАК:

Мора се испитати да ли се жигом заштићени знак и знак који, наводно, врећа жиг, користе у промету за обележавање истоврсне или сличне робе, одн. услуга. Наиме, будући да је основна функција жига индивидуализација робе, одн. услуга у промету,² јасно је да је жиг одређен са два равноправна елемента: знаком и врстом робе, одн. услуге, која се тим знаком обележава у промету. То је прописано у чл.88, тач.3. ЗПГУЗР³. Последица тога је да лица која користе знак који је исти са знаком који је предмет туђег жига, али њиме обележавају у промету различиту врсту робе или услуга, не врећају жиг.⁴ Ово правило жиговног права се у теорији означава као начело специјалности жига.⁵ Уколико се утврди да су роба, одн. услуге тужиоца и туженог истоврсне или сличне, прелази се на други корак.

У конкретном случају, није било спорно да је реч о истоврсној роби - карамелама.

2. КОРАК:

Овим кораком се прелази на употребљавање знака који је заштићен жигом, и знака којим се, наводно, врећа жиг. Испитује се да ли су та два знака иста, одн. да ли, упркос евентуалној различитости између њих, овај други задире у обим заштите оног првог. Најчешћи је случај да знакови нису исти, већ да постоји преузимање целог или делова знака који је заштићен жигом у други знак.

Ако је реч о језичком знаку који је заштићен жигом, и ако је цели тај знак интегрисан у други знак, реч је о тзв. квалификованој повреди жига. Чинјенично стање квалификуване повреде жига непосредно произлази из

1 Сл.л.СФРЈ 34/81, 3/90, 20/90.

2 "Робним, односно услужним жигом ... штити се знак који је у привредном промету намењен за разликовање робе, односно услуга исте или сличне врсте" (чл.28, ст.1 ЗПГУЗР). Види и Божин Влашковић: Функције жига и њихов значај (ГлП књ.1/3, 1992, стр.80, 81).

3 "Решење о признавању права доноси се ... за жиг - у границама предложеног знака и приложеног списка робе, односно услуга."

4 "Жигом заштићени знак не искључује право другог лица да у привредном промету употребљава исти или сличан знак за обележавање робе, односно услуга друге врсте" (чл.33, ст.1 ЗПГУЗР).

5 Једини изузетак од начела специјалности жига јесте тзв. чувени (славни) жиг, код којег се обим заштите проширује изван списка робе или услуга за које је регистрован. Защита чувеног жига, међутим, у већини држава, па и у Југославији, не заснива се на правилима жиговног права, већ на правилима о сузбијању нелојалне утакмице.

чл.31 ЗПГУЗР.⁶ Примењен на конкретну ситуацију, чл.31 одређује да је предмет тужиочевог жига знак у речи "Бронхи", и да се заштита коју тај жиг пружа односи на ту реч, исписану ма којим типом слова, у ма којој боји или изражена на било који други начин. Отуда, несвлашћено преузимање жигом заштићеног знака "Бронхи" у други знак (за обележавање карамела), у којем реч "Бронхи" представља само један од слемената, јесте несумњива повреда жига. Суд је сасвим прескочио овај корак, већ је одмах прешао на следећи.

3. КОРАК:

Уколико не постоји квалификована повреда жига, мора се приступити утврђивању сличности између знака који је заштићен жигом и знака којим се, наводно, врећа жиг. Критеријум за то испитивање јесте способност просечног потрошача да, у уобичајеним околностима набавке робе, одн. коришћења услуга, уочи разлику између два знака, и да на основу тога закључи да се ради о различитој роби, одн. услугама које потичу од различитих предузећа. Уколико се утврди да знак којим се, наводно, врећа жиг, може просечног потрошача довести у забуну о идентитету робе, одн. услуге обележене у промету тим знаком потичу од титулара жига, реч је о повреди жига.⁷

У конкретном случају, суд је погрешно пошао од тога да је његов задатак да утврди да ли постоји сличност између жигом заштићеног знака "Бронхи" и другог знака (Бронхи-Аромела), као основ за постојање повреде жига. Методолошка грешка, која се састоји у прескакању 2. корака, довела је до погрешног резултата: уместо да утврди повреду жига (с позивом на чл.31 ЗПГУЗР) и да наложи забрану даљег вришења повреде жига (с позивом на чл.117, ст.2 ЗПГУЗР), суд је одлучио да повреде жига нема, јер просечан потрошач не може доћи у забуну о идентитету карамела и о њиховом произвођачу.

Сасвим независно од изложеног методолошког пропуста који је довео до погрешне пресуде, суд је направио низ материјалних грешака следећи чак и онај пут који је сам одабрао: утврђивање сличности два знака. Дакле, и да се ралило о стварној потреби утврђивања сличности између тужиочевог жигом заштићеног знака "Бронхи" и тужениковог знака "Бронхи - Аро-мела", суд би, доневши пресуду коју је донео, опет погрешио.

Наиме, суд није концентрисао своју пажњу на испитивање сличности два знака, већ је упоређивао укупни изглед паковања карамела "Бронхи" и "Бронхи - Аромела", са становишта просечног потрошача. Упоређивање изгледа паковања је оправдано (и пунично) у споровима који се воде на основу тужбе због нелојалне конкуренције.⁸ Ако је реч о тужби за заштиту жига,

6 "Ако се жиг састоји од речи или слова, или комбинације речи и слова, заштита обухвата те речи, слова и комбинације, њихове транскрипције или транслитерације, исписане ма којим типом слова, у ма којој боји или изражене на било који други начин."

7 Види чл.118, ст.2 и 3 ЗПГУЗР.

као апсолутног права индустријске својине, проблем сличности изгледа паковања је ирелевантан, јер се упоређују само знакови. Да је упоређивао знакове, суд је морао доћи до резултата до којег би дошао да је поштовао горњу методологију. Наиме, према пракси нашег Савезног суда, знакови у речи, који су добијени додавањем ранијем знаку суфикса, префикса или других речи, слични су ранијем знаку.⁹

Биодрога"; "Mope" и "Philmore". Примери из упоредног права: „MDDI“ и „MDDI Reports“; „Morse“ и „Fairbanks-Morse“; „Sumimoto“ и „Morgan-Sumimoto“; „Monopoly“ и „Anti-Monopoly“; „Teresa“ и „Selecciones Maria Teresa“ (наведено према Миленко Манигодин: Робни и послужни жигови, Београд, 1989, стр.50 и 51).

Конечно, суд је, у прилог свом схватању, навео да реч "Бронхи" на тужениковом паковању карамела има функцију означавања врсте робе, дакле, генеричког имена. Ова чињеница отвара један посебан проблем - проблем тзв. дегенерације жигова. Реч је о проблему којим се баве теорија и пракса у иностранству, а који је познат и у нашој теорији. Домаћа правна пракса је врло скромна у том погледу,¹⁰ те није необично да суд, у конкретном случају, не само да је остао равнодушан о том питању, већ није уочио ни да је у својој аргументацији запао у својеврсну противречност.

Наиме, да би један жигом заштићени знак могао да обавља своје правно заштићене функције, он мора бити подобан за то. Та врста подобности се у теорији зове дистинктивност знака, и представља један од законских услова за регистрацију жига.¹¹ Један од примера за знак који нема дистинктивност, јесте име за врсту робе.¹² Тако, на пример, реч "карамеле" за обележавање карамела нема дистинктивност, нити се може заштитити као жиг.¹³ Међутим, постоје случајеви кад се генеричко име формира у привредном промету на основу знака који је, у тренутку признања његове заштите жигом био

8 Тужбом због нелојалне конкуренције штити се, једним делом, тзв. право на опрему, чији је предмет скуп свих дистинктивних елемената којима је означана нека роба, или услуга у промету, а који нису заштићени жигом. О праву на опрему детаљније у Jocenх Страус: Заштита опреме у југословенском праву, Патентни гласник (Подлистак), бр.4, 1991, стр.883 и даље.

9 Нпр. „Blue Diamond“ и „Blue Diamond von“

10 Од Управе за заштиту индустријске својине Краљевине Југославије је затражено да поништи жиг "Аспирин", јер је та реч постала општеприхваћени назив за сваки фармацеутски производ на бази ацетилсалцилилне киселине. Управа је одбила такав захтев са образложењем да је таква ситуација резултат познатости и солидности жига "Аспирин", те да титулар таквог жига не сме због тога бити на штети. (Гласник Управе за индустријску својину, Београд 1935, стр.385/ наведено према Алберт Верона: Право индустријског власништва, Загреб 1979, стр.169.)

11 Види чл.30, ст.1, тач.2 ЗПГУЗР.

12 Види чл.30, ст.1, тач.3 ЗПГУЗР.

13 У југословенској судској пракси, жиг "Грисини" је поништен из разлога што је ова реч постала код нас симболом за врсту пецива и пре него је заштићена као жиг (одлука Врховног привредног суда Сл 936/62, од 1.5.1962/ наведено према Слободан Поповић: Заштита робних и послужних жигова у југословенском праву, Београд, 1969, стр.61, 62).

дистинктиван, али је касније постао симболом за прсту робе.¹⁴ До тог процеса долази на основу растуће познатости жига у привредном промету (што је циљ сваког титулара жига) која, у једном тренутку, ире-расте сквира идентификације робе тулара жига, и постане генеричко име робе. Тада жиг губи дистинктивност (што сваки титулар жига жели да избегне). Дакле, пут од жига до генеричког имена води прску тзв. јаког жига. У конкретном случају, идеја коришћења имена "Бронхи" као ген-ричког имена за једну врсту карамела указује на велику познатост тог знака, што може бити значајан показатељ да је реч о јаком жигу. Фактичко мерило јачине жига је степен дистинктивности знака и његова познатост у промету, а правна наследница јачине жига је испољавајући обим његове за-штите (заштита обухвата исти круг сличних знакова, с једне стране, и робе, одн. услуга, с друге стране, него иначе). Отуда, позивати се на аргумент да је реч "Бронхи" на наковану туженикових карамела употребљена у фун-кији имена робе значи имплицитно признавање да је жиг "Бронхи" врло познат у привредном промету. Та чињеница је морала подстакти суд да том жигу пружи већу заштиту, а не да му је сасвим ускрати.

Једни начин борбе титулара јаког жига против претварања његовог жига у генеричко име робе, јесте његова активност у тражењу судске заштите сваки пут кад се његов жигом заштићени знак неовлашићено употребљава у промету за обележавање исте врсте робе. Ускраћивање судске заштите титулару таквог жига подстиче процес дегенерације жига у генеричку ознаку, што је једна прста експонираја индустријске својине. То указује да феномен индустријске својине није код наших судова доволно схваћен у свим његовим посебностима.

14 То се, на пример, десило са жиговима „Imalín“, „Gilette“, „Kalodont“, „Diesel“.