

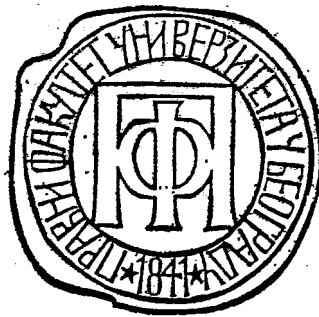
АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34

АПФ



5

БЕОГРАД, 1984.

Најстарији југословенски живи часопис из области права „Архив за правне и друштвене науке” од свог покретања 1906. године до другог светског рата био је орган Правног факултета у Београду. У том периоду његови уредници били су: Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906—1911), Коста Кумануди (1911—1912), Чедомиљ Митровић и Коста Кумануди (1912—1914), Чедомиљ Митровић (1920—1933), Михаило Илић (1933—1940) и Борђе Тасић (1940). После ослобођења „Архив” је наставио да излази као орган Савеза удружења правника Југославије, а његово место на Правном факултету у Београду попунили су „Анали”, настављајући тако један континуитет започет 1906. године

ДОСАДАШЊИ ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИЦИ „Анала”: др Михаило Константиновић (1953—1960), др Милан Бартош, заменик др Борислав Т. Благојевић (1960—1966), др Војислав Бакић (1966—1978), др Војислав Симовић (1978—1982).

УРЕБИВАЧКИ ОДБОР:

Главни и одговорни уредник: др Обрен Станковић.
Заменик главног и одговорног уредника: др Зоран Видаковић. Чланови: др Владимир Јовановић, др Љубиша Лазаревић, др Стеван Врачар, др Обрад Станојевић, др Миленко Крећа, др Дејан Поповић (секретар Уређивачког одбора), др Стеван Лилић и мр Драгор Хибер.

Лектор: мр Радмила Шуљагић

Технички уредник: Вукосава Манојловић

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XXXII

септембар — октобар

Број 5

UDK 34

YU — ISSN 003 — 2565

Изворни чланци

UDK — 340.12

др Стеван Врачар,
професор Правног факултета у Београду

ПОЛАЗИШТА ФИЛОЗОФСКОПРАВНОГ СИНТЕТИЗМА ТОМЕ ЖИВАНОВИЋА

Поводом стогодишњице рођења (1884—1984)

Увод

Поводом стогодишњице рођења Томе Живановића (1884—1984) — као истинског великана југословенске правне науке, свакако највећег правног филозофа и кривичара српског народа — првенствено одређени кругови културних посленика, а нарочито прегалаца у оним научним областима у којима је он оставио своје драгоцено научно дело, посебно се осећају обавезним да на најпримеренији начин обележе ову значајну годишњицу. Не, наравно, само да би се удовољило неким конвенцијама које у свакој средини, а посебно овој нашој, понекад задобијају снагу и изглед испразних али и незаобилазних форми. Напротив, управо зато да би се — колико је то у нашим условима и у нашим моћима достигну — овај непосредни повод искористио и за *ионовно размишљање* о овом великом правном мислиоцу и његовом заиста огромном делу(1).

А у сваком таквом размишљању неминовно, само по себи и одмах намеће се оно што представља главно и у сваком погледу највеће достигнуће овог великана. То је његов *Систем синтетичке правне филозо-*

(1) Вид. *Споменица посвећена преминулом академику Томи Живановићу*, уредник академик Душан Недељковић, Српска академија наука и уметности, Посебна издања, књ. CDLXV, Споменица, књ. 62, Београд, 1973, стр. 66. Ова књига садржи: академик Душан Недељковић, *Правни пеналист, етичар и филозоф Томе Живановић*, стр. 11; Др Драгољуб Димитријевић, *Наш учитељ Тома Живановић*, стр. 13; академик Душан Недељковић, *Стваралачки рационалист и хуманист Томе Живановић*, стр. 17; академик Радомир Лукић, *Правофилозофско дело Томе Живановића*, стр. 19; Др Тихомир Васиљевић, *Огроман допринос науци Томе Живановића*, стр. 27; Др Милан Милутиновић, *Богато научно стваралаштво Томе Живановића*, стр. 33; Др Томица Никчевић, *Дело Томе Живановића у историјским наукама и историји права*, стр. 39; Библиографија радова Томе Живановића, стр. 45—66.

фије, а то је истовремено и општи наслов његових најважнијих књига. То је његово, како се то каже, *животно остварење* у склопу иначе многих других и значајних списа. Обрађајући пажњу на то, међутим, овим поводом ваља, пре свега, тематизовати и проблематизовати Живановићев *филозофскоправни синтетизам* и то у оним аспектима који предочавају и прикладно осветљавају „рађање” поменутог животног остварења. То није, наравно, прост акт научног откривања и саопштавања научној јавности једног мање или више утврђеног погледа, једног оријентационог научног програма, већ је то, у ствари, сложен и дуготрајан процес *заснивања сопственог становишта*, изналажења оних *битних претпоставки* на којима почивају сва каснија разматрања, утврђивања *најважнијих идеја* које као нити-водиље прожимају основни мисаони ток и све главне истраживачке захвате. А све се то упечатљиво огледа и, тако рећи, фиксира у *полазиштима* Живановићевог филозофскоправног синтетизма. Значај и вредност тих полазишта, пак, изванредно снажно испољавају се и потврђују у свим оним непосредним и далекосежним консеквенцама у изградњи целокупног Живановићевог научног опуса, у његовом свеколиком стваралаштву.

I. НАЗНАЧЕЊЕ НЕКИХ ПОЛАЗИШТА

Да би се све то показало, разуме се, неопходна су темељна истраживања, широка разматрања и одговарајућа аргументација. У овој прилици, међутим, довољно је и *указивање* на нека од таквих питања поготову зато што се не може избећи њихов *двоврсно третирање*: с једне стране, треба тежити што поузданијем и тачнијем *разумевању* и *тумачењу* одговарајућих схватања Т. Живановића и, с друге стране, не могу изостати ни извесна *критичка запажања*. При томе, такво двоврсно третирање претпоставља бар некакво познавање не само сложених духовних и идејних склопова у којима се све то налази, у несагледивим међузависностима, него и оних наизглед сасвим удаљених и за ово ирелевантних друштвено-историјских стања и збивања.

1. **Одређивање филозофскоправног синтетизма.** Сваки синтетизам, па и овај Живановићев, већ својим називом непосредно упућује на повезаност с оним што се у науци сматра *синтезом*, што истовремено подразумева и разликовање *анализе*. Ако се под тим не подразумевају само две опречне логичке операције, већ и специфични методски поступци који су иначе међузависни(2), онда се они појављују као два карактеристична облика мислене и практичне делатности, с опречним усмерењима и дејствима. Анализа означава рашчлањивање датог предмета и превасходно бављење његовим елементима, а синтеза представља сједињавање односних елемената и првенствено бављење целином одређених предмета. То је неизбежно у свим наукама, али се спецификује зависно од општег карактера и својстава дотичних наука. Зато се и на терену правне науке мора водити рачуна о методолошком значају и нарочитој примени анализе и синтезе(3).

(2) Б. Петронијевић, *Основи логике, Формална логика и општа методологија*, Штампарија „Давидовић”, Павловића и друга, Београд, 1932, стр. 176.

(3) Б. Петронијевић, *оп. цит.* стр. 171—175.

Обухватајући укупан историјски развитак и структуру правне науке, може се рећи да су се у вези с тим, али и дејством многих других околности испољавала два основна тока чије је присуство у модерно доба особито упечатљиво. Анализа је неопходна и неизбежна у посматрању, изучавању и објашњавању саставних елемената правне структуре, појединих правних феномена и правних институција. Следствено томе добијају се правна знања која у свом структурисању показују тенденцију партикуларизације у свим правцима и на свим основним плановима. То се најизразитије огледа у насталој специјализацији и дезинтеграцији правних знања, обликовању многих правних дисциплина, засебних предмета, метода и садржинских својстава издвојених знања. У томе је изражен правни аналитизам као мање или више уобличено становиште. Исто тако, међутим, научна истраживања и обликовања знања на истом терену усмеравају се, с истом неопходношћу, и на целокупност правне структуре, на целовите видове многих правних творевина и феномена. Захваљујући томе и настаје и неотклоњиво дејствује тенденција тотализације са свим карактеристичним обележјима знања и осталим последицама. У вези с тим, поред осталог, проистичу унификација и интеграција правних знања, а то је праћено и обликовањем одговарајућих научних дисциплина, својствених им предмета, карактеристичних метода и садржине знања. Све то само по себи представља потврду постојања мање-више изграђеног правног синтетизма као својеврсног становишта(4).

Зависно од тога колико су опредељени у погледу назначених тенденција, да ли свесно и претежно показују делотворност и резултате коришћењем једног или другог методског поступка — правници су или аналитичари или синтетичари. Што се тиче Т. Живановића, пак, одмах ваља нагласити да он није само правни синтетичар. Јер, он не само да има веома снажно изражено одговарајуће становиште, већ је то становиште успео да уздигне на ниво и да му да ранг филозофскоправног синтетизма. Он се не само сврстао у ред сразмерно мањег броја синтетичара, већ је — по свим могућим мерилима — постао један од водећих светских правних синтетичара. Штавише, припадајући неколицини најистакнутијих светских синтетичара(5), он је једини од самог почетка и током изградње свог филозофскоправног система и термилошки и садржински јасно, доследно и уверљиво за све носио заставу светског правног синтетизма! А када се узме у обзир и чињеница да синтетичари уопште, а филозофскоправни синтетизам Т. Живановића нарочито, настоје да реше далеко сложеније задатке но аналитичари, онда је лако закључити о чему се ради и шта то само по себи представља.

2. Програмски текст за Синтетичку правну филозофију. С једног претежно формалног гледишта и имајући у виду првенствено сасвим одређене систематске показатеље, сваки познавалац опуса Т. Живановића

(4) С. Врачар, *Методолошка интеграција правних наука*, зборник „Међународни симпозијум о методологији правних наука“ 13—14. октобра 1967. године, Српска академија наука и уметности, Београд, 1973, стр. 147—184; Др Стеван Врачар, *Интегрални метод државно-правне науке*, реферат за скуп у САНУ, Београд, 1983, стр. 37, у штампани.

(5) Нпр. W. Sauer, *Grundlagen der Wissenschaft und der Wissenschaften, Eine logische und sozialphilosophische Untersuchung*, 2. Auflage, Verlag für Recht und Gesellschaft AG, Basel, 1949, S. XXXI + 437; W. Suer, *Recht- und Staatsphilosophie*, 1936; J. Binder, *Philosophie des Rechts*, 1925; Julius Binder, *System der Rechtsphilosophie*, Der „Philosophie des Rechts“ 2. vollkommen neu bearbeitete Auflage, Verlag von Georg Auflage, Verlag von Georg Stilke Berlin, 1937, S. 511.

може и мора указати на прву његову књигу објављену 1921. као на нај-поузданији доказ и о његовим *полазиштима*(6). Утолико пре и више што баш та књига пружа низ чињеница које иду у прилог таквом гледишту. Пре свега, сама та књига као прва и уводна, и поред сразмерно малог обима (има свега 99 страница), и својим насловом *Систем синтетичке правне филозофије* и својом садржином сасвим јасно ставља до знања научної јавности каква јој је намера и каква је ауторова оријентација. Затим и нарочито, Т. Живановић том приликом објављује и свој филозофскоправни програм: то је, у ствари, *Предговор* овој књизи. Тај у сваком погледу занимљив и симптоматичан програмски текст — по мом мишљењу један *славан текст*, примерен слави и величини свог аутора не у тренутку објављивања већ оном целокупном стваралачком Живановићевом подухвату током шест деценија беспримерног научног рада — треба навести у целости. Јер, иако веома кратак, тај текст сам по себи све говори и посебно најпрецизније указује на *полазишта филозофскоправног синтетизма*, у њиховом првобитном облику.

„Систем наше синтетичке правне филозофије — каже Т. Живановић — представља према досадашњој филозофско-правној књижевности, кад се он посматра као целина, двојаку новину: 1° што се у њему разликује *две* врсте правне филозофије, филозофије права или правних установа и филозофије правних наука, према томе два филозофско-правна система, систем филозофије права и систем филозофије правних наука; 2° што се обе ове врсте правне филозофије схватају као *синтетичке* филозофије.

Писац је за време избегличког живота у иностранству и предавања општег Кривичног Права и опште Теорије права 1916/17 и 1917/18 шк. године на париском правном Факултету почео прво да ради филозофију права у духу постојеће филозофско-правне књижевности. Дошавши у току овога рада до сазнања, да поред исте треба да постоји и филозофија правних наука, преузео да обрађује и ову. Тај га је рад навео на сазнање, да треба да постоји и наука о свакој од ових двеју филозофија. Радећи на томе увидео је, да треба да постоје у овом погледу следеће науке: 1° наука о *заједничком роду* (генусу) филозофије права и филозофије правних наука, на име наука о синтетичкој правној филозофији, која ће као синтетичка наука сачињавати једну грану *посебне* филозофије правних наука: 2° наука о филозофији права (1) и наука о филозофији правних наука (2). Пошто се ове науке појављују као пролегомена за филозофију права и правних наука, дело треба да отпочне с њима. Отуда је ова, прва књига посвећена науци о синтетичкој правној филозофији, док ће друга бити посвећена науци о филозофији права и науци о филозофији правних наука.

Даље књиге ће бити намењене самој филозофији права и филозофији правних наука. Како све имају два дела, *општи* и *посебни*, ово ће се излагање имати да отпочне са *општим* делом. Општи део треба да има две књиге: 1° општа филозофија права или просто филозофија права и 2° општа филозофија правних наука или просто филозофија

(6) Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије*, (Предавање на париском и београдском правном факултету), И. Наука о синтетичкој правној филозофији, Београд, 1921, стр. 99.

правних наука. *Посебни* део треба да има вероватно четири књиге: 1^о филозофија приватног права и наука приватно-правних, 2^о филозофија кривичног права и наука кривично-правних, 3^о филозофија јавног права или, тачније, државног права у ширем смислу (уставног, административног и међународног јавног) и наука државно-правних, 4^о филозофија процесуалног права и наука процесуално-правних.

Термин *синтетичка правна филозофија*, који смо узели за наслов целокупног дела, означава према горе реченом не једну науку, већ скуп двеју наука, филозофије права и филозофије правних наука, како опште тако и посебне. Употребљен је дакле у енциклопедијском смислу, док је у наслову ове, прве књиге употребљен за означавање *рода* двеју поменутих филозофија (в. § 3 V 2 и § 9 VII)"(7).

У тренутку објављивања овог програмског текста и књиге као његовог непосредног покрића и показатеља почетне реализације, ни касније у неколико кратких приказа ове књиге(8) није сагледан и на прави начин подвучен његов значај и историјски домапај. Чак ни неке чињенице нису ваљано процењене. Посматране из данашњег угла, оне су буквално зачуђујуће и готово фасцинантне. У време ужаса првог светског рата, када је и сам морао да избегне из своје земље, када је његов народ после славних победа 1914. године био изложен трагедији какву је ретко који народ доживљавао у Европи, кад је био изложен реалним могућностима физичког и политичког уништења, један Т. Живановић налази духовне прибраности да се свом снагом свог научног талента и преданости баца на проучавање бескрајног подручја филозофије права. При томе, ваља имати у виду да се он дотад бавио искључиво Кривичним правом и стекао велики углед као један од најдаровитијих професора београдског Универзитета. Иако дотад није објавио ниједан текст који би се могао сврстати у филозофију права (не рачунајући његову докторску дисертацију која је, додуше, захватала проблематику кривичног права и филозофије права(9) Т. Живановић од самог почетка, ни мање ни више, и без икаквих дилема и сумњи, с бескрајним самопоуздањем и зачуђујуће изазовно у својој првој расправи објављује један научни програм за који би се свако други осмелио након деценија рада. Он то чини као млад научник у својим тридесетим годинама. Не знамо шта се о томе тада мислило, али такав гест је могао, вероватно, да изазове, најблаже речено, помисао и код најдобронамернијих да се ту, ипак, ради о неодомерној претензији једног бескрајно амбициозног научника. При томе, и Т. Живановић и сви други су били начисто с тим да таква намера никако и ниуколико не значи напуштање или запуштање већ стеченог великог угледа на пољу кривичноправне науке. И наравно да се из било којих разлога десило да Т. Живановић такву намеру не спроведе више и даље од те прве књиге — вероватно би се и потврдиле такве процене. Али, мора да зачуди чињеница што је Т. Живановић управо такву намеру потпуно и до краја остварио!

(7) Т. Живановић, *op. cit.* стр. 5—6.

(8) Вид. Б. Тасић, *Томе Живановић: Систем синтетичке правне филозофије*, I, „Архив за правне и друштвене науке“ XX/1921; Боровоје Гашић, *Томе Живановић: Système de philosophie juridique synthétique*, „Мисао“ XXVI 7—8/1928; М. Бартош, *Т. Givanovitsch: Système de philosophie juridique synthétique*, „Архив за правне и друштвене науке“, XXXIII/1938.

(9) T. Givanovitsch, *Du principe de causalité efficiente et son application en droit pénal*, I: Principe de causalité efficiente, Paris, 1908, p. XII—178.

Исто онака као што је већ на самом почетку поставио тако чврст и „неопозив“ општи програм, па и план и оквир свог филозофскоправног истраживања(10), Т. Живановић с истом доследношћу и непоколебљивошћу своје првобитне замисли и остварује. Наиме, целокупна *садржина* ове прве књиге, њена општа структура, тематска и проблемска композиција, њени захвати у просторе који се сматрају правном реалношћу, њени непосредни видови комуникације с одређеним тековинама правне мисли, представљеним промишљеном селекцијом литературе, итд. — остављају сами по себи дубок утисак. Ретко се сусреће тако очигледно и упечатљиво остваривање једне изузетно амбициозне и голема намере у научном истраживању. Међутим, тај утисак постаје и неупоредиво дубљи када се сагледају све основне стране његових каснијих књига које, у ствари, представљају у сваком погледу једно стриктно спровођење одавно постављеног плана (10а). Зато, ова прва књига баш својом садржином у потпуности показује да представља *прави темељ* целокупне филозофскоправне зграде коју је Т. Живановић започео градио, и довршио. Зато се и свака оцена њених вредности мора довести у везу и с оценом вредности његових потоњих књига. Међу њима, три главне филозофскоправне књиге и својим обликом и садржином само потврђују и појачавају сопственим вредностима(11) и вредности ове *утемљивачке* и *програмске* књиге. *Тако су фиксирана полазишта Живановићевог филозофскоправног синтетизма*. Ако бисмо се метафорички и фигуративно изражавали, рекли бисмо да је тако *рођен* овај филозофскоправни синтетизам. А у таквом изражавању намеће се и помисао да је овакво „рођење“ овог филозофскоправног синтетизма имало и својеврсну чудесну предодређеност, налик оној *генетској предодређености* у рођењу биолошких јединки. Наиме, са свим оним *особинама, врлинама и манама*, које је имао у часу таквог свог настанка, Живановићев филозофскоправни синтетизам остаје и касније. Његова *генетска структура* репродукције се с „биолошком неумитношћу“ у *структури каснијих књига*, па и у *садржини* и *облику* целокупног Живановићевог *филозофскоправног система*.

3. Подстицаји за изградњу система Синтетичке правне филозофије.

С обзиром на такву формалну и садржинску повезаност, дакле, свих књига Живановићевог *Система синтетичке правне филозофије*(12) једно дубље разматрање о његовим *полазиштима* — па и указивање на њих

(10) Томоа Живановић, *op. cit.* стр. 7—99,

(10а) Живановићев правнофилозофски систем сачињавају пре свега и непосредно следеће књиге: *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд, 1921, стр. 99; (даље ће бити цитирана *Систем* књига I); *Систем синтетичке правне филозофије*. I. Наука о синтетичкој филозофији права, 2. Наука о синтетичкој филозофији правних наука (с елементарна науке о синтетичкој општој филозофији и науке о синтетичкој филозофији наука), Научно дело — Српска академија наука, Београд, 1951, стр. 316; (даље цитирана *Систем* ... књига II); *Систем синтетичке правне филозофије*. I. Синтетичка филозофија права, 2. Синтетичка филозофија правних наука. (Правна логика и Теорија правног сазнања у оквиру Опште), Српска академија наука, Београд, 1959, стр. 939; (даље цитирана *Систем*... књига III).

Ово капитално дело Живановић је објавио и на француском језику: Т. Givanovitch. *Système de la philosophie juridique synthétique* (Cours libre fait à la Faculté de droit de Paris en 1917—1918). — Paris, 1927, p. 6+104; скраћена верзија *Система*... књига II и *Система*... књига III појавила се на француском као: Т. Givanovitch, *Système de philosophie juridique synthétique*, I. Science de la Philosophie du droit, II Philosophie synthétique du droit et des sciences juridiques, Paris, 1970, p. 516.

(11) С. Врачар, *Оцена три главне филозофскоправне књиге Томе Живановића*, „Зборник за теорију права“, свеска II/1982, стр. 217—248.

(12) У ствари, таква повезаност постоји у целокупном Живановићевом опусу.

— неизбежно излази изван оквира ове прве књиге, мора се ослоњити и на остале књиге. Тек у таквој целокупности открива се права природа ових полазишта, па и њиховог развијања. Уз то, наравно, ваља имати у виду и посебно објављиване расправе и чланке.

Карактеристично је да Т. Живановић није могао наћи *непосредне* узоре и успешна синтетичарска остварења на терену правне науке, већ је *посредне* и плодотворне подстицаје нашао, по свему судећи, на просторима који, тако рећи, окружују правну науку. То су филозофија, социологија и психологија.

Мада то сам и изричито не разјашњава, он је потребу и могућност синтетичких захвата, па и приступ у таквом подухвату, као општу инспирацију, нашао у филозофији Канта и Хегела. Ови велики мислиоци су својим грандиозним филозофским системима обухватили, поред осталог, и проблематику права. Самим тим Т. Живановић је сагледао и онај *филозофски основ* који је морао за себе изградити да би се упустио у *синтетичка истраживања* о праву. Јер, ако се увек и неизбежно мора имати нека филозофска подлога, онда у оваквом подухвату одређена филозофска подлога постаје не само *битна претпоставка*, већ се она мора појавити и у довољно развијеном и, тако рећи, видљивом облику. У првој књизи то није изразито и дато је тек у далеком наговештају, али касније Т. Живановић изричито ставља до знања да нема жељу да пристане на улогу једног међу многим следбеницима тих горостасних мислилаца, наравно ако би се уопште и могло истовремено и подједнако да изражава следбеништво и једној и другој филозофији, кад су се већ као различите оформиле. Т. Живановић смело и одлучно касније наглашава да има *сопствену општу филозофију* која се не може напросто укључити у неки од постојећих праваца, па дакле ни у хегеловске и кантовске. Он зато истиче да је његова филозофија *нов правац* који назива „*трансцендентним објективним идеализмом*”(13), али и као посебно усмерен и обликован у синтетичком истраживању права заслужује и назив „*емпиријско-синтетички правац*”(14). У тим настојањима Т. Живановић, у ствари, покушава да издвајањем неких основних идеја Канта и Хегела из оквира који им дају системи ових мислилаца и да друкчијим и успешним спајањем и комбиновањем тих идеја у склопу сопственог научног система створи поменути, како каже, нов филозофски правац. Међутим, овакав *филозофски основ* сам по себи представља један занимљив показатељ *неизбежности* и *значаја* који уопште има филозофија у заснивању било којег значајнијег научног система(15). А да ли је и у којој мери то заиста и неки нов филозофски правац — то је спореднијег значаја. Или, у сваком случају, о чему се ради одговор се може дати тек на основу ближних испитивања.

Поред тога, Т. Живановић је од самог почетка посветио пажњу и социологији управо зато да би нашао подесан *социолошки оквир* у којем се може развијати једно синтетичко схватање о праву. Међу многим социолошким правцима и резултатима утврдио је да баш *Спенсе-*

(13) Т. Живановић, *Систем...* књига II, стр. IX, 279.

(14) Т. Живановић, *op. cit.* стр. VII, 284, 289.

(15) О томе вид. најновије темељно истраживање академика М. Марковића, *Филозофске основе наука*, Српска академија наука и уметности, одељење друштвених наука, књ. 87, Посебно издања, књ. 85. Београд, 1981, стр. XVI+793.

рова социологија(16) пружа највише могућности у том погледу. Штавише, може се претпоставити да је ту открио или само потврдио и *тематско-проблемско поље*, неке непосредне подстицаје за конструкцију система, па чак и наслов за своје монументално дело(17). Спенсорова социолошка истраживања су и својом ширином и садржајем, па и низом поставки пружала занимљива и значајна објашњења о правном животу. Једна од таквих је и еволуционистичка теза, иначе својевремено веома популарна, па је и сам Т. Живановић своја историјска и социолошка објашњења правног живота свео на један *еволуционизам* и дао му једно од кључних места, при чему не избегава чак ни неке биологистичке акценте(18). Исто тако, наравно, он придаје велики значај *Контовом позитивизму* и неким општим идејама оснивача социологије(19).

Што се тиче *психологије*, било је сасвим природно да се узму у обзир и њени резултати из простог разлога што је владајућа јуриспруденција деветнаестог века била под снажним утицајем *волунтаризма*, разних схватања и објашњења права као психичке појаве или појаве у којој воља игра битну улогу. Т. Живановић је нашао снажну потврду за своја хтења и трагања у списима славног психолога, али и свестраног истраживача који је у свом импресивном, свестраном и енциклопедијском филозофском систему захватио готово сва подручја друштвених, културних и духовних наука — *В. Вунта*(20) Упразо тај Вунтов енциклопедизам је, изгледа, више послужио као општи подстицај и оправдање за могућности великих захвата и на подручју правне науке, него што су поједине идеје могле задобити неко значајније место.

4. **Синтетизовање знања и појмова.** Сагледавајући резултате на овим научним подручјима, Т. Живановић нарочито усмерава пажњу на саму структуру створених знања, а затим све то повезује с најзначајнијим филозофским и логичким истраживањима и то, опет, првенствено с гледишта структурисања ових врхунских знања. Он то чини пре свега зато што је претходно имао јасна сазнања о структури знања на подручју правне науке. Установио је да су се на свим тим подручјима знања изграђивала, више или мање, на истим принципима и с истим тенденцијама развоја. Наиме, у свим различитим наукама и научним дисциплинама, насталим због велике и бурне диференцијације, кључно место припада различитим *појмовима* и знањима, што се распоређују по степену општости у два основна дела, у *општи* и *посебни* део. При томе, свака наука и научна дисциплина, без обзира колико се то срачунато чини, подлеже и тенденцији *унификације* или *синтетизовања* знања. Али, по Т. Живановићу, општа слика и утисак о томе је — влада својеврсни наред и недостају чврсти критеријуми за стварање истински сребреног знања. Услед тога се губе представе о везама и јединству свих знања, а нарочито оних која обухватају развијене и дисциплинарно издиференциране науке. А таква је и сама правна наука. А када је већ тако, онда се намеће као један од најважнијих задатака оним научни-

р. 882. (16) Н. Spenser, *The Principles of Sociology*. Vol. I. Third Edition. London. 1885.

(17) Т. Живановић, *Систем*... књига I, стр. 19, 21, 26

(18) Т. Живановић, *Систем*... књига II, стр. 162, 164—165, 167—168, 171—172.

(19) А. Comte, *Cours de Philosophie positive*, 4. ed., tome I—VI. Paris, 1877.

(20) W. Wundt, *System der Philosophie*, 2. Aufl. 1897.

цима који су свесни значаја, потребе и могућности унификације одређених знања — да то и чине срачунато и на одређеним принципима. Тај задатак припада *синтетичарима*, а њихови резултати се појављују у виду *синтеза*.

Увиђајући да се унификација и синтетизовање знања врши, готово, стихијски и недовољно засновано, Т. Живановић види и велику потребу, могућност и изузетно значајну корист од *срачунатог синтетизовања*, рационално постављеног, заснованог на адекватним принципима итд. Он види у томе и дубоко оправдање и шансу за сопствени подухват, какав нико пре њега није предузимао. При томе, јасно је само по себи да је за такав подухват неопходно и изузетно велико *систематизовање* постојећих знања и нарочито појмова, а затим и *конструисање* и општег оквира и појединих делова унутар њега, где би се нашла сва таква знања. У ствари, мора се имати једна моћ да се истовремено буде и *синтетизатор* и *конструктор* на одређеном научном подручју. И осећајући, несумњиво, да баш поседује такву моћ, Т. Живановић се и упушта после можда неколико година истраживања у један такав подухват. Утврдивши да је слично стање и на другим подручјима, он у правној науци установљује разлоге за ову недвосмислену оцену: „Кад се међутим промотри поменута књижевност, лако је опазити велико несавршенство у погледу *синтетичког* образовања система појмова како код специјалних правних наука тако и још више код наука правних наука. Ово стање је потребно овде истаћи, да би се видело на какве тешкоће ће наићи виша правна синтеза (§ 6), и да би се објаснило, зашто још не постоји *синтетичка* правна филозофија, чак ни као идеја”(21). А свака наука, како је нагласио на самом почетку књиге, треба да има „савршено систематско уређење”(22).

А под таквим уређењем Т. Живановић подразумева, у ствари, распоређивање главних појмова који су изграђени у датој науци сходно њиховој садржини и обиму, у тој сходно принципу *координације* појмова истог ранга, али и *субординације* и *хијерархије* појмова који су различити по свом степену општости. Самим тим, наравно, добија се и одређени распоред уобличених наука и научних дисциплина. То карактерише правне науке, као и све остале науке. При томе, постоје или треба да се тако среде, у ствари, *три основна круга* појмова, односно одговарајућих дисциплина: најнижи, који сачињавају специјалне науке, виши који обухватају изврстан низ сродних специјалних наука и највиши, где се налазе основни појмови. У сваком од свих кругова мора постојати систем, али и у свима њима заједно такође(23). С обзиром на то, неопходно је и одговарајуће *класификовање наука*, како у оквирима свих наука тако и на правном подручју, јер тек у одређеној класификацији постају јасне и поменуће везе, па и одговарајућа унификација и синтеза.

С оваквим приступом и претпоставкама, Т. Живановић ствара *конструкцију* о садржини Синтетичке правне филозофије. Он одмах наглашава да она мора да добије изглед *дворсне* филозофије права. Прво, сам термин *право* тиче се одређеног предмета, а то су позитивни прописи

(21) Т. Живановић, *Систем...* књига I, стр. 45.

(22) Т. Живановић, *op. cit.* стр. 7.

(23) Т. Живановић, *op. cit.* стр. 8, 42.

или норме, односно и најпрецизније то су правне установе садржане у прописима. Друго, тај термин *право* служи за означавање и саме правне науке у целини и низа правних наука или дисциплина. Тако у синтетички представљеној *правној филозофији* настаје спој једне *филозофије права* и једне *филозофије правних наука*. И не само то. За развијено знање о њиховом карактеру, а то се осећа већ код покушаја да се одреди њихов предмет, неопходна је за сваку од њих специјална наука, па и за обе заједно узете. То су, како Живановић каже, науке наука или, рекли бисмо, науке о наукама. Оне дају претходна знања, па имају карактер *пролегомена*. У таквој сложеној конструкцији ваља распоредити сва знања и одговарајуће појмове(24).

На основу оваквог повезивања свих знања и појмова који се тичу права, па чак и знања у оквирима филозофије, Т. Живановић сматра да се уклањају или битно смањују створене, често и непотребно и вештачки, разлике и супротности. Зато и не треба, рецимо, супротстављати филозофскоправна знања и теоријскоправна, па ни она која се укључују у социологију права. Поготово су знања специјалних и виших правних наука у основи иста, па се само разликују по предмету, односно укупности правних уснова које проучавају. И, наравно, разлике су неизбежне у погледу апстрактности и општости појмова.

5. Метод генерализирајуће апстракције. С оваквим општим погледом на правну науку, а посебно због неопходности да се у њој изврши унификација или синтеза свих знања, Т. Живановић налази и разлоге за афирмисање адекватног *метода*, односно улоге одговарајуће методологије. Он сматра да је филозофија, и нарочито логика, усмерена на изналажење и објашњавање таквог метода. Врло је уочљиво да он притом не уважава ни основаност ни изразитост постојања битних разлика између разних метода, какви су у правној науци уобичајено назначени као догматски, нормативни, социолошки, историјскоправни итд. Иако су сва знања заснована на неким чињеницама, односно одређеним предметима и феноменима, свуда су неопходне одговарајуће логичке операције, а нарочито способност и начин конструисања појмова различитих по рангу и садржини, што условљавају само различити предмети. А када се и уколико се врши унификација или синтетизовање знања, онда се у пуној мери показује и нужност и вредност једног истог метода. Тај метод су разјаснили логичари, међу којима Т. Живановић посебно уважава доприносе В. Вунта, Б. Петронијевића и других(25). Прихватајући тај метод, Т. Живановић га назива *генерализирајућа апстракција*. У том методу од види главну потврду моћи људског духа у стицању знања. Тај метод је неизбежан и у стварању синтетичких знања, па чак ту он испољава своје праве вредности, могућности и резултате. О том методу он каже: „Научно знање о поменутиим генусним појмовима правних института може се наравно прибавити истим методом, којим је прибављено и само специјално правно знање. Тај метод је *синтеза* специјалног правног знања, и то синтеза специјалног правног знања о *основним* појмовима сваке *поједине* специјалне правне науке. Та синтеза се дакле по-

(24) Т. Живановић, *Систем...* књ. II, стр. 1—5, 9—88, 175—286.

(25) W. Wundt, *Logik* 4. Auf. 1 (Allgemeine Logik und Erkenntnistheorie), 1919; 3 *Logik der Geisteswissenschaften*, 1921; Б. Петронијевић, *op. cit.* стр. 129—253.

јављује као *продужење* синтезе извршене од специјалних правних наука, те је према томе емпиричког, а не трансцеденталног (као на пр. синтеза природно или рационално-правне школе или хегелијанистичка) карактера. Њен је циљ генерализација (уопштење) специјалног знања о правним институтима, а средство, т. зв. *генерализирајућа апстракција*. Она треба да се означи према томе као *виша* правна синтеза за разлику од *специјалне* правне синтезе, т.ј. од синтезе специјалних правних наука⁽²⁶⁾. У оваквом објашњењу лепо се види да је *синтеза* по свом карактеру обратна *анализи*, а такође њена општа подесност. Тиме се само потврђује она разлика у методском полазишту, на коју сам у почетку овог текста указао.

6. **Сједињавање позитивног права, природног права и идеје права.** Утврдивши тако и опште место и карактер *Синтетичке правне филозофије* и одредивши *метод* који јој је у потпуности примерен, Т. Живановић је морао и да одреди сам *предмет* којим се бави такво знање, односно наука. Општа констатација да је то — *право* или, како Т. Живановић каже, *правне установе* може бити тачна, али није и довољно јасна, јер *право* се иначе различито схвата. Наиме, у развоју правне мисли и у модерно доба постоје, углавном, три основна схватања о томе *шта* сачињава право. Највећи број правника, а без изузетка они који се баве специјалним правним наукама, под *правом* подразумевају постојеће право, тзв. позитивно право које представљају правни прописи или правне норме. Затим, многи правни мислиоци сматрају, такође, да поред претходног права постоји и тзв. *природно право* које се разликује од претходног по многим својствима. И најзад, највећи мислиоци и филозофи какви су Платон, Кант и Хегел имају у виду и *идеју права*. Т. Живановић уважава основаност оваквог разликовања, али сматра да многи правни филозофи и остали неоосновано супротстављају ова три вида или три компоненте права, па чак један афирмишу поричући само један или оба остала. И ту Т. Живановић чини један одлучан корак — он без икаквих недоумица тврди да сва та три облика или компоненте права подједнако и у овом јединству сачињавају право. Такав став је дат само у наговештају у првој књизи⁽²⁷⁾, у заснивању ове теорије, али касније Т. Живановић такав синтетички став на одговарајућим местима и предочава и образлаже. Т. Живановић наглашава: „У њој су тако први пут у историји Филозофије права стављене на равну ногу и спојене Филозофија *природног* права, Филозофија *позитивног* права *по себи* и Филозофија *позитивног* права, и ако претходне две у оквиру последње.“⁽²⁸⁾ Објашњавајући везе између тих видова права, он каже: „Но у вези с горњим одређењем порекла, творца позитивног права треба се у Филозофији права да постави и питање, *како* потребе егзистенције друштва-државе дејствују на *стварање* овога права и само се тако претварају у *правне* установе. Као што ће бити изнето у 3. књизи, то бива преко људског синтетичког ума (духа). У идеји природног права се наиме реализује апсолутна ... *идеја* права, а идеја природног

(26) Т. Живановић, *Конструкција једног новог правно-филозофског правца, правца двоврсне синтетичке правне филозофије*, „Глас Српске Краљевске Академије“ СХVII, 65, београд, 1926, стр. 34.

(27) Т. Живановић, *Систем...* књ. I, стр. 54—55.

(28) Т. Живановић, *Систем...* књ. II, стр. 11.

права се преко људског *синтетичког* ума, *извора* свог сазнања, реализује *еволутивно* у *позитивном* праву. Тако се људски *синтетички* ум појављује као механизам, преко кога поменуће потребе долазе до изражаја у формирању правног света и на тај начин као посредно *порекло*, *творац* позитивног права (*правно рационализирање* ових потреба)"(29). Тврдећи да постоји природно право, он каже: „Природно право је на име према Синтетичкој филозофији права заиста *цео* један *систем* правних *норми*, *норми* обухватајућих све правне области. Али је оно *непроменљиво* (вечно) и *универзално*... само у погледу *општих* правних *норми* (принципа), како оних који важе за *све* природноправне области, тако и оних, које важе посебице у свакој *појединој* (грађанском, кривичном итд. праву). У погледу *осталих* правних *норми* које су његов састојак и које се изводе из оних општих правних *норми* или принципа, оно је *променљиво*, *неуниверзално* (национално) право, зависиће од особености потреба егзистенције сваког појединог друштва-државе и проистичуће из оних *општих* природноправних принципа у складу на ове потребе. Има на тај начин два дела или два система природног права: један *основни*, који је *универзалан* и историјски *непроменљив* (вечан), дакле, *апсолутан* (*апсолутно природно* право) и један *секундаран* (додатан), који је националан и историјски *променљив*, дакле *релативан* (*релативно* или *еволутивно природно* право)"(30). Пошто је прихватио и гледиште да постоји апсолутна идеја права(31) он је обележава и термином „позитивно право по себи“, па каже: „Синтетичка филозофија права је... синтеза *целокупног* досадашњег сазнања у правнофилозофској области. То правнофилозофско сазнање је међутим *разнолике* врсте. Једно је сазнање о *позитивном* праву, друго о *природном* праву, а треће о *позитивном* праву *по себи*. Свуда је у питању различност начина посматрања *материје* права. Проучавајући и синтетизирајући све то знање Синтетичка филозофија права се према већ изнетом појављује... у *основу* као филозофија *позитивног* права, и у том *оквиру* уједно као критичка филозофија и *природног* права и *позитивног* права *по себи*"(32). Самим тим, дакако, Т. Живановић је своје задатке синтетичког обухватања проширио на све оно чиме се уопште до сада људска мисао бавила поводом права.

7. **Конструкција система Синтетичке правне филозофије.** С таквим представама о праву и правној науци, наравно, Т. Живановић је морао да у одређеној мери реконструира основне *класификационе* *схеме* које су се уврежиле од римског доба и које имају неизбежне последице. Он признаје значај и вредност традиционалне поделе на *јавно* право и *приватно* право, па следствено томе и поделу правне науке на *јавноправне* научне дисциплине и на *приватноправне* научне дисциплине (33). Али, он закључује да се испред такве поделе, као врховна и одређујућа мора поставити подела на *право* и *неправо*, односно *право о праву* и *право о неправу*. Јер, по њему, у склопу права појављују се пре свега правне *норме*, а затим и *правни односи* у вези са *субјективним правима* која

(29) Т. Живановић, *Систем*... књ. II, стр. 144.

(30) Т. Живановић, *Систем*... књ. III, стр. 609.

(31) Т. Живановић, *Систем*... *ibid.* 534—571.

(32) Т. Живановић, *Систем*... *ibid.* стр. 517—518.

(33) Т. Живановић, *Систем*... *ibid.* стр. 347—482.

припадају субјектима. Одатле проистиче прва област права с одговарајућим карактеристикама. С друге стране, пак, у вези с настанком и регулацијом *прекршаја* или *деликата* настаје друга врста правних норми, правних односа и положаја субјеката. То доводи до успостављања друге области права с одговарајућим обележјима. То је *деликтно право* у својим различитим видовима, међу којима је најизразитије и најзначајније баш — *кривично право*. Следствено томе, успостављају се и одговарајућа знања и научне дисциплине, међу којима се раздвајају оне које се баве изучавањем правила или права о праву, а на другој страни афирмишу се и *деликтоправне дисциплине*. И као један од водећих ауторитета у области ових других, не само у својој средини већ и у европској и светској науци, Т. Живановић снажно истиче основаност и последице оваквог разликовања (34).

У ствари, на овај начин Т. Живановић је и сагледао опште стање како у правној реалности коју представља укупност правних прописа, која (укупност) се сматра *позитивним правом*, тако и у подручјима где, очигледно, такви прописи недостају и где, због тога, постоји нешто што служи употпуњавању тог постојећег позитивног права. То су, као што је назначено, и *природно право* и *позитивно право по себи* или *апсолутна идеја права*, као неизбежне допуне претходног, а та два допунска и чак виша облика или вида права испољавају се на свим подручјима где је иначе право неизбежно. А када се већ само право овако обликује, мисли Т. Живановић, неизбежно је и одговарајуће уобличавање знања о праву, стварање одговарајућих научних дисциплина, теорија, погледа, појмова различитих по рангу и карактеру, њиховом распоређивању, итд.

Све то условљава, по Живановићу, одговарајуће повезивање научних дисциплина и главних појмова који се у њима налазе. При томе, основни и најшири круг представљају знања и појмови који се налазе у *специјалним научним дисциплинама*; затим, у другом и ужем кругу налазе се груписане сродне дисциплине какве су *јавноправне* и *приватноправне*, али и *деликтоправне*, где се налазе посредни појмови или појмови веће општости; најзад, у трећем и најужеом кругу налазе се најопштија знања и појмови који имају карактер *основних појмова*. С обзиром на то да је *целокупна* Синтетичка правна филозофија раздвојена на *два своја саставна дела*, на Синтетичку филозофију права и на Синтетичку филозофију правних наука, које израстају у процесу синтетичке прераде целокупног знања о праву (а то значи како специјалних дисциплина тако и оних сродних дисциплина) — неизбежно је, по Т. Живановићу, присуство *истих појмова* у свим тим дисциплинама, односно поменутиим Синтетичким наукама. Он сматра да има *девет* основних појмова (појам права, субјективно право, правна дужност, правни субјект, правна радња, сукоб закона, неправо, прекршилац, санкција). Они су као такви дати само у општем делу Синтетичке филозофије права, (35) а у посебном делу ове појављују се као *посредни* основни појмови, да би се тек у специјалним дисциплинама појавили са својом специфичношћу. У ова

(34) Т. Живановић, *Конструкција троедног система Кривичног права, њен одјек у књижевности и законодавству и примена у целокупном деликтном праву и у деликтном моралу*, „Глас Српске Краљевске Академије“ СХVIII 65, Београд, 1926, стр. 1—30.
(35) Т. Живановић, *Систем* . . . III, стр. ННЈ.

два последња круга тих појмова има укупно *двадесетчетири*, уз низ осталих који се ту налазе(36). С таквом *појмовном схематиком* успева Т. Живановић да *конструира целокупни систем својих разматрања* у оквиру *формалне синтетичке филозофије права*, после које следи *материјална синтетичка филозофија права*. Тек после тога следи *Синтетичка филозофија правних наука* која садржи, у ствари, најпре *правну логику*,(37) па затим *теорију правног сазнања*(38).

На тај начин, Т. Живановић као *конструктор гигантског Система синтетичке правне филозофије* успева да обједини или изврши *унификацију* или *синтезу* свега што се уобичајено сматра грађом *општеоријских* правних дисциплина, а нарочито *филозофскоправних знања* и постојећих посебних и конкретних дисциплина. Истовремено, он та знања наслања на *општефилозофска знања*. Међутим, он је *претходно* већ имао потпуно изграђен и *Систем кривичноправне науке*, који је само даље развијао и усавршавао, додуше на основним синтетичким принципима,(39) како сам истиче. Дакле, као *кривичар* и *конструктор* једног Система кривичноправне науке он је показао и сву величину *правног филозофа* и *конструктора* једног Система синтетичке правне филозофије. Сама по себи, ова чињеница мора оставити *најдубљи утисак* како о његовим основним полазиштима, тако и о његовом *целокупном опусу*.

II. НЕКЕ ОСОБЕНОСТИ НАЗНАЧЕНИХ ПОЛАЗИШТА

Ова полазишта и овако предочена, као уосталом и полазишта сваког великог правног мислиоца, имају неке *своје особености*, па зато тек сагледавањем и разоткривањем тих особености и задобијају своја пунија *значења*. Та значења, пак, подједнако проистичу како из самих полазишта тако и из изграђеног филозофскоправног система, па и целокупног опуса. Само зато и утолико *филозофскоправни синтетизам* Т. Живановића увршћује се, пре свега сам собом и сам по себи, у постојеће склопове како југословенске тако и светске правне науке, па затим постаје и подлога већ испољених значења. Али, најважније је управо то што се тако најпоузданије потврђују, проширују и продубљују постојеће и могуће процене Живановићевог научног дела.

(36) Т. Живановић, *Систем*... књига II, стр. 311—316.

(37) Т. Живановић, *Систем*... књига III, стр. 703—835.

(38) Т. Живановић, *Систем*... књига III, стр. 839—939.

(39) Т. Живановић, *Основни проблеми кривичног права*: I: Кривично дело. II: Кривично дело. III: Казна. Увод у науку кривичног права. I. Општи део. Београд, Геца Кон, 1910, стр. 64; *Основни кривичног права*, део I—II, Београд, 1910—1912; део I. Општи део, Геца Кон, 1910, стр. XV+343; део II. Посебни део: св. 6, Геца Кон, 1911, стр. 191; св. 2. Шт. „Св. Сава“ 1912, стр. 195; св. 3. Шт. „Св. Сава“ 1912, стр. 275; *Основни кривичног права*, 2. попр. и доп. изд. Београд, Геца Кон, 1922—1923; Општи део, 1922, стр. XVI+380; Посебни део: Књ. I—II, 1923; Књ. I: Кривична дела против приватних добара, стр. 480; Књ. II: Кривична дела против општих добара, стр. 334.

Основни проблеми кривичног права, I: Кривично дело, II: Кривично дело, III: Кривична санкција Увод у науку кривичног права (виши општи део кривичног права). Ревизија традиционалне, бипартитне науке; конструкција нове, троедне науке.) Предавања на београдском и париском Правном факултету), Београд. Шт. „Гундулић“, 1930, стр. XVI+219.

Основни кривичног права Краљевине Југославије, 3. потпуно прерађ. и знатно доп. изд. Београд, 1933—1939. Општи део: књига I—II, Шт. „Гундулић“; Књ. I: (Увод: I. Кривично дело), 1935, стр. VII—388; Књ. II: (Кривично дело, III. Кривична санкција), 1937, стр. 472; Посебни део, Књ. I—II, Књ. I: Кривична дела против приватних добара, Св. 1—2Ц С. I: (Чисто лична кривична дела), Шт. „Гундулић“, 1938, стр. 164; Св. 2: (Имовинска кривична дела), Шт. „Скерлић“, 1939, стр. 200; Књ. II: Кривична дела против општих добара, Св. 1—3. Св. 1: Шт. „Гундулић“, 1933, стр. 232; Св. 2: Шт. „Гундулић“, 1936, стр. 208; Св. 3: Шт. „Скерлић“, 1939, стр. 100.

8. **Значај Живановићевог научног подухвата.** Посматран с гледишта својих полазишта, али и својих коначних резултата овај синтетизам представља заиста један *изузетан*, а може се без устручавања рећи и *јединствен подухват* у целокупној модерној правној науци. Сагледан са свих својих страна и момената, овај подухват уверљиво показује да превазилази по многобројним својствима све што је икад, итде и икаквим поводом постављено као *циљ* и *задатак* у целокупној правној науци. О величини и сложености тог подухвата, чак, много упечатљивије говоре сами резултати него декларативно истакнути циљеви. Иако свестан карактера подухвата и задатака, Т. Живановић крајње шкрто и понекад подсећа на *битне претпоставке*, разне објективне и субјективне предуслове да би се уопште могао упустити у остваривање таквог задатка.

На првом месту неопходан је заиста *јединствен талент* за правну науку уопште и за овакав подухват нарочито. Није ту довољна само једна „од највиших интелигенција“(40) каква се увек у великих стваралаца јавља, већ је она и својим карактером и усмереношћу подешена за стваралаштво какво могу само изузетни појединци да испољавају. Уосталом, аутентичност талента за нешто у томе се и огледа. Али, ма какве способности неко поседовао, зна се, уз то је неопходан и *огroman рад* који је бар у оваквим областима сразмеран величини талента. Немогуће је и замислити такве резултате без „изванредне способности за рад“(41). Само с таквим радним способностима један научник је и могао истрајати у таквом подухвату. Ту су највеће *инвестиције људске радне способности*, и то оне која је по свему најквалитетнија и најплеменитија. То је рад непроценљиве вредности и значаја. Али, баш због величине и карактера постављених задатака неходно је и *огромно време*, у ствари, оно које је уопште у границама људског радног века. То се не може свести на један део радног века, који се намењује остварењу једног међу осталим задацима. Све то је битан услов за решавање оних *изузетно тешких и сложених задатака* који су се наметали самим тим што је предузето овакво синтетизовање(42). О томе сам Т. Живановић каже: „Али не само да је за синтетичког правног филозофа потребно познавати научне резултате рада специјалних правних наука и наука правних наука, већ је потребно с обзиром на одсуство правог *синтетичког* карактера ових наука у постојећој правној књижевности (в. § 7), да се у циљу савршене обраде двеју синтетичких правних филозофија изврши сопствена прерада истих у синтетичком погледу. *Отуда су напори, који очекују синтетичког правног филозофа, тако огромни, да изгледа да прелазе снагу једне личности.*“ (последњу реченицу подвукао С. В.)(43).

Иако су задаци и циљеви синтетизовања изванредно снажно истакнути у цитираном програмском *Предговору*, у ствари, и пуну деценију пре тога, то јест од 1910. и до краја живота Т. Живановић све то не само задржава као главне императиве овог научног стваралаштва, већ и својим доприносима науци потврђује, на најверљивији могући начин, примерну снагу и доследност у њиховом остваривању. Ако је основано

(40) Т. Живановић, *Систем* . . . књига I, стр. 65.

(41) Т. Живановић, *ibid.* стр. 65.

(42) Т. Живановић, *Систем* . . . књ. II, стр. 83.

(43) Т. Живановић, *Систем* . . . књ I, стр. 56.

тврђење да се људи рађају с одређеним талентом, чак талентом за одређену науку, онда је у случају Т. Живановића то и сувише очигледно: један изразито научан дух оплемењен је и једном заиста ретком способношћу за научне синтезе, и то управо у области права. За такве синтезе уопште, а посебно у околностима кад је Живановић делао, неопходне су разноврсне и комбиноване даровитости: уз правничку способност за истањане и веома прецизне анализе правних феномена, установа и појмова подједнако је неопходна и изузетна способност уопштавања, стварања апстракција на тлу огромног конкретног материјала; уз богато и ауторитативно знање и познавање неког специјалног подручја, неке гране права где су изграђени и одговарајућа специјална научна дисциплина и велик круг специјалиста, неопходно је и огромно знање и таленат за општетеоријско мишљење, који сами по себи обезбеђују врхунска достигнућа у правној филозофији и општој правној теорији, а баш у том правцу су се огледали највећи мислиоци у области права, па и у филозофији и политичкој доктрини; уз огромну ерудицију неопходно је и поседовање нарочитог „чула“ које се обележава као интуиција за откривање оног што је важно и значајно за науку уопште, а нарочито за остварење одређеног научног програма. С таквим способностима и могућностима, што се заиста веома ретко сусрећу, Т. Живановић је, очигледно, имао изузетан радни капацитет и уз то подједнак током читавог свог века. Али, оно што заиста задивљује и, чак, прекорачује границе сваког рационалног објашњења јесте *апсолутна преданост остварењу својих научних задатака*. Не само да изгледа, него је то готово запрепашћујуће да Т. Живановића ништа није могло омести, пореметити, задржати и скренути с назначеног пута: ни лични проблеми, ни промене друштвених ситуација, ни социјалне катаклизме у виду три рата у којим је појединцима и њему самом бивала угрожена и најелементарнија егзистенција, ни чињеница да је и у време своје највише славе био, очигледно, усамљен и не тако омиљен у својој средини прави научни горостас, ни буквална одбаченост и најблаже речено неблагонаклоност званичних и утицајних кругова у новој Југославији, а то се десило када је био у напону свог научног стваралаштва. Ако је имао различите карактерне црте — што је неизбежно како у обичних људи тако и у великана — сигурно је да је првенствено показивао апсолутну преданост остваривању утврђеног научног програма. Ништа није могло стајати испред тога, битније утицати, посредно или непосредно спречавати извршење чисто научних задатака, које је сам себи поставио. Сасвим је очигледно да је све остало *безусловно подређивано остваривању научних задатака* као животних задатака. И то оних задатака које је он сам од почетка на себе примио, а не оних које је *ситуација наметала*, с непредвидљивошћу и неизвесношћу, што непрекидно условљавају и прате све људске подухвате. С безграничном упорношћу и с несхватљивим самопоуздањем из године у годину, из периода у период, из деценије у деценију, он је стремио свом циљу и с невероватном доследношћу обликовао и градио свој научни систем.

Посматрани у целини, научни опус Томе Живановића и његово целокупно животно дело остављају утисак једне заокружености и потпуности, какве се такође ретко сусрећу. Уз све поменуће и непоменуће недаће и непогодности или, боље речено, упркос њима и против њих, Жи-

вановић је од свега тога стварао за себе — *предности и подстицаје* за отпочињање, праћење и довршење свог дела, свог необичног пропрама. Радећи непрекидно пуних шест деценија, он је оставио огромно дело при чему се стиче недвосмислен утисак да је све главно доведено до краја да је пре своје смрти ставио „*тачку*” на своје стваралаштво. На жалост, тако нешто ретко се дешава. Многи великани, наиме, оставили су само део или делић онога што је изостало неумитном игром „судбине” и разних околности које стоје изван и изнад људске воље и контроле. То се, на жалост, и у нашој средини толико пута потврдило. И у томе је изражена једна историјска трагика културног развитка и опстајања једног народа, јер се сваки прерани губитак великана у малој културној средини испољава у превеликим размерама.

9. **Синтетизовање резултата традиционалне јуриспруденције.** Када се зна да је Т. Живановић израстао и делао у једној сразмерно малој и културно неразвијеној средини, где су нарочито поједине науке биле истовремено у повоју и показивале спектакуларне резултате, — а таква је, углавном, била и правна наука — онда нам се намеће и питање: како и шта је у таквој средини могло послужити као подлога једног синтетичарског подухвата? Јер, синтезе природно услеђују онда када се нагомилāju одговарајући научни резултати. У овом случају, дотадашњи развој и резултати „*домаће*” правне науке никако нису могли наметати чак ни помисао на некакве синтезе. У том погледу ваљало је вршити *пионирске подухвате*. Тако нешто пало је у део научних задатака и Т. Живановића. Али, он је истовремено и много више закорачио у *светску* правну науку, освајао њене просторе и усвајао њене тековине. Управо зато његов синтетичарски подухват има сразмерно већу вредност, тежину и домаћај, него што га имају уопште велики подухвати у великим културним и научним срединама. У ствари, он је предузео синтетизовање захваљујући нагомиланим резултатима у европској, а то значи и светској правној науци.

При томе, оно што се на први поглед могло јавити као *препрека* у дубљем сагледавању, бар у овом случају, показало се и као нека врста *предности*. Јер, опредељен да студира у својој земљи, али и да докторира у Француској (1909. с веома значајном темом), у Паризу где је и пре, и тада и касније правна наука достигала своје највише изразе, облике и резултате он је могао већ на почетку своје научне каријере и формирања да осети достигнути ниво светске науке. То је само потврдио и допунио једним каснијим боравком у Берлину. Али, све је то било од битног значаја за његово формирање у области кривичноправних дисциплина, то јест за утемељење његовог *Система кривичног права*. Принуден на избеглиштво током првог светског рата, он борави у Италији, Француској и Енглеској и управо тада започиње и његово темељно бављење проблемима филозофије, правне филозофије и опште теорије. Захваљујући томе, он је могао без икаквих „оптерећења” насталих утицајем домаће науке, али и без таквих оптерећења која би проистекла из једне од тих страних наука, да заиста као *спољашњи посматрач и критички оцењивач* упоређује и сређује најзначајније резултате правне науке у помнутим земљама. А када се томе дода и то да је подједнако обраћао пажњу и на правну науку дореволуционарне Русије, која је била на веома

високом нивоу и у много чему чак предњачила у Европи, затим на научне резултате у Аустрији, Швајцарској и осталим земљама — постаје јасно и то шта му је послужило као темељ за један онакав синтетичарски подухват. То је била, практично, *целокупна традиционална јуриспруденција* и то на врхунцу њеног развоја. Наравно, са свим оним великим достигнућима, али и с недостацима који су је неизбежно пратили. И тако, захваљујући свом научном таленту, али и необично великој и адекватној ерудицији, он је и могао да постави наизглед превелике задатке, да утемељи и своју синтетичарску оријентацију у науци уопште. Заправо, снај синтетичарски захват који је показао у кривичном праву само је добио свој природан продужетак у теорији права и правној филозофији. И без икаквих провинцијалних и снисходљивих страхопоштовања, већ, напротив, с изузетним самопоуздањем у своје научне могућности он *започиње* синтезу какву нико, вероватно, у великим културним срединама и не би могао ни предузети, а ни извести на какав начин и у толикој мери.

Ето зато, па ма како то парадоксално изгледало, један Тома Живановић је и могао учинити оно што само по себи изгледа готово немогуће. При томе, наравно, сам подухват је толико тежак да се може разумети и његова (напред цитирана) скепса поводом реалности једног таквог подухвата од стране само једног научника, па ма какве он квалитете имао. Но, природа оваквог подухвата је таква да га једино појединци и могу остваривати у *једној варијанти*, а ако би било више таквих покушаја добиле би се само одговарајуће варијанте синтезе. Никакви научни „колективи“ нису ни кадри ни подесни да учине оно што је у стању само један изузетан стваралац.

Такође, и по томе се може видети да и правна наука релативно малих и мање развијених средина и народа може показивати резултате који представљају, у ствари, облик *најпогоднијег повезивања* резултата различитих развијених средина, а то је и начин њеног изласка на светску сцену и потврда њених посебних могућности. Уосталом, то се може ујерљиво илустровати и разним другим примерима управо у развоју модерне науке у свету.

10. **Повезивање позитивизма, јуснатурализма и реализма.** С таквим приступом и, готово, свеобухватним претресањем нагомиланих резултата традиционалне јуриспруденције. Т. Живановић се морао сучелити с неким неизбежним *тешкоћама* и *дилемама*, што су иманентне сваком синтетичарском подухвату. Пре свега, ту искрсава потреба да се најзначајније и доминантне тековине поставе у предњи план, да заузму средишње место у целокупном разматрању, па самим тим и да посебно обавезују синтетичара да се тиме на одговарајући начин бави. То изискује и дубоко познавање и селективност, нарочито када је прогресиван и буран развитак правне мисли и научних резултата почео да превазилази све реалне могућности да се све то прати и сагледава. Мора се рећи да је Т. Живановић успевао да на прави начин усмерава своја истраживања, да издваја оно највредније и да се не изгуби у нагомиланим резултатима, да не утроши несразмерну енергију и време на оно што је споредно. Зато се он бави најзначајнијим писцима, мада би се свакако могло упитати да ли су баш сви и сразмерно свом значају код њега и представљени. По мом мишљењу, у његовим разматрањима, рецимо, је

дан Х. Келзен и један Ј. Диги као најутицајнији теоритичари и његовог доба нису најадекватније представљени. Али, чак ни то не умањује и битно не ремети општи утисак да је он настојао и успевао да разоткрије *оно основно* и *оно владајуће*, оно што се може заиста узети као *својеврсни пресек* кроз само средиште нагомиланих научних резултата, па самим тим и да пружи слику о *својеврсном просеку* модерне правне мисли. С озбиром на карактер самог синтетозовања управо то је и најважније, јер је сам темељ за један такав подухват и била традиционална јуриспруденција у својој целини и својим најаутентичнијим изразима. И зато, ако се може оправдано и аргументовано распрострањати о адекватности третирања појединих праваца, школа и писаца, неоспорно је да су Живановићеви главни успеси предочени управо једном изузетно значајном оријентацијом и у остваривању његових главних циљева.

А таква оријентација, пак, означава право увиђање места, значаја и односа *три основне, мислено-практичне позиције и оријентације* у целокупној правној науци, па и у одговарајућој правној пракси. То су *јуснатурализам, позитивизам и реализам*, који су се појављивали током целе историје права, а нарочито снажо потврђивали у модерно доба. Карактеристично је да су се те три оријентације испољавале као потпуно одвојене и чак супротстављене у сваком погледу. У таквој ситуацији и сам Т. Живановић је морао пре свега да утврди и основна полазишта и битне консеквенце ових различитих оријентација. Што се тога тиче, наравно, он је могао уважити мање-више утврђене опште карактеристике тих оријентација. *Јуснатурализам* у свим својим варијантама настоји да истакне на прво место један објективан, у природи укорењен или у духовној сфери изражен, савршен и идеалан поредак вредности, принципа и норми, што измичу свакој контроли и подвргавању било којој постојећој сили и произвољности. Зато је то поље највећег утицаја идеалистичких доктрина. Насупрот томе, *позитивизам* као најукорењенија и најснажнија оријентација ослања се на тзв. позитивно право, на мноштво чињеница које показују значај и могућности да баш владајуће политичке снаге и државна власт прописују и уређују најважније области друштвеног живота. Најзад, разликујући се од обе претходне оријентације, *реализам* утврђује да право пре свега егзистира и функционише као поредак међуљудских односа, који првенствено зависи од стварних констелација и утицаја најразличитијих друштвених чинилаца.

Изузетно је значајан и успешан подухват Т. Живановића да те три наизглед сасвим опречне оријентације некако *повезе, сједини* и представи и као *међусобно комплементарне*. За разлику од свих мислилаца који су се опредељивали за једну оријентацију и настојали да истицањем њених предности оповргну остале две, Т. Живановић заиста дубоко и уредљиво истражује оне унутрашње везе између тих оријентација, па тако долази до оних елемената који могу да покажу утемељеност *обједињавања* тих оријентација. При томе, у таквим настојањима сам Т. Живановић првенствено и претежно утемељује и истиче позитивистичке елементе, али у свим кључним разматрањима и на одговарајућим местима не пропушта да истакне присуство и елемената осталих двеју оријентација. На тај начин, он поступа сасвим у духу основних претпоставки свог синтетичарског подухвата. Тако се показало да је његово поменуто обухватање најважнијих резултата правне науке, у

ствари, имало сврху да разоткрије саму садржину постојећих тековина и да покаже могућности сједињавања токова, погледа и теорија што доминирају у структури модерне мисли, њиховог сливања у један синтетички правац. И у том сливању су се показале у пуној светлости оне предности које сваки од тих правца има, а њихови недостаци су потиснути у позадину. Самим тим је и овакво синтетизовање попримило нарочиту снагу и убедљивост. Ипак, то не значи да оваква варијанта синтетизма искључује и друге могућности да се сагледају оне дубинске везе које одиста постоје између поменутих оријентација.

11. **Особеност синтетичког становишта.** Кад је већ реч о *филозофскоправном синтетизму*, онда се као кључна постављају питања: да ли је, у којој мери и како је овај уобличен и развијен? Тиме се, у ствари, намеће разматрање о *основном становишту* Т. Живановића, које се на одговарајући начин потврђује у свим правцима карактеристичним за његова истраживања и постигнуте резултате. Јер, као што је напред поменуто, синтеза и њено коришћење, на неки начин, постоји свуда где има неког научног мишљења. Међутим, само уз одређене претпоставке и с одговарајућим карактеристикама појављује се *синтетизам* као довољно оформљено и изразито становиште уопште, па и као становиште одређеног научника. То значи да једно овакво становиште свакако превазилази све видове уобичајеног и неизбежног коришћења синтезе као логичког облика за оформљење неких целовитијих знања. Исто тако, оно превазилази све видове спорадичног, недовољно заснованог и неразвијеног синтетизовања, што се иначе нужно појављује у свим видовима иоле систематског мишљења, а то значи и у свим уобличеним теоријама. Синтетизам као становиште могућан је тек када постане својеврстан *основни постулат* којег се држи један научник и у свом истраживању, када је то *основни принцип* који се проверава и потврђује у дотичном истраживању, када је то она права и моћна *идеја-водиља* целокупног мишљења. При томе, није довољно само декларативно прихватање потребе или оправданости синтетизма, већ је неопходно и *делотворно* потврђивање његових могућности и вредности.

Живановићев филозофскоправни синтетизам није остао само у сфери декларација и номиналног предочавања нечег што је овај правни филозоф сматрао значајним за правну науку на датом степену њеног развоја. То није остало, такође, на нивоу и у облику једног програмски утврђеног полазишта, па ма како се такво полазиште јасно и чврсто постављало, како је то и сам Т. Живановић учинио. Његов синтетизам је, у ствари, оно *најдубље промишљање самог права и резултата правне мисли* и то с циљем да се пружи увид о *јединствености* и *повезаности* оног што се, иначе, у друкчијим третирањима показује управо на супротан начин, то јест као обиље најразноврснијих и мање или више осамостањених феномена. Захваљујући својој изразито продорној мисли, која је кадра да кроз површинске слојеве, без ометања и коначних препрека, доспева и до оних дубљих слојева, па и до самог језгра изучаваних ствари — Т. Живановић је убедљиво демонстрирао једно од битних својстава синтетизма. Он је откривао *дубинске димензије* изучаваних ствари и тиме оправдао и потврђивао један од најзначајнијих захтева који се стављају пред науку. При томе, разуме се, то усмеравање мисли према дубљим слојевима ствари и појава представља вечан задатак,

никад окончан бар кад се ради о тако сложеним творевинама какво је право. Поред тога, сваки синтетизам претпоставља необичну ширину својих захвата. Т. Живановић је и то на један изузетно упечатљив начин демонстрирао. Он није ни прихватио ни постављао неке вештачке границе својим истраживањима света права, оног непрегледног обиља правних феномена и правне мисли. Он је настојао да обухвати *целокупност права и правне науке* и у томе успевао толико и тако да су се и *ширинске димензије* правног света јасно назначиле. Захваљујући њутраву тако широким захватима, Т. Живановић је и дошао до закључка да се може и мора приступити синтетизовању.

Међутим, ни дубинско понирање ни широки захвати сами по себи нису и не могу бити доказ за постојање једног *делотворног синтетизма*, а нарочито не на терену права. Зато, истичући значај Живановићевог *филозофскоправног синтетизма*, у ствари, морамо имати у виду ону плодотворност његових истраживања, оно потврђивање у основи истог становишта како у целокупном научном опусу тако и у појединим списима. А најважније је, да је баш то становиште омогућило изградњу једног тако велелепног *филозофскоправног система* какав је Живановићев. Тај систем је и својом целином и својим саставним деловима не само резултат једног доследно примењиваног синтетизовања, него је и потврда одговарајућих предности и својстава које један овакав синтетизам има. Али, истовремено и ограничености и недостатака, што га неминовно прате. Предности се огледају, првенствено, у Живановићевој задивљујућој снази *конструисања скелета система*, оних општијих оквира који дозвољавају трајна и свестранија истраживања, а кад су ова изведена могућна су даља и детаљнија разматрања. Тако се једно исто становиште непрекидно развија и уобличава. Оно је, тако рећи, присутно увек и свуда где је Т. Живановић иоле темељније претресао неко питање. Зато и не може изостати закључак: *Живановићев филозофскоправни синтетизам је максимално уобличен и развијен*, па се у томе налазе изворишта и његове *снаге*, дубоког утиска који оставља на сваког ко држи до значаја систематског научног мишљења. Но, у свему томе има и неке прекомерно круте *схематике* која сама по себи изазива и стварање *граница* и *метњи* чак и сопственом начину синтетизовања, а камоли неким другим видовима синтезе.

У вези с овим налази се и она изванредно карактеристична и симптоматична Живановићева *ступњевитост* у изградњи система, како у области кривичног права тако и на филозофскоправном терену. Наиме, он је оба та система градио у *три фазе* које не само да следеју временски, него показују присуство истих полазишта, истог општег оквира, основне структуре постављеног система, али се касније у тим оквирима садржина шири и развија, па све то делује заиста као једна складна научна пражевина(44). То је заиста задивљујуће, а толико је значајно за Живановића, да изискује посебна истраживања, што овом приликом мора изостати.

12. Јединство предметног, методског и садржинског синтетизма. Због свега овога, а и низа других момената, Живановићев филозофскоправни синтетизам карактерише *заснивање, развијање* и одређено *окон-*

(44) Т. Живановић, *Систем* . . . књ. III, стр. 908—912.

чање у три основна правца, што се иначе, у случају сваког разрађеног научног система, неизбежно појављује. И то као најбоља потврда и мерило вредности и домашаја односног научног система. Та три правца тичу се: издвајања одређеног предмета, примењивања одговарајућег метода и обликовања садржине односних знања. То значи да Живановићев синтетизам сачињавају: најпре предметни синтетизам, затим методски синтетизам, најзад садржински синтетизам. Они су међузависни и узajамно комплементарни и баш зато сачињавају једну системску целину.

Конструирајући свој правнофилозофски систем. Т. Живановић је свој предметни синтетизам изразио не само обједињавањем науке о праву и самог права, него и сједињавањем она три основна вида права, то јест идеје права, природног права и позитивног права. Али, он је синтетизовање предмета којим се бави, који изучава као синтетички правни филозоф, извршио на тај начин што преузима основне ставове који су се уврежили о та три вида права, а не подвргава их темељном преиспитивању. Зато је његова синтеза више захватила постојеће погледе него што је сразмерно томе успела да покаже своје обједињујуће или унификаторске резултате у самом праву као друштвеној творевини. И поред тога, међутим, његов предметни синтетизам је заиста толико особен, да баш као такав мора бити истакнут и запажен у светској правној науци.

То је условило — али је било и условљено — својеврсно испољавање методског синтетизма. Живановић ствара један метод и доследно га примењује, али тај метод је сведен, у ствари, на логичку синтезу. Он, наиме, не настоји да темељно преиспита вредности и могућности разних метода или методских поступака, макар и онаквих какви су се испљили у главним токовима правне мисли, па да их затим обједињује. Али, баш то појачава утисак о „чистоти“ и доследности његовог синтетичког метода, па и његовој различитости од уобичајеног тзв. правног метода, социолошког метода, итд.

Његов садржински синтетизам огледа се у јединствености знања, у стварању најпре специјалних знања о појединим деловима права, то јест издвојеним правним гранама, а затим и сједињавањем ових знања с вишим целинама знања, све до оних најопштијих и најалстрактнијих знања. Самим тим он успева да премости створене поделе и јазове између разних наука, научних дисциплина и појединих сегмената знања. Зато он и не сматра да су поделе на филозофију права, теорију права, социологију права, затим некакве аутентичне правне науке на разне научне дисциплине — умесне и оправдане, или утемељеније од једне овакве синтезе целокупног знања. При томе, стављајући у средиште свега баш одређени број хијерархизованих појмова, он показује још упечатљивијом овакву синтезу целокупног знања о праву. По томе, несумњиво, Т. Живановић је усамљена појава и у светској правној науци, а не само нашој.

13. Сједињавање онтолошке, гносеолошке и аксиолошке проблематике. Следствено томе, Т. Живановић је показао, додуше не упуштајући се у посебно расправљање о томе, да правна филозофија у својој целини обухвата три садржинске компоненте, три подручја или круга знања: онтолошку проблематику права, затим, гносеолошку проблематику права и аксиолошку проблематику права. У његовим разматрањима, наравно,

нема такве поделе и тог редоследа. Али, веома је карактеристично да проблематику правне гносеологије издваја и посебно третира као веома значајну на крају свог филозофскоправног система.

Није лако препознати *онтолошку проблематику* уопште, па ни код Т. Живановића, Али, она је увек присутна и увек се јавља сразмерно томе колико се разматрају питања о карактеру права, његовој суштини, структури ове појаве, итд. О томе је Т. Живановић много расправљао, и систематски у одређеним деловима својих књига(45), али и у склопу остале материје. Та разматрања проистичу из његових општефилозофских претпоставки, али имају и печат одређених ставова и решења које он даје приликом дефинисања права, указивања на његов састав, разматрања о правној норми, итд. Зато, с квантитативног гледишта код њега, у ствари, преовлађује онтолошка проблематика. Штавише, таква је првенствено и проблематика о карактеру правне науке.

Живановићеву *правну гносеологију* сачињавају сва она разматрања у којима се изричито назначује као *теорија сазнања* уопште и у области права посебно, али и као *методологија* у та два нивоа(46). Међутим, њено проверавање и оживотворење он показује не само у изградњи свог научног система, већ и приликом честих истицања основних обележја *синтетичког метода* у претпресењу разних питања(47). Штавише, о његовој гносеологији не може дати праву слику посебно изложена методологија, већ само кад се она повеже с мноштвом успутних напомена, а нарочито кад се докучи онај не тако видљив методски поступак у истраживању правних установа и обликовању целокупног знања, у свим списима. При томе, основне филозофско-методолошке претпоставке имају главну улогу и највећи значај. Међу њима је и онај Живановићев мото истакнут у почетку друге књиге: „*Извор сазнања је синтетички ум, а услов искуство*”(48).

Сама *правна аксиологија* Т. Живановића није посебно издвојена, а углавном је поистовећена, као уосталом што чини највећи број писаца, с разматрањем основних *правних вредности*. Међу овим вредностима најважнија је *правда*, али њу прате и употпуњавају остале правне вредности. Та разматрања, ипак, сразмерно су мањег обима, па чак дата су у склопу излагања разних погледа на ове вредности. Исто тако, с овим је повезано излагање и разних питања која; наизглед, стоје изван тога, као што су: циљеви права, оправдање права, правна деонтологија, итд. Отуда, недовољна концентрисаност свих тих питања и ствара утисак о релативној умањености правне аксиологије(49).

14. Карактеристике Живановићевог научног система. Целокупни научни опус Т. Живановића, а нарочито његов изванредно изграђен филозофскоправни систем показује једно непрекидно и једнако настојање да и укупни резултати, то јест сва знања која су на тај начин дата и поједини његови делови, у главним и спореднијим списима — буду непосредан показатељ *плодотворности систематског мишљења*. Т. Живановић

(45) Т. Живановић, *Систем...* књига I, стр. 7—36; *Систем...* књига II, стр. 9—88; *Систем...* књига III, стр. 17—604.

(46) Тома Живановић, *ibid.* стр. 793—838.

(47) Тома Живановић, *Систем...* књига II, стр. 176.

(48) Тома Живановић, *ibid.* стр. 1.

(49) Тома Живановић, *Систем...* књ. III, стр. 667—700.

спада у ред оних правних мислилаца који су могли на делу да покажу заиста изузетну снагу како у конструисању најопштијег оквира система тако и његових појединих делова, све до оних најмањих. Такво мишљење подразумева непрекидно усклађивање (прет)поставки и појмова, који се тичу целине и свих делова, а нарочито свих оних *извођења* која су неопходна приликом разрађивања и развијања замишљеног система. При томе, Живановић та својства показује и у претресању изванредно различитих погледа *других* мислилаца, али и у излагању *сопствених* погледа.

Такво систематско мишљење потврђује се у три основне карактеристике. Најпре, ту се огледа тежња за *потпуношћу* у разматрању сваког предмета. Без обзира који и какав је предмет, да ли је то нека теорија или целокупно право, или је посреди нека компонента неке теорије или лека правна установа, па и неки момент у њима — за Т. Живановића све то једнако изискује потпуност осветљавања и анализе. Јер, само тако се и може приступити синтетизовању. Затим, то прати тежњу за *целовитишћу* која се све више огледа, или треба да огледа, што се намећу већи захвати, шири предмети и сложенији задаци приликом истраживања и излагања односних резултата. Било да се разматрање креће од целине ка деловима или од делова ка целинама, ова тежња ка целовитости подједнако се осећа и изразито потврђује. Најзад, та својства изазивају и тежњу ка *јединствености* као изразу и потврди самог синтетизовања. Јер, у приступу и дубљим слојевима Живановићевих разматрања тежња ка синтетизовању се своди на унификацију или обједињавање свега што је захваћено. И то како у формалном тако и у садржинском погледу. А извршена синтеза или обједињеност може имати разне облике изражавања и различите степене свог остваривања.

Живановићев филозофскоправни синтетизам представља својеврсно остварење и оваплоћење тих карактеристика. Из свега тога проистиче и његов *научни систем*. У заснивању и изграђивању тог система, уз све друге претпоставке, главну улогу има баш његова изузетна моћ *логичног мишљења*. Захваљујући томе, он је свој научни систем изградио као величанствено научно здање. Оно је и за спољашњег посматрача таквих размера да га је лакше посматрати задивљено него доиста сагледати, а за сваког аналитичара који је у стању да се креће по његовој „унутрашњости“ утисак је још дубљи. Унутрашње структурисање и рашчлањеност овог система превазилале све што се сматра и највећим достигнућима у том правцу на пољу правне науке. Придајући посебан значај томе и знајући за (не)могућности читалаца да довољно прате његов ток мисли, Т. Живановић је настојао да непрекидно и необично обилно и непосредно указује на системску повезаност третирања неког питања с многим другим претресањима, на другим местима истог списка или осталих списка. Његов систем је толико *кохерентан* да то далеко превазилази све уобичајене захтеве научног мишљења, а нарочито искуства и могућности чак и натпросечног научног систематизовања. Такође, тај систем је толико *конзистентан* да ствара утисак, чак и у истинских познавалаца једног, таквог научног остварења, о таквој утемељености и снази опште арматуре да је тешко пронаћи неке слабије тачке у тако изграђеној целини. Зато је Т. Живановић не само *изузетан систематизатор* постојећих знања, већ и *горостасан систематичар* сопствених научних погледа.

15. **Оригиналност Томе Живановића.** Поменуће и друге особености упечатљиво показују и *оригиналност* полазишта и резултата Живановићевог филозофскоправног синтетизма. Немајући ниједног претходника у правној науци, па ни узора у конструисању неког сличног система, он је с посебним задовољством указивао на каснији покушај чувеног немачког правног филозофа *Ј. Биндера*(50) да конструише, такође, двоврсни систем правне филозофије. Но, тај покушај је прекинут прераном смрћу овога писца. Исто тако, као *утемељивач трипартиције* у Кривичном праву Живановић је веома пажљиво пратио ширење таквог погледа у свету, наравно у разним варијантама, чак и потпуно независно од својих погледа(51). То, поред осталог, потврђује чињеницу да је Т. Живановић у свом добу не само осећао који су могући правци даљег развоја правне науке, већ је заузимао и четне позиције у неким од најзначајнијих токова.

Као дубок правни мислилац Т. Живановић је стално и на разне начине показивао *највиши степен самосталности мишљења*, па зато није ни могао постати само следбеник неког великана у светској науци. А да је и само то био — било би то довољно да се сматра истинским великаном наше науке. Занимљиво је, међутим, да се та самосталност огледала првенствено у оној равни где је његов изузетан талент и долазио до највишег израза — у равни обједињавања, унификације и синтетизовања постојећих знања. По свим могућим мерилима, он је ту заиста усамљена појава и наше и светске науке. Он је *јединствен синтетичар модерне правне науке*. Зато, нити су његове изјаве у том смислу — знак нескромних претензија, а нити су констатације о томе — што их дају оцењивачи — знак прекомерног уздицања и слављења. То има непокриво *покриће* пре свега у *Систему синтетичке правне филозофије*, а затим и у његовом *синтетизму* као становништу. Такве научне творевине и резултати нити могу бити плод некаквих имитација, а нити саме могу постати основа за неке имитације. Као оригинално достигнуће једног изузетног ствараоца, то има и *сопствени идентитет*, онај чудесни објективитет што као магична сила у просторима науке открива своја *зрачења* и *значења*. Иако то добија спољни израз у сјајно конструисаном систему, стварне вредности се налазе у дубљим слојевима његових разматрања.

Управо та системска оригиналност много више пада у очи у самој целини, па затим у највећим деловима те целине него што се запажа у третирању појединих питања. Заправо, може се рећи да код Т. Живановића нема ни најситнијег питања које он није претходно тако обрадио да носи печат његових општих поставки, тако да тек у таквој оригиналној обради и задобијају своје природно место у све већим и већим целинама, деловима целокупног система. *Код њега је све подређено систему и из система проистиче*. А само синтетизовање као специфично обележје свих његових разматрања подједнако је и резултат и основа датог система. Због тога, ниједно крупније а ни ситније питање не може

(50) J. Binder, *System der Rechtsphilosophie*. Der „Philosophie des Recht“, 2. vollkommen neu bearbeitete Aufl., Berlin, p. 511.

(51) Т. Живановић, *Систем расправа о систему Кривичног права и примени у другим правним и ванправним наукама*, Српска академија наука и уметности, Посебна издања, књига СССХСВ, Одељење друштвених наука, књига 53, Београд, 1966, стр. 289.

бити на прави начин схваћено ако је истргнуто из система. Такође, кад се изоловано узима ствара се привид да и нема неке особите оригиналности. Доиста, Т. Живановић је успевао да *сопствену оригиналност* поистовети са изналажењем оних невидљивих *заједничких именитеља* у наизглед хаотичним струјањима правне мисли, да оно што је, тако рећи, стандардно или тежи ка томе — својом систематском прерадом учини још заснованијим и чвршће аргументованим. Зато Т. Живановић није ни давао превише места за било каква „ексцентрична гледишта“ или за екстремне оригиналности, а ни сам није тако нешто пружао. А кад се зна да правна наука уопште и правна филозофија посебно, тако рећи, кипти контроверзним питањима при чему увек настају и потпуно опречна гледишта, онда је оваква *синтетичарска „линија“* и знак снаге, оригиналности, доследности и јединствености развијања једног гледишта.

III. КРИТИЧКИ ПОГЛЕД НА ПОЛАЗИШТА И РЕЗУЛТАТЕ ЖИВАНОВИЋЕВОГ СИНТЕТИЗМА

Значај и домаћај Живановићевог синтетизма — како то већ бива у науци — чине га *изазовним предметом* и за научно разматрање и критику. Стара истина да само изузетне вредности могу и морају изазвати посебну пажњу, па и критику, а да оно што и нема неке особите вредности то и не заслужује — и у овом случају се потврђује. При томе, и није битно да ли из било којих разлога изостаје правовремена и примерена пажња, већ је важно да извесне трајне вредности постају и остају, тако рећи, *потенцијал* за научне изазове. Штавише, ако све то протеком времена све више показује и своју неопходност у научним разматрањима, онда је то и најбоља потврда и трајних вредности. Следствено томе, ако уз приказивање Живановићевих погледа настају и критичка запажања, онда је то ознака *истинског научног трајања*. Значајно је упознавање Живановићевог научног опуса, а ништа мање и његов критичко осветљавање. То осветљавање, пак, може проистицати у оквирима самог Живановићевог научног система, то јест може бити тзв. *иманентна критика*, али се може ослањати и на нека друкчија становишта, то јест може бити тзв. *трансцедентна критика*. Нешто од обе врсте критичких разматрања садрже и следеће напомене.

16. **Иманентне опречности Живановићевог синтетизма.** Живановићев синтетизам представља, у целини посматрано, својеврсни *резултат и израз у развиту традиционалне јуриспруденције*. Наиме, ова јуриспруденција као укупност знања, праксе и образовања правника достигла је изванредно висок ниво управо последњих деценија прошлог века и током овог века. Она је у својој основи била *аналитичка и партикуларна* утолико и зато што је претежно усмеравала своје напоре у правцу сазнавања елемената права и правности. Али, баш то је и довело, на највишем степену развика, до нужности и *синтетичког и интегралног* захватања истог предмета. Међу оним сразмерно малим бројем правних мислилаца који су кренули у овом другом смеру био је и Т. Живановић. И управо његов синтетизам појављује се као један од најснажнијих, ако не и најснажнији у неким аспектима, захват у синтезисовању дотадашњих резултата традиционалне јуриспруденције. Ова

битна чињеница предодређује, на неки начин, и све оно што је у таквом синтетизму уследило. Али, исто онако као што *традиционализам* јуриспруденције у модерно доба уноси у њу неизбежбе *амбивалентности*, то није могло мимоићи ни овај синтетизам.

Наиме, Живановићев синтетизам има два опречна обележја: с једне стране, он је оптерећен извесним традиционалним тековинама, наслагама и чак заблудама; али, с друге стране, у њему има не само наговештаја, већ и значајних резултата једног модерног приступа, постављања питања и решења. То ствара и извесне *иманентне напетости* у његовим научном систему, али истовремено повезује, тако рећи, вековну традицију јуриспруденције с новим тенденцијама последњих деценија. А када се томе дода и то да и Живановићев научни опус садржи како значајне резултате, истине и општеприхваћене тековине тако и пропратне заблуде — онда и то и његовим изванредно великим доприносима ствара неизбежне *унутрашње противречности*. Тако је његов синтетизам *мешавина старог и новог*, али и *спајање домаћаја и промашаја*. Уосталом, ове противречности, само на други начин, карактеришу и највеће тековине филозофске, политичке и правне мисли.

Међутим, у свему томе је најважније да је баш овај и овакав синтетизам толико изграђен и особен да се по свим својим битним одредницама, по својој садржини и физиономији, по месту и улози у правној науци, сасвим јасно издваја и као заиста једна велика тековина сврстава у само *средиште савремене правне мисли*. Захваљујући томе, свакако да баш овај синтетизам не може бити, или не би требало да буде, мимоићен у било ком озбиљнијем сагледавању стања и кретања савремене правне мисли. Својим оригиналним доприносима Т. Живановић је тај свој синтетизам уградио и у *темеље* и у *површија* светске правне науке овога века. Тај синтетизам, дакле, није никакав продукт једне уске и неразвијене средине, већ је плод европске и светске правне културе.

17. **Двојственост Живановићевог синтетизма.** Живановићев оригинални синтетизам је *двојствен*, па самим тим и оптерећен одговарајућим напетостима, зато што је израстао из главних резултата досадашње правне науке, али и из дубоке, свестране и стваралачке ауторове мисли. Тако је настао својеврсни спој једне *објективне тенденције* у развоју правне мисли модерног доба и једне *субјективне пројекције* која се на претходну надовезује. У самој *структури* Живановићевог синтетизма то се снажно испољава. И то се непрекидно осећа у изградњи целокупног система, при чему има и повезивања и усклађивања поменутих опречних момената, али и неизбежног супротстављања и њиховог међусобног искључивања.

Зато Т. Живановић није само велик ерудита који само зналачки сакупља и распоређује постојеће тековине уопште, а нарочито оне које мање или више припремају подлогу за неки синтетизам или, чак, саме представљају неки вид синтетизовања или интегрисања знања. Зато он не излаже и не слаже оно што припада историји правне мисли, како то уобичајено чине историчари правне мисли. Такође, он није само учени преносилац великих тековина мисли у своју сразмерно неразвијену средину. То чине и морају да чине научни посленици великог

знања, али без оне стваралачке моћи какву имају истински мислиоци. У ствари, Т. Живановић те задатке извршава само зато да би на таквој основи вршио синтетизовање, које је само по себи један стваралачки подухват првог реда.

Али, Т. Живановић није ни такав стваралац и мислилац који само или углавном дејствује изузетном снагом свог духа, своје инвенције и својеврсне научничке и мислилачке имагинације. У филозофији уопште и у правној филозофији посебно то су заиста моћна оруђа, али и узрочници спекулативности, честог логицирања и чистог домишљања. *Овај мислилац је мислио на основу постојећих такозвана мисли.* Али, баш као синтетичар и истински стваралац он је огромним радом припремао *сопствену синтезу*. Таква синтеза, пак, истовремено је и предоребена једним дубинским сагледавањем основних координата сопственог система, али и верификована накнадним и дуготрајним разрадама. У тим необичним укрштањима и спајањима и *објективне тенденције* и одређених остварења на путу синтетизовања резултата традиционалне јуриспруденције, с једне стране, и Живановићевог *аутентичког синтетизма*, с друге стране, засниван је и растао и заокружаван и његов филозофскоправни систем, па и свеукупни научни систем.

18. *Две стране Живановићевог синтетизма.* И баш тај и тако изграђиван *систем* и даје праве димензије и прави изглед Живановићевом стваралаштву. Тај систем је подједнако и резултат и доказ његове изузетне снаге и научног домета, али је то и битан чинилац његовог ограничавања, односно самоограничавања. При томе, наравно, свако потцењивање значаја системског мишљења у науци, нарочито од стране оних који немају „слуха и духа“ за ову компоненту излагања одређене суме знања, особито када је она огромна — није права основа за критичко оцењивање Живановићевог система. То може бити само свестрано и темељно проучавање овог система.

Али, и без тога може се назначити оно што чини јаку страну овог система. То је, пре свега, чињеница да је то један од ретких научних система који су *плод синтезе знања* о праву. Иако су те синтезе у правом смислу ретке, овде већ сусрећемо заиста један гигантски систем који својим постојањем оправдана и потврђује изванредан значај ове врсте знања. Када се већ у једном од првих покушаја, ако не и првом, постигну такви резултати да доведу до тако развијеног научног система, онда је то најбоља потврда научне заснованости и знања и самог система. Затим, то је *изванредна логичност* овог система, која као општа карактеристика било којег научног система у овом случају достиже степен могућег обрасца, додуше тешко достижног у свим својим битним обележјима. Јер, наравно, један систем ове врсте и овог ранга има своје сопствене принципе који као такви диктирају и логичка извођења и развијања. Најзад, то је *заокруженост* тог система, јер је потпуно изграђен и ништа не недостаје од оног што је Живановић замислио, ако и није све у једнакој мери разрађено.

Ипак, уз сво појављују се неки моменти као наличје система. Пре свега, овај систем, као уосталом и многи други, показује сразмерно умањену *стварносну релеванцију*. Под тим подразумевам то да није друштвена и правна реалност онај прави извор, мотив и мерило кон-

струисања система, већ су то првенствено околиности у сфери затеченог знања, логике, класификације знања, научних дисциплина, итд. Затим, овај систем је вероватно и сувише *схематичан*, јер је и у својим општим оквирима и у појединим деловима некако затворен, развијан по круто постављеним смеровима, који не допуштају еластичнија извођења. А и иначе је овај систем некако *гломазан*, превише сложен и претерано детаљисан, па је у њега заиста тешко и „споља” ући и „унутар” њега крегати се. Ово ваља поменути пре свега зато што иначе систем излагања има битну функцију да олакша разумевање ствари.

19. Недостаци онтолошког става о праву. Живановићеви приступи, третирања и решавања основног *онтолошког питања о праву*, то јест одређење права, са свим оним консеквенцама које одатле проистичу, представља један од најсмелијих покушаја на том пољу. Али, уместо темељног *преиспитивања* погледа на тзв. позитивно право, на тзв. природно право и тзв. идеју права, Т. Живановић настоји да некако усклади ове категорије, па зато недовољно критички преузима оно што се сматра њиховом садржином. Јер, постојање ових категорија намеће и потребу да се, пре свега, испита низ момената, почевши од саме терминологије, па до садржине поменутих синтагми: дакле, неопходно је разоткривање и дубљих разлога и циљева оваквог разликовања унутар права или поводом права. А то није само научно значајно, већ и практично и идеолошки.

Остављајући по страни тзв. позитивно право, очевидно је да Т. Живановић преко идеје права или, како каже позитивног права по себи, па и природног права настоји да повеже једну метафизичку сферу, испуњену некаквим идеалитетима и фикцијама, са оним што је емпиријско, дато у друштвеној реалности. При томе, ако он прибегава и фантастичним конструкцијама о тобожњем чудесном уношењу идеје права „одједном и заувек”, онда тако нешто мора изазвати недоумице код сваког оног ко покушава да разјасни сложеност права, али и да пронађе друштвене и идејне поводе разноврсних метафизичких и идеалистичких конструкција. Такве конструкције су неубудљиве и чак потпуно неосноване, ако изостаје каква-таква аргументација. По свему судећи, Т. Живановић је више водио рачуна о томе како да укључи и тековине правне мисли, које су се бавиле идејом права и природним правом, у оквире свог синтетизма него о томе како и зашто такве тековине постоје, који су њихови друштвени и идејни корени.

Међутим, и овакви његови покушаји и решења имају велики значај, јер снажно упозоравају на потребу избегавања свих једностраних и олакхих порицања било какве основе за размишљање о природном праву, правним идејама итд. када се већ полази од позитивног права. Штавише, по мом мишљењу, и овакво проблематизовање може много допринети научном разматрању целокупног права, онаквог какво је у реалности, са свим његовим различитим слојевима, оним што је нужно и оним што је могуће, што је резултат објективних потреба, али и што је плод пуне произвољности властодржаца, итд. Уз претпоставку, наравно, да је претходно дат јасан и утемељен одговор на питање о појму права.

20. Раскорак између полазишта за конструкцију система трипартиције кривичног права и система синтетичке правне филозофије. За-

нимљиво је да се у Живановићевом научном систему и његовом синтетизму откривају и главне тачке за једну делотворну критику. Те тачке налазе се у *видљивом раскораку између конструкције трипартитног система у кривичном праву и конструкције система синтетичке правне филозофије*. Иако тај раскорак ублажавају и стварна садржина оба та система, као и настојања Т. Живановића да га донекле смањи (али, нигде на то изричито не упозорава, ако је уопште томе и придавао значај!), а за све то се могу наћи и убедљива објашњења — управо о томе ваља претходно расправљати да би се адекватно расправљало и о многим другим питањима.

Као кривичар Т. Живановић је најпре конструисао *трипартитни систем* заснован на правним институтима кривац, дело и казна и тако превазишао традицијом одржавану бипартицију, представљену институтима дело и казна. И то је изванредно и дубоко развијао у свим својим радовима на подручју кривичног права(52). Основу за то је дао још пре првог светског рата. Али, карактеристично је и то да је касније баш такву конструкцију филозофски и етички оправдавао и заснивао својим сразмерно кратким и изванредно концизним, целовитим *трипартитним системом етике*(53). Зато ту изричито разматра проблеме бипартиције и трипартиције, па одлучно аргументише трипартицију: (не)морално дело, морални кривац, морално санкција. Но, ако је тако у етици као „филозофији моралној”, како он каже, онда би се очекивало да и у правној филозофији исто тако заснује трипартисијом цео систем. Поготово зато што је по традицији правна филозофија најчешће изведена из моралне филозофије. Међутим, кад је већ у основи конструисао систем кривичног права Т. Живановић се крајем првог светског рата дубоко позабавио и филозофијом права и дошао до закључка да треба конструисати двоврсну синтетичку правну филозофију, то јест најпре синтетичку филозофију права, па затим синтетички филозофију правних наука. То је диктирало целу конструкцију овог система, па се у њој некако „изгубио” систем трипартиције. Наиме, он ту уопште не фигурира као у етици! Додуше, Т. Живановић не пропушта да нагласи *персонализам* филозофије права(54) то јест значај појма субјекта, о чему и касније детаљно говори, али у друкчијим системским склоповима (55). Исто тако, наравно, он у новим контекстима говори и о делу и о санкцији, али те првобитно *кључне појмове* распоређује на сасвим други начин, у низу других појмова, па све то даје и друкчију слику о стварима. Тако је у самим *полазиштима* настао *раскорак између двају система, а тај раскорак се показује и у свим каснијим разрадама и резултатима*. Тако је овај велики систематичар, управо због чврстине својих *полазишта* и *доследности* у извођењу двају различито и у развоју време заснованих система, дозволио постојање таквог *раскорака*. И тај *раскорак* нису могла отклонити ни иначе у *свом систему* *веома систематична разматрања*. У томе су и предности и мањкавости система.

(52) Вид. подбелешку бр. 39.

(53) Т. Живановић, *Основни проблеми Етике (Филозофије моралне)*, Српска Краљевска Академија, „Глас” CLXIV, Други разред, Филозофско-филолошке, друштвене и историјске науке, 84, Београд, 1935, стр. 45—94.

(54) Т. Живановић, *Систем...* књига II, стр. 184—185.

(55) Т. Живановић, *Систем...* књ. III, стр. 275—299.

Све ово је, свакако, поучно за сваког систематичара и сваку систематизацију. Најважније је то да сама *систематика* много значи, да чак и иста знања, појмови и поставке у различитим систематикама имају и различиту вредност и домашај. А различита знања само по себи изискују и одговарајућу систематику. И то нарочито када се врше синтетизовања одређених знања. Тада је систематика једно од најмоћнијих оруђа, али и показатељ успешног синтетизовања.

21. **Изостављање свих знања о држави.** Једна од великих дилема правне науке модерног доба јесте и *начин* и *степен* укључења у њене оквире и одређених знања о *држави*, па без обзира на то да ли се знања о држави развијају самостално у виду засебних дисциплина или се, пак, она јављају у склопу политичких наука. А то је само извесна консеквенца одређења и права и државе, а нарочито решавања питања о међусобном односу ових друштвених творевина. Зависно од тога, али и по неким инерцијама или под притиском очигледних чињеница и потреба, многи писци у већој или мањој мери разматрају и разне моменте државе у конституисаним правним дисциплинама, како конкретним и позитивноправним тако и апстрактним и теоријскоправним. С обзиром на то, наравно, и Т. Живановић је морао заузети извесни став у том погледу, утолико пре и више што је предузео синтетизовање свих *релевантних знања* о праву. Тај његов став карактеришу два настојања: прво, максимално могуће раздвајање права од државе и друго, отклањање свих наслага знања о држави из целокупне науке о праву. Тако, по њему, очишћена правна знања заслужују синтетизовање, а знања о држави као *нерелевантна* потпуно изостају у његовом синтетизму, односно сведена су на занемарљиву меру. Тако је Т. Живановић доследније и потпуније учинио оно што је, по општем утиску и стварно, основна тежња правне науке у изградњи својих знања. Међутим, по мом мишљењу, управо у томе се налази *главна мањкавост* и *слабост целокупнога његовог синтетизма*. То се може сразмерно лако запазити, а ни критичка запажања немају неке озбиљније препреке.

У назначена два настојања Т. Живановић, додуше, не уноси ни некакву посебну аргументацију, а ни нека посебна разматрања. Све је то, углавном, имплицирано у самој структури његовог система и особеностима његовог синтетизовања. А одговарајући искази су, зато, обележени аподиктичношћу и стварањем привида као да ту и нема неких озбиљних проблема који неминовно прате један овакав синтетичарски подухват. Зато, сваки приступ овоме и нека аргументација сами по себи откривају стварни значај и везе између државе и права, али исто тако и знања о овим творевинама.

Упозоривши на то да се у синтетичкој правној филозофији *појам права* јавља у два вида, *логичком* и *енциклопедијском (екстензивном)*, Т. Живановић истиче владајуће схватање о праву као укупности прописа, норми или правила, које карактерише државна принудност⁽⁵⁶⁾. То би значило да се подразумева непосредна и нераздвојна повезаност права с државом. Али, када говори о држави Т. Живановић сматра доволјним да упозори да се *појам државе* у синтетизовању узима само за

(56) Т. Живановић, *ibid.* стр. 74—89.

означавање једне међу осталим правним установама, па самим тим нема разлога за његово изједначење у рангу с појмом права(57). Ипак, сн у разматрањима која изискују и помињање државе касније често узгред говори о држави-друштву, вероватно мислећи на државну заједницу или нешто што није само правна установа(58). У сваком случају његово изостављање целокупних знања о држави као нерелевантних и сувишних не може а да не изазове низ питања. Како је могуће државу третирати само као правну установу, то јест као садржину одређеног низа прописа, када се већ полази од тога да је државна принуда, дакле и држава присутна у целом праву? И како се може једна таква творевина и такав појам изједначити с многим другим који, у ствари, такав значај немају? А ако се третира само као правна установа, па смести само, рецимо, у уставно право, односно шире у државно право или јавно право, тиме се некако сужава њена присутност и у другим подручјима. Но, чак и с таквим решењем постаје јасно да држава не добија адекватно место у синтетизовању знања. У ствари, сам Т. Живановић напросто изоставља неко посебно и адекватно третирање проблематике државе. То се осећа као велико изостављање баш *резултата правне науке* у Живановићевом синтетизму. Довољно је полсетити да су, рецимо, *Келзен* својом „чистом правном науком“ и *Диги* својом „Расправом о уставном праву“ пружили колико знања о праву толико и знања о држави. Ако чак *Келзену* није сметало да у свом нормативизму, вероватно и најзначајнијем достигнућу правне науке досад, нађе места и за сва знања о држави, додуше с циљем да докаже не само блискост државе и права већ и њихову истоветност(59) — онда Живановићеве изостављање нема много оправдања. Исто тако, *Дигијева* разматрања о држави баш у склопу темељног истраживања уставног права(60) која су такође веома значајна и утицајна, морала су добити одговарајуће место и приликом једног синтетизовања правних знања. То су само два примера који у највишем степену илуструју Живановићеве некако „насилно“ и неприродно изостављање знања о држави. Отуда, вероватно, и просторно и по начину третирања Т. Живановић овим великанима не даје сразмерно одговарајуће место у свом синтетизовању. Поред тога, свима је добро познато да су *Кант* и *Хегел*, а за њима и многи други правни филозофи баш у својим разматрањима о праву подједнако излагали и схватања о држави.

Према томе, ако је Т. Живановић оправдано сматрао да синтетизовање правних знања подразумева подједнако вођење рачуна о свим тековинама тих знања — а нарочито ако оне дају битан печат, показују одговарајуће домете и вредности — онда се сваким *изостављањем* ових, у неком иоле амбициознијем синтетичарском подухвату унапред мири с неизбежношћу да тако настане *полу-синтетизам*. Хтело се или не, такав синтетизам никако није у стању ни да предочи праву логичку структуру знања, а ни да пружи адекватну слику о структури појмова, њиховом редоследу, повезаности итд. Нема сумње да је Т. Живановић, ипак, не

(57) Т. Живановић, *Систем*... књ. II, стр. 48—49.

(58) Т. Живановић, *Систем*... књ. III, стр. 643.

(59) Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, превели Др Радомир Д. Лукић и Милорад В. Симић, Београд, 1951, стр. 179—258.

(60) Léon Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3. éd., Vol. I—V, Paris, 1927—1928.

само својом *схематском конструкцијом извршио самоограничење свог синтетизма* него је истовремено и подлегао утицају једне преовлађујуће струје. Ако је то и доказ да нико не може прекорачити пранице своје епохе, то утолико више омогућује да се заснује и критичко претресање чак и таквих најкрупнијих и најзначајнијих синтетичарских подухвата какав је Живановићев. У ствари, тако се види од коликог значаја је утврђивање одговарајућих појмова о праву и држави, па сходно томе и *поставке о јединству државе и права*(61). То има најдалекосежније консеквенце у конструисању биљу којих теоретских знања, а камоли оних која представљају било који облик синтетизовања. Наиме, по мом мишљењу, *предстоји синтетизовање државно-правних знања* или, тачније, интегрисање знања о праву и о држави у виду *државно-правне науке*. Ове напомене, разуме се, дају се с једног таквог становишта.

22. **Живановићев синтетизам и марксизам.** Самим тим откривају се, дакле, и простори за различите *трансцедентне критике* Живановићевог синтетизма. Такве критике могуће су, пре свега, са становишта сваког *анализирања* у праву, као супротности синтетизму. Но, и свако друкчије гледиште о кључним проблемима који се налазе у овом синтетизму представља само по себи својеврсну критику или може бити искоришћено за непосредну и изричиту критику. А постојање различитих гледишта само потврђује да се научна истина као неки пуки апсолут не налази ни у једном, већ се постепено и свестраним напретком знања унапређује и употпуњава. При томе, најважније је да *могућности критике не означавају* саме по себи и обезвређивање научних достигнућа(62). Априорна истина није у поседу ни предмета критике ни саме критике.

Пошто у владајућој јуриспруденцији главно место заузимају нормативна и позитивистичка гледишта, то значи да баш она у *светској науци* представљају основу за критичко процењивање Живановићевог синтетизма. Ако таквих значајних расправа до сада није било, онда то значи да вероватно није сасвим сазрела ситуација за својеврсно актуелизовање и заоштравање сукоба између анализирања и синтетизма. Уосталом, ни поводом других синтеза, односно покушаја унификације и интеграције знања у правној науци нису вођене довољно примерене и специфичне расправе, мада уобичајене разлике у схватањима у разним теоријама неизбежно долазе до изражаја. Зато, вероватно је та околност од већег утицаја него онај неизбежан „хендикеп“ припадника малих народа и култура на светској сцени, који су већ самим тим стављени далеко иза представника најразвијенијих средина.

Овде искрсава и питање међусобног односа Живановићевог синтетизма и *марксистичке теорије права*. С обзиром на време свог заснивања, развоја и опште услове завршавања овај синтетизам није ни могао бити „марксистички“ (ако такав израз има икаквог смисла који се не своди на банално етикетање?). Т. Живановић је практично зацртао изградњу система педесетих година, после којих је тек у светској правној науци уследио значајан продор и марксистичког погледа на право.

(61) С. Врачар, *Методолошки значај поставке о органском јединству државе и права*, „Анали Правног факултета у Београду“ 1—2/1962, стр. 66—84.

(62) С. Врачар, *Оцена три главне филозофскоправне књиге Томе Живановића*, „Зборник за теорију права“, изд. Српске академије наука и уметности, свеска II, 1982, стр. 248.

Од тада је и наша теорија права почела да показује своје прве и свакако значајне резултате, и то на марксистичкој основи. Иако је обратио пажњу на неке резултате совјетске теорије права, Т. Живановић, рецимо, није познавао тековине постоктобарског периода (Рајснер, Стучка, Пашуканис и др.). У позним годинама овај велики научник је морао да усредсреди енергију на довршење својих замисли, па су и многе тековине — међу њима и марксистичке — морале остати изван његових увида, а поготову оних темељних синтетичких прерада, систематизација и класификација какве су својствене овом великану. Но, с друге стране, несумњиво је да баш *марксистичка теорија права* пружа једно *становите* за плодносно критичко сагледавање и процењивање места и значаја Живановићевог синтетизма.

Закључак

У једном таквом сагледавању и процењивању Живановићев филозофскоправни синтетизам по свему, по својим полазиптима и резултатима, представља једну од најзначајнијих тековина у развипткy светске правне науке управо у оном добy када је она доживљавала буран и свестран напредак. Утолико пре и више једно овако велико и значајно достигнуће добија у свом изузетном значају за науку и културу свог народа, односно југословенску правну науку. У тим спојевима и преливањима партикуларно и универзално обликованих тековина правне мисли налазе се извори, оквири и гаранције њихових непоресивих вредности.

Тома Живановић спада у ред оних изузетних великана правне мисли који су не само осетили потребу за синтетизовањем постојећих правних знања, већ су непосредно и битно баш својим доприносом обогатили правну науку, веома проширили њене хоризонте, открили њене даље и нове могућности, учинили нове крупне кораке у њеном сталном напредовању. У том погледу, по мом мишљењу, Т. Живановић има и највеће заслуге у *критици* и *нужном превазилажењу* не само *аналитизма*, већ и дубоко увреженог *редукционизма*, који су доминирали и још увек доминирају у правној науци. Уместо настојања да се бескрајна сложеност правног света истражује првенствено или само с гледишта његових саставних елемената или, пак, да се све редукује на неки од постојећих елемената, Т. Живановић свим својим хтењима и остварењима, у ствари, поставља веома значајне и чврсте темеље за сва настојања да се што више и адекватније обухвати и схвати целина правног света. Уз то и нарочито Живановићев програм и његови резултати у погледу *синтетизовања* већ постојећих знања свакако представљају један од најупечатљивијих показатеља како се на тековинама могу развијати нова знања. Зато су сва његова достигнућа у правцу *сједињавања, унификације, синтезе* истовремено и *нови резултати* правне мисли без којих је немогуће или битно отежано било које и какво напредовање у савременој правној науци, а нарочито нашој.

Захваљујући својој специфичности, изграђености и довршености, Живановићев филозофскоправни синтетизам заузима посебно и значајно место у општем току *интегрисања правних знања*, који је све очиглед-

нији као противтежа дезинтегрисања и партикуларизовања правних знања. У лицу сразмерно мањег броја научника у свету, али с великим или значајним резултатима, постепено се учвршћује *интегрализам* у правној науци. Тај интегрализам, зато, као једну од својих најзначајнијих и најзанимљивијих варијаната садржи и Живановићев филозофскоправни синтетизам. *Својим предметом, методом и садржином Живановићев филозофскоправни синтетизам је свакако један од угаоних каменова и стубова модерног интегрализма у правној науци.* Оцењујући га тако, наравно, можемо и на прави начин и у пуној мери да изражавамо не само поштовање и дивљење према оваквим научним резултатима, већ и да их користимо у сопственим истраживањима. Освојивши ноге врхове у правној науци, захваљујући баш Живановићевим врхунским достигнућима, отварају нам се и нови и шири хоризонти посматрања и истраживања права.

Зато, стогодишњица рођења Томе Живановића само подстиче размишљања како о тим тековинама тако и о могућностима даљег развоја правне науке.

SUMMARY

POINTS OF DEPARTURE OF THE PHILOSOPHICAL AND LEGAL COMPREHENSION OF TOMA ŽIVANOVIĆ

In the first part of his discussion, which he titled »Indication of certain points of departure«, the author defines philosophical and legal comprehension as an endeavour which is adverse to the ruling analytic conception in legal science, and which is characterised by the process of bringing together of all existing knowledge, predominantly, within the framework of one philosophical and legal standpoint (concept). This is clearly reflected in the very significant and huge, comprehensive work of Toma Živanović. In the text in which he set out his (program) views (in fact the preface to his first book, the »System of Comprehensive Legal Philosophy«, 1921), Toma Živanović determined all points of departure relevant to such a study, indicating also the general construction of his very complex and twofold system, firstly, the comprehensive philosophy of law; secondly, the comprehensive philosophy of legal sciences. Having pointed out certain circumstances which must have made impact of this Živanović's determination, the author especially explains his results in the comprehension of concepts and knowledge. Živanović does this by application of his method of so-called generalised abstractions. The final result of this approach and undertaking is this very comprehension of positive law, natural law and the idea of law in Živanović's theory.

In the second part of his discussion, titled »Certain characteristics of the indicated points of departure«, the author firstly emphasises the rare talent, the working capacity, devotion to the achievement of set aims, the six decades of continuous work Živanović had spent on his system. But it must be mentioned that he worked in an culturally and scientifically undeveloped environment, so that his comprehensive work embodied the results achieved by the European and world legal science so far i.e. the

traditional jurisprudence. That is why his comprehension has room for the main branches of legal thought, study-investigation, and practical work in the branch of law: positivism as the dominant stream of thought, *jus naturale* — which had always been the main characteristic of legal philosophy, realism, which was present by way of empirical-sociological study of law. Of course, all other streams of thought and results of the traditional jurisprudence have also been subjected to certain comprehensive study in Živanović's system. This had been possible, before all else, because Živanović had not been only a mere compiler or eclectic, but a profound thinker and original, creative scientist, setting forth his own general philosophical view and his own concept of law and jurisprudence, offering numerous original and creative resolutions of key problems (such as the three-partite theory in criminal law, etc.). Owing to this fact, Živanović has succeeded in arriving at an amazing and complete system, in which there has been achieved a comprehension of the subject (i.e. that which pertains to the very object of the study), of methodic comprehension (i.e. which is expressed in the applied method of study), and substantial comprehension (i.e. that which has been verified in the achieved results). Consequently, Živanović's system reflects a union of ontological, gnoseological and axiological problems in the sphere of legal thought. Therefrom are derived the main characteristics of Živanović's system (extraordinary construction, complexity, variety, coherence etc.) and an enormous originality of Živanović himself, but which has never transformed into any kind of extremism.

In the third part of his discussion, titled »Critical review of the points of departure and the results of Živanović's comprehension«, the author explains the contradictions within the traditional jurisprudence, unavoidably influencing certain immanent contradictions in Živanović's comprehensive system. Namely, there are in this system elements which correspond to the achievement, but also the failures of the tradition of jurisprudence, there are to be found together old results and the novelties of modern legal thought. His comprehension is twofold, showing both comprehensive tendencies in the modern jurisprudence and the personal contributions of T. Živanović himself. Also, the main result of all this is the comprehension of knowledge, construction of a system compatible to the state of thought, and not a real state of affairs in the development of the modern legal system and the State. This is in connection with Živanović's resolution of the main ontological problem relating to law *tj.* a unification of positive law, *jus naturale* and the concepts of law. But, the main objection to this would be that there is an obvious diversity in the points of departure for the construction of the threepartite system of criminal law and the construction of the system of comprehensive legal philosophy. The principles of constructions of these two systems are not the same or at least they show considerable diversity. Also another objection could be made due to the omission of knowledge pertaining to the State in a comprehension of this kind. Otherwise, certain criticism of this comprehension would be justified from the point of view of every analytic theory, including Marxism.

In the last part of the discussion, titled »Conclusion« the author stresses the huge scientific significance and value of Živanović's study, especially for future and different comprehensive works. Generally speaking this scientist ranks at the very top of world science, which, at the same time, means that he has invaluable merit in the development of our legal science.

RÉSUMÉ

LES FONDS DU SYNTHÉTISME PHILOSOPHIQUE ET JURIDIQUE ÉLABORÉ PAR TOMA ŽIVANOVIĆ

L'auteur examine, dans la première partie, nommée «La désignation de quelques points de départ», le synthétisme philosophique et juridique, comme une tendance opposée à analytique régnante dans la doctrine juridique et caractérisée par la liaison et par l'englobement des connaissances existentes dans le cadre d'un seul point du vue philosophique et juridique. On peut bien voir ça dans l'entreprise immense synthétique de Toma Živanović. Dans son texte programmatique (c'est à dire, dans l'introduction de son premier livre «*Le système de philosophie synthétique*» 1921), il établit tous les points de départ pour ces examinations et il indique la construction générale de ce système complexe et de deux espèces: de la philosophie juridique synthétique et de la philosophie synthétique du science juridique. En montrant des circonstances qui ont influencées l'opinion de Toma Živanović, l'auteur présente les résultats du synthèse des notions et des connaissances. Živanović fait ça en utilisant sa méthode d'abstraction généralisée. Le résultat extrême de ces accès et cettés prises est l'unification de droit positif, droit naturel et l'idée de droit de théorie de Toma Živanović.

Dans la deuxième partie, «Quelques particularités des points du départ désignés», l'auteur fait remarquer le talent extraordinaire, le capacité de travail, le dévouement à la réalisation des devoirs posés, les soixante années du travail sur cet système, de Toma Živanović. Il a travaillé, cependant dans un environ nondeveloppé culturellement et csientifiquement, alors sa synthèse englobe les résultats de science juridique européenne et mondiale. Il a examiné dans sa synthèse des sens principaux de pensée juridique, des recherches et des travaux pratique dans le domaine du droit: le positivisme, comme le courant dminant, le jus-naturalisme qui est toujours le trait principal de pensée philosophique et juridique, le réalisme introduit par des recherches emiriques et sociologiques de droit. Les autres courants et les résultats de jurisprudence traditionnelle sont aussi traités synthétiquement dans le système de Toma Živanović. Tous ça était possible, car Toma Živanović n'était pas seulement un compilateur ou un éclectique, mais un grand penseur et un créateur original qui a construit son propre système de philosophie et son propre point de vue sur le droit et la science juridique et qui a donné des solutions originales des questionsclés (par exemple: en droit pénal, la théorie de tripartition etc.). Grâce à tout ça, Živanović a réussi à construire le système émerveille et complet qui réalise l'unité du synthétisme de sujet (c'est à dire celui qui se rapport au sujet d'examin), du synthétisme de méthode (c'est à dire celui qui s'exprime en méthodes d'examin utilisées), du synthétisme de contenu (c'est à dire celui qui s'affirme dans des résultats réalisés). Le système de Toma Živanović montre l'unité de problématique ontologique, gnoséologique et axiologique dans le domaine de pensée juridique. De là découlent des caractéristiques principaux du système de Toma Živanović (la construction extraordinaire, la complexité, la cohérence etc.) et l'originalité profonde qui n'a jamais passée en extrémisme.

Dans la troisième partie, «La vue critique des points de départs et des résultats du synthétisme de Toma Živanović» l'auteur fait remarquer des contradictions du jurisprudence traditionnelle qui ont provoqué des contradiction dans le synthétisme de Živanović. Ce synthétisme comprend des éléments du jurisprudences traditioneles positives, mais aussi ses contradictions et des nouveautés de pensée juridique moderne. Ce système est de deux espèces, il montre la tendance du synthétisme en science juridique nouvel et le revenu de Toma Živanović. Le résultat fondamental est la synthèse des connaissances, la construction du système qui convient

au état de la pensée, et non pas au état objectif du développement du système juridique moderne et d'Etat. Tout ça est en connexion avec la solution du problème élémentaire ontologique de droit, c'est à dire, l'englobement de droit positif, droit naturel et l'idée de droit. L'objection principale est le conflit évident entre les points de départ pour la construction du système de tripartition en droit penal et pour la construction du système de philosophie juridique et synthétique. Les principes de construction de ces deux systèmes ne sont pas les mêmes ou bien, ils montrent des différences importants. L'objection ets aussi et l'omission de tous les connaissances sur l'Etat dans ce synthétisme. Les objections sont possibles de chaque théories analytiques et marxistes.

Dans la »Conclusion«, l'auteur accentue l'importance scientifique vaste et la valuer des recherches de Živanović et spécialement pour les autres et différentes syntèses. Ce savant appartient au commet du science mondial et il a des mérites innappréciables pour le développement de notre science juridique.

Була Ерши (Gyula Eörsi),
професор Правног факултета у Будимпешти

О РЕЦЕПЦИЈИ ПРАВА (*)

I

Рецепција је општа појава у култури, и настаје као последица узамјамних утицаја културних сфера у рату и у миру. Једно одређено друштво најпре позајмљује а затим и асимилује туђе културне моделе. На тај начин они културни модели који важе као развијенији постају феномен тзв. акултурације. До тога може доћи спонтано, на пример када се од непријатеља заплене усавршенија оружја или предмети домаћинства или када се у наше време (да употребимо савременији израз), прибавља know-how. Рецепција може уследити и као резултат смишљене активности када специфичне потребе убрзавају рецепцију.

Ови процеси су психолошки могући у простору и у времену зато, што су као што је рекао Levy-Strauss, облици људског менталитета, у суштини исти било да је реч о ранијем или модерном, примитивном или цивилизованом менталитету. Могло би се додати још и то да на рецепцију често утичу и неодољиви инстинкт имитације а понекад и то можда још и више, жеља за освајањем.

II

1. Рецепција. Појам рецепције је тешко одредити јер је граница између свесне и спонтане рецепције недовољно јасна као што је то случај и са разграничењем између рецепције и унификације права или између прихватања појединачног страног правила и рецепције итд. Отуда се мој задатак не састоји у томе да дефинишем рецепције. Ипак, чини ми се да су покушаји да се из овира рецепције искључе појаве када се туђе право силом намеће или када се уводи добром вољом владара, сувише уски. Унутар рецепције као ширег појма се оно, намеће права свакако треба посматрати засебно, али се оно, појмовно, не може супротстављати рецепцији. Под рецепцијом треба подразумевати

(*) Ово је текст предавања које је професор Була Ерши (Gyula Eörsi) ректор Универзитета „Етвеш Лоранд“ у Будимпешти, одржао на Правном факултету у Београду у уторак 24. априла 1984. године.

и оне случајеве када влада једне земље налаже страним правницима да припреме нацрте појединих закона; овакви нацрти увек укључују у мањој или већој мери право земље из које страни стручњак долази чак и у случају када држава прималац права прихвата, „оригиналан” нацрт, урађен у складу са њеним захтевима.

Такође сматрам да појмом рецепције треба обухватити и мање или више спонтано инфилтрирање права у другу земљу у току правног развоја из чега се може закључити да је моје поимање рецепције, као полуге правног развоја, веома широко и функционално. У сваком случају да би се могло говорити о рецепцији потребно је да се појава продирања једног права у друго право одвија у једној релативно широкој области а не да је реч о усамљеном и случајном примеру. Исто тако сам склон да као један од савремених облика рецепције посматрам и унификацију права, када се она примењује не само у међународним односима него постаје и норма у унутрашњим правним односима земље која је озаконила унификовано право. У овом случају држава, доносећи закон прихвата туђу творевину без обзира што ту није реч о праву неке одређене земље него о вештачкој правној творевини која је унета у међународну конвенцију.

2. Разлози. На питање када и у којим ситуацијама долази до рецепције, тешко је дати тачан и уопштен одговор. Инак битни елементи овог појма могу се утврдити ако се пређе од становишта да се разлози који доводе до рецепције најчешће јављају не усамљено него делују као скуп, те тако рецепција настаје као последица дејства више разлога истовремено.

а) Основни разлог за преузимање туђег права најчешће је то што је постојећи правни систем исцрпео све могућности прилагођавања променама у друштвеним односима. Ова појава се најчешће запажа онда када долази до смењивања епоха и када важеће право није више способно да одговори новим захтевима. Сүтон обичајног племенског права почео је у оном тренутку када је уместо разноврсних облика заједничке обраде земљишта све више почела да прдире до тада непозната институција права својине на земљишту. Потреба за рецепцијом настаје у оном тренутку када се, да употребимо један савременији израз, појављују огромне пукотине у праву. Тако се европска рецепција Римског права, на пример, може објаснити бар једним делом, тиме што је способност прилагођавања ондашњих обичајних права била исцрпена.

б) Друга, околност која значајно утиче на рецепцију права јесте политичко или економско освајање туђег територија што омогућава продирање правних система у друге, независне земље или у бивше колоније. Као илустрација могу послужити примери када су моћне компаније уводиле право својих земаља у друге земље понашајући се као да имају суверену власт. Нарочито су карактеристични случајеви Британско-источноиндијске компаније која је увела Common Law на Индијски потконтинент и Холандске уједињене источноиндијске компаније која је увела Римско-Холандско право (Roman-Dutch Law) и примењивала га на острву Јави (Батавија) и доцније, после заузимања рта Добре Наде (1652) у Јужној Африци.

Ова потоња компанија понашала се тако као да је њена власт у колонијама изнад самих холандских закона. Наиме, у колонијама су се

могли примењивати само они холандски закони чију је примену одобрила Холандска уједињена источноиндијска компанија.

в) До рецепције понекад може доћи и под утицајем правника у земљи која се одлучила да прихвати страно право, као и под утицајем метода правничког образовања. Вероватно је претерано тврђење (али управо то показује да у њему има и нешто истине) да до рецепције Римског права у Енглеској није дошло зато што је то својим постојањем спречавала снажна и чврсто организована правничка професија (The Inns of Court) а да је, насупрот томе, у Немачкој извршена тако широка рецепција Римског права зато што је право изучавано на универзитетима (а тамо је преовлађивало Римско и Пандектно право).

У сваком случају овакав или онакав облик правничког образовања може имати значајну улогу у избору оног права које ће бити реципирано. Група турских правника која је студирала у Лозани итекако је утицала на то да Турска изабере Швајцарско Грађанско право. Исто тако повезаност румунских правника са француским правницима утицала је својевремено на избор Француског права (приликом кодификације из 1864. године).

г) Поједине околности техничке природе могу такође играти одређену улогу и избору права за рецепцију. Покушај Сједињених Америчких Држава да реципирају Француско право (до кога је дошло услед снажног Антиенглеског осећања, које је преовлађивало у САД после стварања државе), није успео између осталог и због тога што су постојале тешкоће око превођења. На другој страни, опште је познато да земље у развоју наилазе на бројне тешкоће када треба увести правила о стварним правима на непокретним стварима или брачно право из простог разлога што недостају адекватни јавни регистри или што влада неписменост.

3. Рецепција и прилагођавање. Очигледно је да рецепција ни изда лека не представља хомогену појаву, и отуда можемо говорити о бројним облицима рецепције међу којима помињемо особито ове: наметнута и вољна рецепција са низом суптилних прелазних облика; законодавна и судска (или научнопредложена), као и мешовита рецепција (ових двају облика); свесна и спонтана рецепција и међуоблици, итд.

Са становишта правног развојка, међутим, од битне је важности разликовати органску и неорганску рецепцију. Ова подела је повезана са осталима: неорганска рецепција не може никако бити спонтана, а ретко кад може да буде судска. За њено увођење потребан је законодавни акт. Органска рецепција је у највећем броју случајева вољна, неорганска у највећем броју случајева принудна, али то не мора бити. Белгијска рецепција Француског Грађанског законика је била принудна али ипак има обележја органске рецепције. Рецепција Грађанског законика чији је нацрт за Етиопију док је још била царевина, израдио професор Рене Давид, имала је вољни карактер али је ипак била неорганска.

Органска рецепција је рецепција која омогућава прилагођавање. Путем рецепције друштво одговара на захтеве који се постављају у промењеним околностима, и то или вољним путем или под принудом. У друштву се омогућава прилагођавање новим условима не тиме што би

се даље развијало сопствено право, него тиме што се инкорпорише страном праву. Реципирано право постаје сопствено право, мењајући оно које је дотле постојало и преображавајући се тако и само. Отуда, рецепција постиже прилагођавање права, прилагођавајући се и сама постојећим околностима. У томе су могућа два облика ове појаве. Први облик постоји када се прилагођавајућа рецепција укључује у један „оригиналан“ правни систем, који упркос рецепцији успева да сачува сопствена обележја. Најбољи примери за ово су стварање Немачког или Француског права чији је развој у знатној мери био потпомогнут утицајем Римског права, или рецепција међународног трговачког права у Мајтландово време. У другом случају, земља о којој је реч, задовољава своје сопствене захтеве за развојем путем рецепције (или наметања) и мада се овако увезено право и само мења у новој средини, оно ипак утискује своја обележја реципираном праву. Као пример за ово може се навести примена Француског Грађанског законика у Белгији. Разлика између наведена два начина је у ствари квантитативна, јер се не може говорити о рецепцији ако она не утиче на мање или веће промене у реципираном праву. Исто тако не постоји нека оштрија подела која би раздвајала појаву неизбежног прилагођавања реципираног права у земљи која такво право прима на једној страни и појаве модификација које имају такав домаћај да уствари означавају нову садржину оригиналног права државе примаоца на другој страни. Овакве модификације могу бити садржане у новим решењима и огледати се у појави изолованих случајева али могу бити карактеристичне и за цео систем. У овом потоњем случају органска рецепције се претвара у „оригиналан“ правни систем. То се може догодити под утицајем разних катализатора, као што је настанак новог друштвеног система (Француско или Немачко право) или као што је религија која настоји да обухвати све области живота (Исламско право).

Свакако, одговор на неорганску рецепцију може се састојати у против-прилагођавању од стране примаоца, чак и у случајевима када би овакав процес водио ка развијенијем друштвеном систему, (ако то представља „прилагођавање“ за онај друштвени слој у земљи примаоцу који је из политичких или економских разлога заинтересован за повећање снаге страних правила). Тада реципирано право представља страном тело у друштву и често изазива реакције које су сличне биолошким реакцијама у случајевима имунитета тако да на крају бива одбачено из друштва (као што је био случај са Грађанским закоником који је René David био написао за царску Етиопију). У неким другим случајевима домаћај реципираног права је ограничен на узак друштвени слој (колонијално право у ранијим афричким колонијама) или се оно и само претвара у арсенал, разливен изван сопствених корена, и почиње да служи потпуно другачијим циљевима него у земљама из којих је потекло (Латинска Америка). У овом потоњем случају, могло би се такође говорити о прилагођавању али у потпуно другачијем значењу, него када је реч о органској рецепцији. У случају органске рецепције реципирано право ступа на место страног права чија је способност прилагођавања исцрпена и уноси свежу крв у правни организам, док у случају неорганске рецепције долази до дегенерације реципираног права које се и само уклапа у услове стагнације.

4. Селективна рецепција. Како рецепција значи пресађивање једне врсте права на друго право, она представља и један вид законодавства који поседује одређена особена обележја. У овом случају, проблем прилагођавања остаје, и даље, што се иначе не јавља у ситуацији када је реч о мање или више оригиналној кодификацији.

Наиме, туђе, наметнуто право не може бити у свему усклађено са потребама друштва које га прихвата (или са владајућом класом у том друштву). Из тога разлога долази до тзв. селективности у рецепцији. Отуда, уместо да прихвати целину законодавац почиње да „одабира“ делове који му одговарају избацујући из рецепције све оно што, у ситуацији када би био у ситуацији да ствара „оригинално“ право, не би прихватио као правило, када је реч о примени права колонизатора у колонијама законодавац не уводи једно од основних начела у правима западних земаља, начело формалне једнакости у односима између колонизатора и становништва у колонијама). Овај поступак се остварује на два начина: на једној страни законодавац избацује поједина правила из реципираног права, (или их прихвата из одређене измене) или на другој страни дозвољава понашање које одступа од реципираног права или од појединих његових одредаба.

Овај други метод употребљавале су британске колонијалне власти, тако што су енглеско право уводиле у оној мери у којој је то било омогућено стањем у појединим колонијама, или уз одређене измене које су такође биле диктиране овим околностима. То је пружало могућност судијама и чиновницима да енглеско право примењују селективно, што је заједно са овлашћењем да се одступи од обичајног права, представљало основу за пуну аутократску владавину, и у знатној мери умањило заштиту коју је иначе пружало енглеско право. Селективност је била изражена на необичан начин у Индонезији у којој су се примењивали само они холандски закони које је увела приватна компанија.

5. Период после рецепције А. В. Schwarz упоређује рецепцију са пресађивањем дрвећа: ако не постоје повољни климатски и биолошки услови неминовно долази до атрофије. Професор Carbonnier сматра да се под утицајем рецепције садржина правних начела и институција увек преображава. Отуда се може рећи да рецепција производи три врсте последица: а) реципирано право пушта корене и земљи примаоцу (Француски Грађански закон у Белгији) б) реципирано право се преображава у новим околностима (Латинска Америка), и в) друштво одбацује реципирано право, исто се испољава као једна врста имунобиолошке реакције (царска Етиопија).

Разумљиво је да реципирано право одступа од права из којег је преузето (права-мајке), као што се то догађа и са једнообразним правом када ратификацијом буде претворено у национално право. После рецепције, реципирано право почиње да живи својим сопственим животом. Најважнији разлог је у томе што право није само штампана реч, него друштвени производ и фактор који остварује своје функције у друштву организованом као држава и то у мноштву особених узајамних дејстава. Оно се не може изоловати од бројних друштвено-економских

односа, од владајуће идеологије у земљи која прима страно право, као ни од осталих делова правног система. Рецепција се догађа у једном датом периоду и то је истовремено и период разилажења двају права: од тога тренутка измене у праву земље одакле је право примљено (право-мајке) не утиче на право земље у којој је рецепција извршена и обрнуто. Судска пракса у овим двома земљама не мора се неизбежно сусретати са истим проблемима, нити ће их неизоставно решавати на исти начин, јер сада већ свако од ових права остварује активну функцију прилагођавања у сопственој земљи. То је случај са познатом белгијском применом Француског Грађанског законика.

Процес одступања и стицања националног идентитета у овој области може бити дужи или краћи. Са чисто правног становишта, рецепција се може догодити тренутно, али може представљати и друштвени процес који се одвија упоредо са одступањем и друштвеним развојем. Да би реципирано право почело да важи у друштву у које је пресађено, потребно је једно одређено време и као што каже Карбоније, потребна је правна акултурација.

6. У току процеса може се догодити да реципирано право претрпи мање или веће измене, или чак да изгуби своје особености.

а) Врста рецепције зависи од правне области о којој је реч. У том погледу могли бисмо разликовати три групе: најпре у високоспецијализованим и техничким областима које имају велики међународни значај (на пример, правни промет, меница, чек) знатно је мања потреба да се реципирано право прилагођава праву одређене земље — прихватиоца и у овим областима се ретко дешавају случајеви „имунобиолошке реакције“, друго у областима „које се налазе у близини аутопута“, најчешће у области уговорног права, изгледа да рецепција успе су релативно добри, мада не треба да представља изненађење ако се појаве остаци старог права, и најзад у областима „које су удаљене од аутопута“ као што су на пример: породично право, наследно право, правни режим непокретних ствари итд. изгледа за неорганску рецепцију су неповољни и „имунобиолошке реакције“ се могу врло лако појавити.

б) Судбина реципираног права зависи такође од његове сопствене прилагодљивости, то јест, од тога у којој мери је право круто, и специфично, и колико је његов систем затворен. Ако је право гипко и прилагодљиво као што је случај са Common Law-ом или Швајцарским правом, оно ће се моћи много брже и лакше прилагођавати околностима у другој земљи, омогућаваће доцније измене и „одступања“. Рецепција оваквог права неће бити ни вештачка ни формална.

в) Судбина реципираног права зависи и од тога да ли је рецепција органска, као и од дубине и обухватности разлика које раздвајају друштвени, економски, културни и институционални развој земље „даваоца“ и земље која реципира страно право. Уколико су разлике веће, утолико је судбина реципираног права неизвеснија, над њим се надвија питање да ли ће право уопште бити прихваћено, да ли ће остати изоловано и да ли ће његове институције имати исту или другачију улогу од оне коју су имале у земљи даваоцу.

7. Одавде је само један корак до једне ородне појаве: миграције правних система. Konrad Zweigert ју је назвао „временски променљива релативност“. После Другог Светског рата јапанско право, које је до тада било инспирирано немачким правом, као и римско-холандско право које је важило у Шри Ланки и у Јужноафричкој Републици америка низовали су се и без отворене рецепције. Али то би већ могла бити тема за неко друго предавање.

(Превео са енглеског М. Орлић)

SUMMARY

On the Reception of Law

Reception in a general phenomenon of culture, a consequence of the intercourse between cultural spheres in peace and war. A given community borrows and then assimilates alien cultural patterns. Cultural patterns recognised as more developed are phenomena of the co-called *acculturation*. Law as a cultural phenomenon could be studied as a subject of reception, too. There are various reasons for it. The basic reason for reception may be the *exhaustion of the adaptational energies of the existing law*. This happens mostly in a period of an era-change when the law in force is no longer suited to live up to the new expectations. Another one is the political and economic conquest, an overt forcing of an alien law on another country or on a former colony. Reception might also be influenced by the jurists of the recipient country, and by their training methods, as well as by some technical factors (language, adequate registers etc.). Reception is by far not a homogeneous phenomenon, and we can consider many forms of reception among which: imposed and voluntary reception and subtle intermediate positions; legislative and judicial (science-promoted) reception, and the mixture of the two; conscious and spontaneous reception and their mixtures, and last not least organic and non organic one. Finally it should be said that reception may have three kinds of consequences: (a) the received law takes roots, (b) the received law gets transformed in the new environment, and (c) the received law is rejected by the society.

RESUMÉ

DE LA RECEPTION DU DROIT

La réception est un phénomène culturel de premier ordre. C'est une conséquence de l'interaction entre deux sphères culturelles aussi bien en temps paix qu'en temps de guerre. Une société emprunte et assimile ensuite les modèles culturels étrangers. Ainsi les modèles les plus raffinés deviennent le fait d'une acculturation (selon les dires de Carbonnier). Le droit en temps

que phénomène culturel peut être aussi l'objet de la réception. Il y a plusieurs raisons à cela. La raison fondamentale consiste dans le fait que l'énergie d'adaptation d'un système juridique est épuisée. C'est surtout vrai lorsque l'on passe d'une époque à une autre, lorsque le droit positif n'est plus en mesure de répondre aux nouvelles exigences. Une autre cause se retrouve dans la conquête politique ou économique d'un territoire étranger. La réception peut être l'ouvrage des juristes formés dans un système juridique étranger et ainsi de suite.

La réception ne se manifeste pas du tout d'une façon homogène et c'est pourquoi on pourrait en distinguer plusieurs espèces: réception imposée et volontaire, consciente ou spontanée, organique et non organique. Finalement, on peut dire qu'elle peut produire trois effets différents: a) le droit transplanté prend ses racines dans la société b) il se transforme dans le nouveau milieu et c) il est rejeté par la société.

Жан Тилар (*Jean Tulard*),
професор Универзитета Париз I

ОДНОСИ ИЗМЕЂУ ВЛАДЕ И АДМИНИСТРАЦИЈЕ У ФРАНЦУСКОЈ (ИСТОРИЈСКИ ОСВРТ) (*)

Промене у односима између владе и администрације у Француској су бројне. Могу се разликовати следећи периоди: период до 1789. године, када је администрација била власник службених положаја, период Револуције и изабране администрације, период Царства када администрацијом управља диктаторска власт и период парламентарног режима и њему подчињене администрације.

I ПРОДАЈА СЛУЖБЕНИХ ПОЛОЖАЈА

Из финансијских разлога, од XVI века, краљ продаје места у јавним службама. Продаја узима маха јер буржоазија брзо увиђа да су то сигурни положаји. Краљ установљава све више места, како би увећао своје приходе.

Шта се подразумева под службом (*office*)? Служба је функција коју делегира суверен уз награду, а која доноси сталну плату. Монарх је до 1520. године располагао службама и могао их је по својој вољи укидати. Од 1520. године, сталност службеника, сем у случају злоупотребе дужности, осигурава стабилност служби. Чак и поред забрана, службе су се продавале одређеним појединцима од чега је суверен имао материјалне користи.

Временом, службе су се наслеђивале, уз одређену таксту. По Полеу (*Paulet*), едикт из 1604. године предвиђа да сваки службеник мора давати краљу 1/60 део прихода сваке године. За узврат, тај службеник плаћа на име таксе само 12,5% (уместо 25%) при продаји свог положаја и стиче право да остави своју службу наследницима. Уколико не плати таксту, положај по његовој смрти прелази у власништво краља.

Овакав систем наслеђивања има извесне предности. Он обезбеђује независност високих службеника од краљеве власти (администрација и влада су одвојене), али истовремено они су монархове верне слуге, пошто положај служби и ауторитет службеника зависе од моћи суверена.

Овај систем, међутим има и мана. Како избор службеника може бити квалитетан када се заснива само на продаји и наслеђивању? У

(*) Реферат на II француско-југословенском научном скупу *Влада и управа у Француској и Југославији*, у организацији Француског института за управне науке, Париз и Правног факултета Универзитета у Београду (Париз, јуни 1983).

исто време, избор мора доносити и приход, па долази до злоупотреба — као што је познати систем награђивања судија. Систем власништва и наслеђивања је довео до стварања административне власти способне да се супротстави влади. За време Фронде, у XVII веку, судови су устали против краља, а у XVIII веку, ти судови су били подстрекачи немира.

Поред тога, краљева власт тежи да прерасте у апсолутистичку. Свестан опасности коју представља продаја служби за његов ауторитет, краљ се ослања на комесаре, које он именује и смењује и који имају посебна овлашћења добијена од Велике канцеларије Француске (La Grande Chancellerie de France). Овлашћења се добијају за одређени посао или на одређени рок, и његовим извршењем, односно протеком тога рока престају. Тако је моћ коју је добијао носилац овлашћења била ограничена у простору и времену. У случају смрти суверена, сва овлашћења су престајала. Оваква ситуација је онемогућавала комесаре да образују посебну и паралелну власт, па је краљ тежио повећању броја комесара. Комесари су најчешће били управници, претеча префеката.

Постојале су, дакле две управе: једна потчињена директно влади, друга потпуно ван домашаја владе и њој супротстављена.

II ИЗБОРНИ ПРИНЦИП

Уставотворна Скупштина је у ноћи 4. августа 1789. године укинула продају служби. Заменила ју је изборним принципом. У члану 2. другог одељка IV главе Устава од 1791. године прецизира се: „службенике администрације бира народ на одређено време, за вршење административних функција под ауторитетом и надзором краља”. Активно изборно право имали су само активни грађани који плаћају порез. Бирали су се само високи службеници администрације, а не и нижи. Од тог доба прави се термилошка разлика између функционера који обавља изборну функцију, плаћену или неплаћену и службеника који ради за владу и кога влада поставља и плаћа.

Недостаци овог принципа су очигледни. Овај систем осигурава изабраном службенику велику независност у односу на владу, али велику зависност од бирача. Положај судије или порезника тако постаје деликатан.

Влада ипак задржава извесну контролу, посебно контролу над окружном управом. Државни тужилац представља краља пред Генералним саветом и Директоријумом. Према Уставу од 1791. године, међутим, тужиоца не бира краљ, већ исти бирачи који учествују у избору чланова Савета. Тужилац има дужност да захтева примену закона и у директном је контакту са министрима, али зависи од гласова из округа који га бира. Побуна федералиста, после пада Жиронде, показала је опасност од превелике одвојености администрације од владе. Одбор за изразу Јавног статута заменио је тужиоца Државним службеницима који се именују под надзором одбора, што је преузео и Устав од 1795. године. Чланови окружне управе и даље се бирају, међутим, Директоријум је поред њих задржао и представнике државног тужилаштва. Представници тужилаштва су се погрешно називали комесари Директо-

ријума. Криза друге године указала је на све проблеме које влади ствара независна администрација, која је и репрезентативнија од владе будући да је народ бира.

И у систему продаје служби и у изборном систему администрација је сувише независна у односу на владу, с обзиром да влада није појачавала свој ауторитет.

III АУТОРИТАРНИ РЕЖИМ — СПАЈАЊЕ ВЛАДЕ И АДМИНИСТРАЦИЈЕ

Конзулат је увео принцип да влада именује функционере. Порекло ове идеје је у Старом режиму и везује се за постојање комесара који су се супротстављали власницима службеничких положаја. Револуција је супротставила изабране функционере именованим службеницима. На жалост, надјачали су изабрани службеници.

Сматра се да је јавна функција у Француској рођена под Наполеоном. Успостављена је хијерархија функционера по функцији и по положају. У озбир се узима старешинство, заслуге и квалитет рада. Напредовање у служби одобрава влада. Функционери зависе од владе.

Уместо раније анархије, Наполеон уводи строгу дисциплину, присуство на радном месту, поштовање надређених, обавезу чувања тајности службених података. Значајна је нота министра унутрашњих послова из 1806. године: „Из канцеларије се без специјалног одобрења не сме послати ниједна белешка која се тиче посла. Службеник може само са одобрењем министра радити посао у коме ће имати увид у министарску преписку.” Тако се потврђује превласт владе над администрацијом.

Влада утврђује поредак. То је време када се уз сарадњу Државног савета ствара административно право. Административно право је 1819. године установљено као предмет на Правном факултету у Паризу. Бонен (*Bonin*) објављује први пут 1812. године принципе јавне администрације: „Управљати је до сада значило реаговати из дана у дан, следити илузије, моментални импулс или жељу, вршити моћ некажњиво, узнемиравати грабанае и њихова добра, једном речи, вршити самовољу”. Арбитрности нема у случају ако је влада та која даје иницијативу.

Влада прописује правила рада (циркуларима), подстиче напредак, утврђује поступак, доноси одлуке, не дајући никада слободу администрацији. Прво Царство је било прави ауторитарни режим. Према речима Балзак (*Balzac*), администрација је требало да сачува успомену на златан период и поред контроле која је над њом тада вршена (од стране, на пример, Главне контроле, Генералних инспектора, Инспектора Трезора итд.).

Говори се о Наполеоновој администрацији, у којој је дошло до сједињења администрације и владе у оквиру административних Савета. Администрација је била на услузи цару.

IV ПАРЛАМЕНТАРНИ РЕЖИМ: АДМИНИСТРАЦИЈА И ПАРЛАМЕНТ

Балзак је изврсно објаснио промену у односима администрације и владе после 1815. године: „Под Монархијом армија бирократије није постојала. Малобројни службеници су били подређени Председнику вла-

де, а он је увек био у вези са сувереном. Тако су службеници скоро директно служили краљу. Шефове ових марљивих слуга именовали су из редова првих чиновника. У деловима администрације којима краљ није директно управљао, службеници су били у истом положају према својим надређеним, као помоћници према послодавцу у трговини. Службеници су своје знање усмеравали ка стварању богатства. Тако се и најмањи део административног круга везивао за центар и захваљујући њему живео. Владала је оданост и вера.

Од 1789. године, Држава, домовина је заузела положај владара. И поред идеја о домовини, нижи службеници нису постали први прави политички чиновници, већ службеници владе. Виши службеници су се равнали према министру, а за кога се никад није знало докле ће остати на положају."

Парламентарни режим у Француској нарочито се развија од 1815. године. Бартелеми (*Joseph Barthélémy*) објашњава дубоку промену: „Пре 1814. године, вршиоци јавних послова у првом реду су водили рачуна о томе шта цар ради, шта цар говори, мисли. У супротном, после 1814. године, водило се рачуна пре свега о министарствима, њиховим намерама, о могућности да задрже положај."

Парламентарни режим се мењао — са прекидом за време ауторитарног режима Другог Царства — али није престајао да јача у Француској.

У односима администрације и владе дошло је до битних промена.

1) *Затегнутост односа министра и администрације*

Министар је странац у администрацији, јер га је изабрао Парламент. Службе га тешко прихватају и сматрају га неспособним, slabим, без одговарајућег образовања. Мисли се да је министар добио своје место захваљујући сплеткама у Парламенту, који је често порумплиран. Парламентарни режим је довео до нестабилности и променљивости министра, а до стабилности администрације. Администрација је свесна своје снаге (довољно је сачекати пад министра да се иека мера не спроведе). Од тог времена почиње побуна администрације.

2) *Стварање министарског кабинета*

Министарски кабинет је створен за време Парламентарног режима. Кабинет има двоструку улогу. Прво, Кабинет омогућава везу са Парламентом и све важнијом штампом. Друго, помаже министру у одржавању контакта са службама (стручни саветници дају министру податке из области које сам не познаје, Кабинет одабира и припрема послове. .). Кабинет је исто тако и заклон службама од притиска посланика. Улога Кабинета постаје све значајнија и његова олитичка функција често презилази стручну. Кабинет је требало да обједини одређене послове и да обезбеди континуитет утицаја Парламента.

Управа је лоше примила успостављање Кабинета. Млади људи који раде у Кабинетима су амбициозни и желе најбоља места у администрацији. Министар при одласку са свог положаја обезбеђује места сво-

јим људима. Државни саветник или окружни префект ће лакше доћи до положаја директора, ако у међувремену ради у Министарском кабинету. У томе се сви слажу. Један посланик је 1907. године изјавио: „Предност државног саветника је што не мора да учествује на конкурс. Он може са 27—28 година директно да поднесе молбу Савету. Међутим, они који уложе стварни напор да положи тешке испите на конкурс, могу конкурисати тек са 35 или 40 година, са изузетком оних који су искористили погодност положаја у Министарском кабинету...”

3) Политизација администрације

У парламентарном режиму долази до јаке политизације администрације. Ова појава се објашњава као последица притиска Парламента и мешања у рад давањем препорука. Интервенције Парламента ометају нормално напредовање у каријери, а исто тако и успоравају или парализују делатност администрације. За време Јулске Монархије чак је било случајева да један човек врши истовремено функцију у администрацији и у Парламенту. Било је 34 директора, у односу на 11 посланика и 2 пера Француске. Сједињавање административне и парламентарне функције је ометало представнички режим. Ово сједињење је пружало могућности за разноврсне облике принуде, неспојиве са добрим функционисањем система.

Са победом Републиканаца, 1880. године, кандидат који жели да успе на конкурс, морао је да поднесе доказе о свом републиканству. Клодел (*Paul Claudel*) је на конкурс за место у Спољним пословима морао поднети потврду свог професора филозофије, Бирдоа (*Burdeau*) и сведочење Ферија (*Jules Ferry*) о његовој оданости републиканству.

Приликом промене владе или режима, осећају се последице политизације администрације, јер се врше персоналне промене у администрацији (*l'épuration*).

Персоналне промене постале су суштински елемент у односима владе и администрације у 1815, 1830, 1848, 1851, 1871, 1878, 1940 и 1944. години.

Влада очекује да има политички стабилну администрацију. Професор Рајт (*Wright*) подвлачи: „Влада неће да јој неко моћно административно тело спутава рад, као што је то чинио у току седамдесетих година Државни Савет у процесу доношења закона. То је негативна страна ове појаве, али постоји и позитивна. Сваки режим обраћа посебну пажњу на политичку ефикасност администрације. Да би режим могао да изгради солидан политички ослонац, администрација мора да га подржава. Администрација је углавном имала прикривену политичку снагу, мада је у њој била дубоко усађена политичка свест епохе.”

Дакле, постоји смењивање — казна: када се уклањају службеници претходне владе; и постављање — награда: постављање верних службеника који су се борили за нову владу.

У ствари, персоналне промене никад нису потпуне, њих ограничава комплексни карактер мотива због којих се и врше, као што пише професор Рајт: „Нови режим мора удовољити многим захтевима, он мора наградити верне службенике, гарантовати стабилност и контину-

итет који неће довести до распада административног апарата, улити поверење колебљивим, удружити оне који оклевају, отпустити неподобне, окупити способне људе и избегавати да се замери моћним непријатељима. Под тим условима, смењивање не може бити извршено у потпуности и то што није потпуно може имати значајне последице, као и само смењивање." Персоналне промене у администрацији су манифестација промене у влади, инструмент политичке револуције.

4) Доношење прописа

Влада може да врши персоналне промене у администрацији, јер нема прописа који то регулишу.

За време Старог Режима није постојала јавна функција, па ни одговарајући прописи. Слично је било и за време Револуције. Наполен је избегавао да постави проблем: како ауторитаран режим може сачувати независност своје администрације? Сматрало се да је идеја о доношењу прописа о јавним функцијама превратничка и да би ометала установљени поредак.

Једини напор у правцу стварања прописа учинила је Комисија за ревизију јавних служби у периоду 1871—1873. Она је у општим цртама пришла проблему именована и напредовања службеника.

По завршетку афере листића (велики политички скандал Треће Републике) изгласан је закон који регулише циркулисање нота пре него што их одобри функционер. Према Тиљијеу (*Gué Thoullier*)—у то је једини усвојени текст који се односи на све функционере за време Треће Републике.

С тим у вези је и ситуација у 1900. години коју Тиљије описује као владавину протекционизма, неиспуњавања или измена гаранција (напредовање у служби зависи од дискреционог овлашћења министра, једино обичај штити службенике од арбитрности), ниског нивоа конкурса...

Постојао је пројект закона од 1908. године који је дефинисао положај јавне функције и био је права повеља о односима владе и администрације. Односио се на све функционере (а не само на функционере централне администрације), регулисао је услове избора, напредовања у служби и дисциплину. Овај пројекат није усвојен. Требало је чекати 1941. и 1946. годину.

Слабост јавне функције у XIX веку је последица непостојања правила која регулишу однос владе и администрације. Развој се кретао од Старог Режима када је постојала њихова потпуна одвојеност и продаја служби, до парламентарног режима и мешања администрације у политику. Доношење прописа почетком XX века, требало је да успостави стабилне односе између администрације и владе.

(Превела Зорица Стевановић)

SUMMARY

THE RELATION BETWEEN GOVERNMENT AND ADMINISTRATION IN FRANCE — AN HISTORICAL REVIEW

In this review, the author discusses the relations between government and administration over an historical period, divided into four parts.

The first period ends in 1789; during this time the King sold positions of employment in public services. Services was actually a function delegated by the Monarch for a consideration, and yielded a steady salary. Positions in the services were even inherited. A system such as this finally led to the establishment of administration capable of contesting the power of the government. There was also the rank of commissar; these officers were appointed and dismissed from office by the King himself.

The second was the period of the Revolution and elected administration. Only active citizens who paid taxes had the right to vote; only the positions of the high-ranking officers of the administration were filled in this manner.

Third is the period of the Empire, in which the administration was ruled by the power of the Dictator. Public function (services) was created under Napoleon. A hierarchy of public officers was established, according to function and position. Administrative Law born during this period.

The fourth is the period of the Parliamentary regime and the administration was subjected to its rule. This period is characterised by instability and the frequent coming and going of the ministers elected by the Parliament, on the other hand, by the stability of the administration. The Cabinet of Ministers was set up for the first time, to enable relations with Parliament, the press, and various technical and professional services. There is a trend of strong influence of politics on the administration. A change of government or regime usually means a change of personnel in the administration as well. At the beginning of the twentieth century, the establishment of stable relations between the government and the administration was to be achieved through legislature.

RÉSUMÉ

LES RAPPORTS EN FRANCE ENTRE LE GOUVERNEMENT ET L'ADMINISTRATION EXPOSÉ HISTORIQUE

L'auteur de cet exposé étudie les rapports entre le gouvernement et l'administration durant l'histoire, en la divisant en quatre périodes. Dans la première période, jusqu'en 1789, le roi vendait les charges publiques. Un office était une fonction déléguée par le souverain qui remet au titulaire une lettre de provision et lui assure un traitement. On pouvait même hériter les offices. Ce système a favorisé la création d'un pouvoir administratif capable de se poser en rivale du gouvernement. Il existait aussi des commissaires, qui sont nommés et révoqués par le roi. Pendant la Révolution, c'est-à-dire durant la deuxième période, l'administration était élue. Election réservée au demeurant, comme la fonction, aux citoyens actifs, ceux qui paient des impôts. C'étaient les administrateurs au sens précis du terme qui sont élus, non les subalternes. La troisième période était celui de l'Empire et d'administration régie par un pouvoir dictatorial. La fonction publique naît en France avec Napoléon. Une hiérarchie de fonctionnaires est établie, avec lien entre la fonction et le traitement. C'était l'époque où s'élabore un droit administratif. La quatrième période était celui du régime parlementaire et d'administration soumise à lui. C'était la période de l'instabilité et de la variabilité des ministres issus du Parlement et de la stabilité administrative. On a créé le cabinet du ministre qui a assuré la liaison avec le Parlement, la presse et les services. Il s'ensuit une forte politisation de l'administration. Les épurations suivent les changements de gouvernement et de régime. Au début du XXe siècle c'est dans un statut que l'on entrevoit la solution permettant d'établir des rapports harmonieux entre administration et gouvernement.

др Боривоје Познић,
редовни професор Правног факултета у Београду у пензији

ОПШТИ УСЛОВИ УГОВОРА И НАДЛЕЖНОСТ АРБИТРАЖЕ

Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи не предвиђа изрично могућност закључења уговора о надлежности арбитраже (изабраног суда) прихватањем општих услова за закључење правног посла који садрже и одредбе о тој надлежности. Редактори Конвенције су вероватно сматрали да би било сувишно прописати изрично такву могућност, пошто она проистиче из одредаба о начину закључења поменутог уговора. Иако су такве одредбе ушле у Закон о парничном поступку из 1978 (у даљем тексту ЗПП), његови редактори су ипак сматрали за целисходно да поменућу могућност изрично унесу у Закон. Ваља приметити да је одредби о заснивању арбитражне надлежности прихватањем општих услова посвећен посебан члан после члана у коме се говори о писменој форми уговора о арбитражи. То може да упути на закључак да се правило о писменој форми не примењује на уговор закључен тиме што изјава којом је другој страни правни посао понуђен или изјава којом је таква понуда прихваћена садржи опште услове у које је унесена и арбитражна клаузула. Овај закључак, међутим, био би погрешан, јер је тешко видети разлог за изузетак по коме би надлежност арбитраже могла бити заснована и усменим прихватањем општих услова. — Тежњом да се искључи свака сумња објашњава се и одредба Правилника о Спољнотрговинској арбитражи из 1981 (у даљем тексту Правилник о СТА), којом се такође прописује да је арбитражни уговор пуноважно закључен и кад је одредба о надлежности Арбитраже садржана у општим условима ако су они саставни део правног посла.

Оно што нас на овом месту интересује, то је питање да ли је арбитражна надлежност заснована писменим изјавама којима је закључен правни посао, ако се једна од странака позива на опште услове у које је унесена компромисорна клаузула, а ти услови садржани су у посебном документу који није приложен у изјави која на њих упућује⁽¹⁾. Полази се од тога да је за поменућу клаузулу прописана писмена форма, као што је случај са југословенским правом. Кад на опште услове упућује странка која прихвата понуду за закључење правног посла, о ли-

(1) У англосаксонској терминологији *external arbitration clause* или *incorporation by reference*. Податак код Ј. Вилус, *Формуларн уговори — Енциклопедија имовинског права* итд., 1978, Том 1, стр. 374.

сменом прихватању општих услова, па самим тим и арбитражне клаузуле, може бити говора само ако је понудилац писмено потврдио да је са општим условима сагласан. Повод за горње питање дају нам одредбе чл. 142. Закона о облигационим односима (ЗОО) на које ћемо се осврнути у току даљег излагања.

Мишљења су подељена. Преовлађује оно по коме арбитражна надлежност не може бити пуноважно уговорена простим позивањем на опште услове у понуди за закључење материјалноправног уговора или у изјави којом се таква понуда прихвата. Суштина овог становишта стоји се у томе што је захтев писмене форме испуњен само ако су општи услови потписани или су садржани у телеграму или у телепринту. Овај захтев испуњен је и кад је документ у који су општи услови унесени прикључен изјави која се на њих позива или су одштампани на полећини те изјаве. Штавише, Vecchione за италијанско право иде у поштовању форме један корак даље: да би надлежност арбитраже била пуноважно уговорена, потребно је да пристанак на компромисорну клаузулу буде посебно писмено потврђен и кад је странци која пристанак даје познато да је клаузула садржана у општим условима. Тиме се у ствари примењује чл. 1341. Италијанског грађанског законика, по коме је таква потврда потребна зато што је клаузула унесена у опште услове једнострано, у корист странке која те услове поставља(2). Слично томе, Fasching за аустријско право каже да је непуноважан и потписани купопродајни уговор у коме се странке уопштено позивају на образац уговора у који је унесена клаузула о надлежности арбитраже(3). Schlosser посматра овај проблем првенствено са становишта арбитражног уговора са страним елементом, на чију пуноважност се по колизионој норми примењује право по коме је писмена форма услов те пуноважности. За овог аутора је извесно да саставни делови уговора за које је обавезна одређена форма не могу бити учињени обавезним, просто, упућивањем на текстове којима није удовољено таквој форми. Доследно томе, за настанак арбитражне надлежности није довољно упућивање на опште услове испоруке ако они нису прикачени или приложени писменој понуди за закључење правног посла или изјави којом се понуда прихвата или, можда, исправи која садржи цео правни посао. Поменути аутор подвлачи захтев крајњег поштовања форме. Он истиче да позивањем на опште услове не може бити закључен пуноважан споразум о арбитражи ни кад пословни партнер већ држи у свом поседу један примерак општих услова. По истом аутору, упућивање на одвојене опште услове не чини компромисорну клаузулу обавезном ни у случају у коме се главни извођач посла у својим уговорима са помоћним извођачима позива на услове који су садржани у његовом уговору са наручиоцем посла, а у које је унесена одредба о надлежности арбитраже. Спроводећи доследно полазну мисао, овај аутор се изјашњава изрично за не-

(2) Vecchione, *L'arbitrato nel sistema del processo civile* 1971, p. 298. За пуноважност арбитражне клаузуле која је унесена у опште услове уговора или у образац припремљен од стране једне странке, исто мишљење заступају Brasch и др. у приказу италијанског права у збирци *Arbitrage international commercial, rapporteur général Peter Sanders* (издање Union internationale des avocats), p. 330. Такође, и Л. Биамонти у *Enciclopedia del diritto* износи као устаљени став правосуђа да се компромисорна клаузула, укључена у штампани образац или у уговор у коме су наведени општи услови, сматра ништавом ако није посебно писмено потврђена од стране другог уговорача — E. d. d., II, Giuffrè 1958, p. 907.

(3) Fasching, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht*, 1973, p. 24.

пуноважност арбитражне клаузуле закључене тако што се странке у тексту новог правног посла позивају на један раније међу њима закључени и уредно потписани правни посао који садржи изричну одредбу о поверавању евентуалних спорова арбитражи(4). У судској пракси САД компромисорна клаузула која је одштампана у типском уговору сматра се редовно за пуноважну ако је на њено постојање скренута пажња другој уговорној страни или ако је овој познат трговински обичај који се тиче употребе такве клаузуле. Међутим, ипак се препоручује да се клаузула изрично унесе у сам правни посао или да у кореспонденцији буде поменуто(5). И излагања О. Каһн-а проистиче да у случају о коме дискутујемо надлежност арбитраже, по владајућем схватању у САД, не би била заснована. Међутим, исти писац указује на праксу да се арбитражна надлежност сматра, понекад, по правилима трговачког удружења одређене бранше, као прећутно уговорена за спорове између чланова удружења из послова који у ту браншу спадају(6). Ј. Вилус каже, не означајући земљу на коју се то односи, да судови нису увек признавали дејство клаузули садржаној у посебном документу. Али исти аутор, имајући у виду само материјалноправне одредбе општих услова, цитира чл. 142. (ст. 3.) ЗОО и указује на то да се у упоредном праву сматра да је дошло до прећутног преузимања општих услова уколико су уговорне стране у ранијим пословним односима већ користиле исти формуларни уговор или ако је коришћење таквог уговора до те мере уобичајено у промету одређене врсте робе или у закључивању одређене врсте послова да је друга страна морала с тим да рачуна(7). Супротно схватањима којима се изражава тежња за поштовањем писмене форме, Fouchard истиче да се пракса међународне трговачке арбитраже несумњиво изјаснила у корист прећутног прихватања општих услова који у уговору нису садржани, али на које се уговор позива(8). Waehler наводи праксу Спољнотрговинске арбитраже СССР-а, по којој је за надлежност те арбитраже довољно генерално упућивање на опште услове који су садржани у ранијем уговору истих странака, а у које је укључена арбитражна клаузула. Штавише, овај аутор сматра да је таква пракса честа у уговорима закљученим у оквиру трговинских односа између СССР и СР Немачке(9). — Уговори између југословенских организација и пословних партнера из Немачке ДР често садрже одредбу којом се упућује на споразум о општим условима испоруке робе из 1969, који се односи на правне послове закључене у трговинском промету између две земље, а који предвиђа надлежност арбитраже тужене стране(10). Поводом

(4) Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 1975. Банд, I, р. 340—346. Уколико се ради о немачком праву, приказано мишљење односи се на арбитражну надлежност за спор у коме једна или обе стране немају својство пуноправног трговца. Супротно томе, немачки Законик о грађанском поступку не прописује неку обавезну форму као претпоставку за пуноважност арбитражног уговора ако је овај за обе стране трговачки посао и ако обе имају поменуто својство (§ 1027. ЗПО/П).

(5) Тако М. Домке у приказу права САД у збирци наведеној у напомени под (2), стр. 200.

(6) О. Каһн, *Handelsschiedswesen in den USA*, 1958, р. 17—26.

(7) Ј. Вилус *op. cit.*, стр. 378. и 381.

(8) Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, 1965, р. 79. Ellilä наводи за финско право једну одлуку врховног суда те земље из 1953, по којој је за пуноважност компромисорне клаузуле довољно позивање у уговору на опште услове који ту клаузулу садрже. (Цитирано у збирци наведеној у напомени под (2), стр. 220).

(9) Waehler, *Die Aussenhandelsgerichtsbarkeit in der Sowjetunion*, објављено у књизи Pfaff, *Die Aussenschiedsgerichtsbarkeit der sozialistischen Länder usw.*, 1973, р. 457.

(10) Тако, на пример, у споровима: WАНВ Interpelz (Leipzig) в. Koteks Tobus (Љубљ.), Т. 167/73; Elektronik Export Import DDR (Berlin) в. Југоелма (Београд). Т. 17/84; WМW Export Import в. Првомајска (Загреб), Т 95/83.

тако уговорене надлежности до сада није било приговора ненадлежности, па се не може рећи да је заузет став на основу исцрпног претресања. Изгледа мало вероватно да би се Арбитража огласила ненадлежном поводом приговора да компромисорна клаузула не одговара правилима о писменој форми, која су за њу прописана у ЗПП-у и у Правилнику СТА.

Гледиште које смо горе означили као владајуће засновано је на схватању да је писмена форма за арбитражни споразум прописана *ad solemnitatem*, па да би такав уговор био пуноважан потребно је да његов предмет буде изрично наведен у изјави којом се закључује. Став да је ово схватање нетачно, могао би се назвати неоправдано искључивим. Сасвим је несумњиво да се тај став може бранити. Да је тако, види се из тога што га заступају бројни аутори. Ипак, није без вредности ни мишљење да писмена форма нема код арбитражног уговора тако далекосежан значај, да би просто упућивање на одвојене опште услове у које је унесена компромисорна клаузула повукло увек непуноважност тог уговора. Кад ово кажемо, имамо у виду консеквенцу тог схватања која нам се чини претерано строгом. Наиме, ако је писмена форма овде предвиђена *ad solemnitatem*, онда би као основан морао бити усвојен приговор туженог да је он, истина, потписао изјаву којом прихвата опште услове друге стране и да не оспорава да је њему садржина тих услова била у то време позната, другим речима, да је знао за одредбу о компромисорној клаузули, али да је арбитража упркос томе ненадлежна, јер јој се тужилац обраћа на основу уговора који је због недостатка форме непуноважан. Усвојити приговор ненадлежности у таквом случају значило би, супротно правном осећању, дати предност строгом формализму, који овде не изгледа оправдан. Јер, правило о писменој форми арбитражног уговора има за циљ да странку заштити од олаког прихватања арбитражног суђења. Према томе, и мишљење које је горе наведено као владајуће, обезбеђује странку која пристаје на опште услове, да не буде због своје необазривости лишена редовног правосуђа, у које она може имати више поверења него у арбитражно решавање спора. Ако се од овог објашњења писмене форме пође, онда није неоправдано поставити питање да ли се, као једино могућно, мора усвојити схватање по коме је та форма прописана као суштинска претпоставка за ваљаност арбитражног уговора. Друго схватање које долази у обзир је оно по коме писмена форма овде има значај само сигурног доказног средства. Француски грађански законик предвиђа за компромис писмену форму (чл. 1005), али преовлађује мишљење да је та форма прописана *ad probationem*(11). Ако ово схватање пружа туженој страни исту или при-

(11) Судови при томе сматрају да је, поред исправе која тај уговор садржи, као доказ допуштена још само заклетва (Mazeud, *Leçons de droit civil*, Tome 2., 1956, p. 62. и 71) До декрета из 1980. француска пракса и наука сматрале су да за компромисорну клаузулу важи слобода форме, као и за трговачке послове за које је уговорена. Декретом од 1980, којим је извршена значајна реформа француског арбитражног права, прописана је за компромисорну клаузулу писмена форма. О слободи форме види код Robert-a који, позивајући се на чл. 109. Трговачког законика, указује на могућност прећутног прихватања клаузуле или њеног доказивања исправама или претпоставкама, али ипак препоручује да она буде изрично унесена у текст правног посла — *Arbitrage civil et commercial*, 1967, p. 180. О писменој форми клаузуле види Vincent-Guinhard, *Procédure civile*, 1981, p. 1155. Ови аутори истичу да клаузула може бити унесена не само у главни уговор него и у неки документ на који се уговор позива, што је чест случај у пракси. — Ако се једном прихвати да је писмена форма законом предвиђена *ad probationem* за компромис, како би за компромисорну клаузулу могло бити друкчије?

ближно једнаку заштиту као и прво, онда оно заслужује предност, као схватање које боље одговара потребама трговинске арбитраже. Одредбе о обавезности општих услова, прописане у чл. 142. ЗОО пружају такву заштиту. Међутим, претходно треба одговорити на питање да ли се те одредбе, иако су се приликом њиховог уношења у Закон имали у виду материјалноправни уговори, могу применити и на уговор о надлежности арбитраже, тачније, на компромисорну клаузулу која има искључиво или бар претежно процесноправни карактер. (Дискусија о правној природи те клаузуле не спада у оквиру овог излагања, па се зато у ту дискусију не упуштамо.) Убедљивији нам се чини одговор да се поменуће одредбе ЗОО могу применити и у случају који је предмет овог излагања. Тешко је видети зашто би гаранције заштите за странку на коју су општи услови адресовани биле довољне ако се ради о клаузулама које имају материјалноправни карактер, а у погледу арбитражне клаузуле те гаранције не би могле да пруже одговарајућу заштиту. Они ставови општих услова у којима се, на пример, говори о квалитативном пријему робе, о њеном осигурању или о отпреми могу бити исто тако значајни као и став који предвиђа надлежност арбитраже за евентуалне спорове. Ако се, дакле, пође од тога да се одредбе поменутог закона, које се одnose на обавезност општих услова, примењују и на арбитражну клаузулу, онда је тужена страна која је прихватила опште услове заштићена правилом по коме су за њу ти услови обавезни у случају у коме су јој били познати или морали бити познати приликом закључења уговора. Овај захтев за пуноважност пружа могућност туженој страни, кад је опште услове поставио њен пословни партнер, да оспори надлежност арбитраже тврдњом да није знала нити је морала знати да је у те услове укључена и компромисорна клаузула (чл. 142. ст. 3. ЗОО). Поводом таквог приговора тужилац мора поднети доказе о супротном, јер он сноси терет доказивања за чињенице од којих зависи надлежност, ако ова буде оспорена. Тужиоцу овај терет неће бити лак, јер у начину доказивања лежи још једна гаранција да тужени неће морати да се подвргне суђењу од стране арбитраже ако у време закључења правног посла није испуњавао захтев који се тиче знања за одредбе општих услова. Та гаранција је прописана је у ЗПП одредбом по којој се уговор о изабраном суду може доказивати само исправама (чл. 473. ст. 3). Под уговором овде треба разумети прво чињенице од којих зависи његово постојање, као што је давање изјава којима је заснован или изјава којима је престао постојати (споразумни раскид). Друго, доказивање о коме говори поменућа одредба има смисао проверавања да ли постоје чињенице од којих зависи пуноважност арбитражног уговора⁽¹³⁾. Знање за постојање компромисорне клаузуле у општим условима је једна чињеница од које по

(12) Може изгледати необично да уговорна страна оспорава да јој је у време закључења уговора садржана неких уговорних одредаба није била позната, па изјављује да се зато не сматра везаном тим одредбама. Међутим, из цитиране одредбе ЗОО несумњиво проистиче да се тужени на наведени начин може да брани. Поводом такве одбране, Fouchard цитира део образложења запажене арбитражне одлуке коју је, како он каже, донео један „еминентни професор“: „... „Мора се сматрати да се потписник једног уговора који је у сваком случају трговачки и који садржи позивање на опште услове или на било који други документ, упознао са тим условима или са тим документом и да је прихватио њихову садржину својим потписом... пошто се непознавање једног тако елементарног правила тешко може допустити пословним људима који имају неско искуство” — *ibid.*

(13) Европска конвенција, Закон о парничном поступку и Правилник о СТА изрично помињу пуноважност поред постојања, што указује на схватање да се ради о различитим појмовима (чл. V ст. 1, чл. 485. тач. 1, одн. чл. 13. ст. 3).

Закону зависи дејство клаузуле. Исти значај имају и друге околности из којих се може извести закључак да је тужени за постојање ове клаузуле морао знати.

Тужилац, дакле, може приговор ненадлежности да обезвреди само исправама из којих се види да је тужени ипак знао или бар морао знати за постојање клаузуле. Исправе са таквом садржином он ће ретко кад имати у рукама, али та могућност није искључена. Закључак о томе да су туженом општи услови били познати моћи ће се, на пример, извести из дописа који му је тужени, у циљу мирног решења спора, упутио пре парнице, а у коме он први пут после закључења правног посла, помиње одредбу о арбитражи као саставни део општих услова. Могућно је и то да се тужилац у изјави којом упућује или прихвата понуду позива у погледу општих услова на раније закључени уговор коме су били приложени општи услови. Тужилац може поднети и одлуку арбитраже, донесену у ранијем спору из истоврсног уговора, из које се види да је туженом било познато да општи услови под којима тужилац закључује уговоре у свом пословању садрже арбитражну клаузулу. Ако му је то било познато приликом закључивања ранијих уговора, онда му је исто морало бити познато и приликом закључења последњег уговора поводом кога се оспорава надлежност арбитраже. Из онога што је горе речено проистиче да се знање туженог за арбитражну клаузулу или за чињенице које служе као основ уверења да је он такво знање у време закључења морао имати, доказују посредно, извођењем закључка из садржине исправа поднесених као доказ.

Аргументи изложени за друго од приказаних схватања чине да смо том схватању ближи него првом. Преимућство другог мишљења видимо у томе што оно спречава да арбитражно суђење избегне онај тужени који је у време закључења правног посла очигледно пристао да спор буде решен тим путем.

На крају, потребно је указати на то да и Правилник о СТА садржи одредбу по којој је арбитражни уговор пуноважно закључен и кад је одредба о надлежности Арбитраже садржана у општим условима, „ако су они саставни део основног правног посла“ (чл. 12. ст. 3). Ако се ова одредба тумачи у складу са схватањем да се знање за арбитражну клаузулу, односно постојање нужности тога знања може доказивати, онда би смисао одредбе био у томе да би за пуноважно заснивање надлежности Арбитраже било довољно да изјава којом се нуди закључење главног уговора или изјава којом се та понуда прихвата, садржи упућивање на опште услове као на саставни део тог уговора. Међутим, не може се одбацити могућност да наведена одредба Правилника буде протумачена у супротном смислу да се арбитражном клаузулом, унесеном у опште услове, надлежност Арбитраже заснива само ако странка која потписује изјаву о прихватању општих услова има у том тренутку пред собом њихов текст који је друга страна приложила својој изјави или се он налази на полеђини те изјаве, у којој се на опште услове упућује као на њен саставни део. Ово друго тумачење не би било у складу са праксом Арбитраже, која, као што се из цитираних спорова види, сматра да се њена надлежност може засновати и позивањем на опште услове који садрже арбитражну клаузулу.

SUMMARY

THE GENERAL CONTRACTUAL TERMS AND CONDITIONS AND THE JURISDICTION OF ARBITRAGE

The subject of analysis is the question of whether the jurisdiction of arbitration is established by the statements by which the legal transaction has been entered into, if one of the contractual parties should make reference to the general conditions containing the compromise clause, while these conditions are to be found in a special document which is not enclosed with the statement referring to them (the general conditions).

The reason for the posing of this question is the provision of Article 142. of the Law of Obligations.

Having stated the diversity of opinion relative to the resolution of the given question, the author outlines various views in foreign and Yugoslav theory and practice.

His own view is very similar to the view that the form which should be prescribed for the entering into an arbitration contract (agreement) is the form *ad probationem*, for it offers the defendant the same or approximately the same legal protection as the form *ad solemnitatem*, but is better suited to the requirements of commercial arbitration.

Finally, the author concludes that the Rules of Arbitrage in Export-Import Transactions in Belgrade should be construed to the effect that if the statement offering the entering into the main contract or the statement accepting that offer contains reference to the general conditions, then this is sufficient requirement for the establishment of the jurisdiction of that Arbitrage.

The author rejects the possibility of adverse interpretation.

RÉSUMÉ

LES CONDITIONS COMMUNES DES CONTRATS ET LA COMPÉTENCE D'ARBITRAGE

Le sujet d'observation est la question si la compétence d'arbitrage peut être fondé sur des déclarations écrites par lesquelles des ouvrages juridiques sont conclus, en cas qu'une des parties se réfère aux conditions communes, en impliquant la clause compromissoire et ces conditions se trouvent dans un document particulier qui n'est pas joint aux ces déclarations. Cette question se pose au sujet d'article 142 du Loi des rapports des obligations. En constatant la division des opinions qui concluent cette question, l'auteur expose des attitudes en théorie et en pratique yougoslave et étrangère. L'auteur, lui-même s'approche à l'avis que la forme prescrite pour la conclusion d'un accord arbitraire est la forme *ad probationem*, puisqu'elle donne à l'accusé la même ou presque la même protection comme la forme *ad solemnitatem* et elle répond mieux aux besoins d'arbitrage commerciale.

Enfin, l'auteur conclut qu'on doit interpréter le Règlement d'Arbitrage commerciale extérieure à Belgrade, de sorte que la compétence d'Arbitrage se fonde sur la déclaration de soumission pour la conclusion du contract principal, ou sur la déclaration d'acceptation de cette soumission et qu'elle contient la référence sur les conditions communes. Cependant, l'auteur n'exclut pas la possibilité d'une interprétation opposée.

др Сима Аврамовић,
доцент Правног факултета у Београду

СРПСКИ ПРЕВОД ХЕКСАБИБЛОСА ПЕТРА ВИТКОВИЋА

Византијски зборник приватног права из 1345. године, *Хексабиблос* Константина Арменопулоса, који се у Грчкој примењивао чак до доношења Грађанског законика 1946. године,⁽¹⁾ у последњој деценији XVIII века побудио је пажњу карловачког митрополита Стратимировића. По његовом налогу настао је први српски превод тог ремек дела византијске правне културе. Пошто овај превод, међутим, није сачуван, зборник је остао у нашој историјскоправној литератури непознат и готово нежабележен⁽²⁾: довољан разлог да се после скоро два века покуша сачувати од потпуног заборава. С друге стране, околност да текст превода није доспео до наших дана, чини се да не би требало да представља препреку разматрањима услова и могућих узрока његовог настанка, као и могућих ефеката који су се њиме намеравали постићи. Једном речју, верујемо да и поред недостатка рукописа овог необјављеног српског превода *Хексабиблоса* има потребе и могућности за истраживањем његовог правно-политичког значаја.

Ово утолико пре што је, срећом, сачуван један поуздан извор — оригинално писмо јегарског, а потом будимског пароха Петра Витковића, коме је поверено превођење, митрополиту Стратимировићу, посвећено проблемима око превођења „Хексабиблоса“. Сем тога, „Летопис матице српске“ прве године свог излажења, у биографији Петра Витковића коју објављује, бележи и околност да је он сачинио превод Арменопулосовог дела⁽³⁾. Овај други извор отклања све сумње у погледу

* Реферат одржан на Савјетовању правних историчара СФРЈ у Сплиту од 6—8. октобра 1983. године, посвећеном теми *Сусрети правних култура у нашој државноправној повијести*.

(1) Више о примени *Heksabiblosa* у Грчкој као позитивно-правног текста почев од средине XVII века, в. код N. J. Pantazopoulos, *Church and Law in the Balkan Peninsula during the Ottoman Rule*, Thessaloniki 1967, 45.

(2) Једини важнији помен овог превода среће се код Д. Руварац, *Петар Витковић парох будимски*, „Архив за историју српске православне карловачке митрополије“ II 1911, 17—23. О овом преводу је, колико нам је познато, писао једино још Charalambos Parastathis, *Zur Verbreitung der „Heksabiblos“ des Harmenopoulos in slavischen Raum*, „*Balkan Studies*“ 17, Thessaloniki 1976, 87.

(3) М. В. (итковић), *Биографическе черте слави Србаља*, „Летопис Матице српске“ 3, 1825, 23—31.

постојања тог превода, чији је једини примерак — пре него што је био штампан — изгорео у пожару у Будиму 1810. године. Најзад, низ других, посредних извора који говоре о времену у којем превод настаје, омогућавају сагледавање целине услова у којима и због којих је до његовог настанка вероватно дошло.

I

Име преводиоца „Хексабиблоса“, Петра Витковића, нећемо пронаћи у нашим новијим енциклопедијским издањима. Енциклопедија Југославије говори једно о његовом сину, Михајлу (Јегар 28. VII 1778—Пешта 9. IX 1829.), који је спадао међу значајније српске књижевнике у Монархији: одрастао међу Мађарима, и с обзиром да је српска колонија у Јегру у то време била већ сасвим малобројна, већи део свог опуса оставио је на мађарском језику. Уз то је прикупио српске народне песме и преводио их на мађарски(4), а у поменутом, првом броју „Летописа матице српске“ написао је биографије свог деде, Јосифа и оца, Петра. Његовог оца, пароха јегарског и будимског, Петра Витковића, помиње пак наша предратна, Станојевићева Енциклопедија(5). Витковић је рођен 1754. године у Јегру у Угарској, а умро 1808. у Будиму. Отац Јосиф му је, такође, био образован и угледан српски свештеник, протопрезвитер у Јегру (1720—1796): поред матерњег и мађарског језика, добро је знао и грчки и латински, тако да „у јегерском Архиепископском Семинаријуму никад се не би јавни испит из грчког језика држао, док не би и он призван био“(6). Петар је основну школу завршио у Јегру, а „с особеном ревностју учаше славенскиј језик от свог родитеља и от тогашњег учитеља Атанасија Поповића“. Широко образовање стиче у језуитској гимназији коју је са успехом завршио, да би потом отишао у Беч на студиј философије. Ту је упознао Доситеја Обрадовића, који је управо тада (1771—1776) у Бечу провео својих „шест полезних и радосних година“, а који му је „упутствованије у грчком језику дао, поштравајући га к прилежном чтенију стари гречески списатеља“(7). Тако је Петар уз Доситеја стекао солидно класично образовање, а није тешко претпоставити да је морао доћи у додир и са његовим младалачким просветитељским идејама. Његов биограф вели да би он у Бечу „још дуже остао и друге науке слушао“, да се због болести мајке није морао вратити у Јегар 1774. г. Исте године постаје Бакон, а убрзо потом свештеник и парох јегарски. Ту је најпре издејствовао дозволу од цара Јосифа за зидање нове српске цркве, а потом прикупио средства и за четири године саградио и опремио нови храм. Но, када је у Јегру дошло до сукоба између досељених Грка, махом Цинцара, и Срба око језика богослужења(8), поп Петар напушта Јегар и по позиву се сели за пароха у Будим 1803. године, где касније и умире. Његова

(4) Енциклопедија Југославије, Загреб 1971, VIII, 508.

(5) Народна Енциклопедија Српско-Хрватско-Словеначка, ред., С. Станојевић, Загреб (б. г.), I, 382.

(6) М. В. (итковић), *op. cit.*, 17. Поменимо и околност да је други Јосифов син Михајло, брат Петров, био сенатор града Јегра, *ibid.*

(7) *Ibid.*

(8) Д. Ј. Поповић, *О Цинцарима, Прилози питању постанка нашег грађанског друштва*, Београд 1937, 211.

широка култура и околност да „у славенском и греческом језику бјаше совершен, а знајаше латински, мађарски и мало талијански”, вероватно га је сврставала у ред најобразованијих Срба у Монархији, поготово клерика, што очито није било непознато његовим савременицима, а нарочито његовом црквеном старешини, митрополиту карловачком Стратимировићу. Тако је, по свој прилици, и дошло до тога да је баш пароху Витковићу, још за време његовог службовања у Јегру 1799. године митрополит поверио превођење Арменопулосовог „Хексабиблоса”. Из те године потиче поменуто Петрово писмо Стратимировићу, сачувано у карловачкој патријаршијској Библиотеци, односно митрополитском Архиву које омогућава увид у неке проблеме са којима се преводилац сусретао.

„Ваша екселенција! Високо Превосходителнејшиј и високо Превсјашћенејшиј Г. Г. Архи-Епископ и Митрополит, мне Отец Прешћедриј и Архипастир всемилостивејшиј!

Promptuarium Juris Armenopuli Греко — Латинскиј и просто — греческиј 25. Августа прием до рук, начах читити и соравњати једну книгу с другоју во всех параграфах и Главизнах, јена что преизлишнее во јединој и другој случилобисја мне обрести? ничтоже обретох разве что Греко-Јелинскиј Диалект јест весма сокращен и малими словеси много сказует, а Просто-Греческиј пространен сиј простран вешћи описует.

Две вешћи токмо в' Греко-Латинском не обретајусја:

1. Краткое описание сродства Духовнаго и плотскаго и дозволение и возбранение по степенем јего;

2. Канони церковнија о св. Апостол и васеленских Соборов з кратце Собранија. Сија убо надлежит мне по повеленију зашеја Екселенцији на славенскиј протолковат. Но ашће ведаете известно В. Е. да Арменокул не находитсја на нашему Дијалекту, јединим трудом Флагословите, и дозволите Его мне цјелаго на славенскиј преписати. Само сие молити усуждајусја, да наложите г. Павлу Диамандигу, купцу Пештанскому, нуждиња хартии мне из Пеште преслати, елико бо потребују...

у Јегру, 1. Септем. 1797.

Нижашчиј вазал и Богомолец присниј

Петар Витковић, с. р.

будниј парох Јегарскиј”(9)

Мада одговор митрополита Стратимировића на ово писмо није сачуван, извесно је да је био позитиван, те је Петар Витковић, највероватније до краја следеће, 1798. г., превео „Хексабиблос”, али превод није био штампан до 1810. године, када је изгорео једини примерак оригиналног рукописа.

Могуће је, међутим, реконструисати којим се изворним текстовима Витковић користио. Наиме, у карловачкој Патријаршијској Библиотеци се налазио (под бр. 0070) примерак Арменопулосовог дела, издат у Женеви 1587. г. (на око 450 страница) под насловом *Promptuarium juris*. С десне стране је био оригинални грчки текст, а са леве превод на латински. На првој, повезној страни књиге неко је руком дописао податке

(9) Архив за историју српске карловачке митрополије, 1911, 2, 17.

(10) М. В. (Витковић), *op. cit.*, 26.

о књизи и њеном писцу(11). Овај примерак *Хексабиблоса* се, међутим, не налази у Патријаршијској библиотеци у Београду, која је преузела штампани књижни фонд карловачке Библиотеке. Поред овог издања Готофредовог, изгледа да је баш Стратимировић послао Витковићу и четврто, млетачко — Спаносово издање овог дела на новогрчком језику, штампано 1777. г. у Венецији (на 603 странице). На основу начина на који Витковић извештава митрополита о томе да је у старијем грчком издању стилизација норми лапидарна, могло би изгледати да је преводилац имао више симпатија према овоме тексту. Ипак, с обзиром да Витковић истиче да рукопис не садржи делове о врстама сродства и о канонима апостола и васељенских сабора, који су вероватно интересовали српску цркву, чини се прихватљивијом претпоставка да је као основ за превођење послужио шири и новији, млетачки текст; утолико пре што је то издање међу православним живљем и свештенством у Грчкој баш тада стицало све већу популарност и све ширу примену. Увидом у овај примерак који се чува у Патријаршијској библиотеци у Београду под новом синатуром П IX 43 (видљива је и стара, 0080), стекли смо утисак, на основу краћих коментара и забелешки писаних вероватно руком Петра Витковића, да се он обилато користио баш овим издањем текста *Хексабиблоса*, односно да је превод извршен на основу тог издања(12).

Други део поменутог Витковићевог писма открива његову намеру да са грчког преводе и проповеди Еустратија Аргента са Хиоса, али и сумње да би штампање ових превода било оствариво. С обзиром да је аустријска цензура још увек одобравала издавање сваке књиге на „славенском” језику, парох унапред скреће пажњу митрополиту да „једе ју напечатати не възможно”. Ипак, сама околност да се превођењу приступило и да је превод *Хексабиблоса* сачињен, недвојбено говори о томе да су се извесни ефекти и користи од њега ипак могли очекивати. То је питање које привлачи наше посебно интересовање.

II

Мотиви који су условили Витковићево и Стратимировићево опредељење да приступе тако обимном и тешком подухвату за то време (подсетимо да до данас немамо целовит превод *Хексабиблоса* на српскохрватски) сигурно су морали бити разноврсни.

(11) „*Auctor vixit Sec. 14. Natus anno 1320. et mortuus 1380. quod detexit Lambecius Comm. Bibl. Vindob. P. I. Liber VI p. 39. Vide etiam de hoc Harmenopuli Proxino C. H. Fabrotum in Notitiis praevis ad Basilica, et etiam Natitiam Juris quae corpori Juris Civilis Justinianei editionis Godofrieri profrix est*”; Руварац сматра да је те податке дописао лично митрополит Стратимировић, в. ближе Д. Руварац, *op. cit.*, 18.

(12) Прво издање *Хексабиблоса* на новогрчком говорном језику објавио је Алекснос Спанос у Венецији 1744. г. по налогу хераклејског архиепископа Герасима. Примерак његовог четвртог издања који смо нашли у Патријаршијској библиотеци у Београду је (осим корица) одлично очуван и очигледно није прошао кроз много руку. Отуд је вероватно да су глосе баш Витковићеве: сем тога, писане су на грчком (нпр. на стр. 6, 7, 30, 39, 108, 110, 152, 285, 287, 311, 327) или на црквенословенском (стр. 114, 185, 233, 237). Најзад, и њихова садржина је таква да указује да их је могао писати баш неко ко се лако превођења: на неким местима се извесни појмови преправљају или објашњавају (стр. 7, 39), негде се преводе на црквенословенски (стр. 233), а често се црквенословенском речју „сне” истичу места која су од посебног значаја (стр. 114, 185, 237) или је неки део — нпр. главље где се говори о тестаменту — означено са „+” (стр. 320). Све ове забелешке су писане истим рукописом и истим мастилом.

Најпре треба имати у виду потребу православне Карловачке митрополије за систематизованим зборником канонских правних прописа. Српска црква је, више но иједна друга православна црква, била како чувар народног обележја и идентитета, тако и производ народног духа. Отуд није мали број народних обичајних правила која је црква чувала и санкционисала и која су постала део њеног правног система, због чега се она делом и разликовала од осталих православних цркви. С друге стране, систем извора права се ипак већим делом заснивао на неким заједничким основама и то махом писаним правилима: почев од светог писма, преко закључака и одлука васељенских и месних сабора, до закључака и наредби архијерејских сабора или синода, правила и наредби патријарха, митрополита или наредби и упутстава епископа и епархијских црквених власти. Најзад закони, уредбе, наредбе и привилегије световне власти, које се тичу регулисања црквених односа, допуњавају шаролики мозаик система извора канонског права, посебно када се ради о Карловачкој митрополији: за регулисање положаја српске цркве и српског народа уопште, у Монархији од највећег значаја су биле баш привилегије које су Србима давали још угарски краљеви (почев од Сигисмундових повластица у XV веку), а потом аустријски владари (посебно привилегије Леополда I у време аустријско-турског рата 1683—1699); отуд оне за Митрополију имају значај главних или кардиналних извора(13). По важности потом долазе коментарски или експликативни извори (тумачења привилегија од стране аустријских владара путем патената, рескрипата, диплома, деклараторија, итд. којима су привилегијална права сужавана или проширивана), као и државно-религијски извори (прописи путем којих Монархија непосредно регулише или утиче на решавање неких верских питања српске цркве и народа)(14). Тек потом следе тзв. ауторитативни извори црквених власти — у питањима која имају превасходно верски карактер. У тој области, међутим, није било много реда: односи су регулисани према обичајима донетим из Пећке патријаршије, у духу општих канонских прописа православне цркве (посебно према Крмчији светог Саве), на основу правила и прописа које су доносили истакнутији митрополити и епископи (таква су нпр. Монашка правила митрополита Вићентија Јовановића из 1733. г., као и његова Правила за свештенике и Правила за протопрезвитере, потом Правила за клир митрополита Павла Ненадовића из 1745. г., итд.), као и на основу правила и прописа које су доносили народно-црквени сабори или архијерејски Синод митрополије, итд.(1).

Православно канонско право је, дакако, регулисало не само организацију цркве, већ се примењивало и у свакодневном животу Срба у Монархији, посебно на брачне и породичне односе. Стога би при таквом несрећеном систему извора права овакав, макар и приватни превод ауторитативног византијског зборника какав је *Хексабиблос*, који садржи бројне прописе баш из тих области, могао бити од знатне користи, јер олакшава тумачење и примену прописа православног канонског права.

(13) Упор. Урош Станковић, *Правно развијање српске православне митрополије Сремско-карловачке*, I, Земун, 1936, 18.

(14) Ови други се у већем обиму јављају почев од терезијанских реформи, као нпр. *Регуламенти* из 1770. и 1771. г., *Школски устав за православне тривијалне мале школе* из 1776. г., *Декларација* из 1779. г., *Конзисторијални систем* 1782. г., итд.

(15) *Ibid.*

Могуће је да је образовани митрополит Стратимировић, иначе свршени правник пештанског и бечког универзитета, имао у виду овај моменат. Јер, у Патријаршијској библиотеци одн. Архиву у Карловцима је сачуван већи број Стратимировићевих рукописа, од којих је неколико обимнијих који су посвећени тумачењу извесних спорних питања породичног и наследног права. Такве су нпр. расправе о степенима сродства (на 4 листа), о томе до ког су степена сродства забрањени бракови (на 5 листова), а посебно место заузимају два његова рада о разводу брака због прељубе — први на 56 страна рукописа из 1793. г. и други из 1795. г. на 20 страна(16). Већина ових радова написаних „на искање царског декрета” или краљевског утарског Намесничког већа, сведочи о сусретању митрополита са проблемом тумачења и примене православног црквених прописа који су регулисали ове области, некако баш у време када ће бити донета одлука о потреби превођења *Хексабиблоса*.

Осим тога, у то време су и просветитељске идеје Доситеја Обрадовића почеле да поткопавају нека основна начела црквеног породичног и брачног права. „Живот и прикљученија” садржи жестоке нападе на постојеће канонске прописе. Описујући свој повратак у родно Чаково после двадесет година, Доситеј наводи два примера апсурдних црквених брачних норми: оне су браниле једној његовој младој суседи поновну удају премда је муж напустио кућу и нестао без трага; друга суседа, пак, није могла ступити више у брак, пошто су јој претходна три мужа умрла(17). Уз то вели да је у Цариграду и Смирни „очима својим гледао да црква и патријарси за много мањи узрок дозвољавају женама за другога поћи мужа”. Доситеј сведочи да је о том питању разговарао и са митрополитом Вићентијем (Јовановићем, прим. С.А.), али да је добио мало задовољавајући одговор: „Ја знам да је то тако; али нека они пред богом одговарају који су то тако узаконили; ми се сад морамо слепо држати”(18).

Једном речју, могуће је да се налет просветитељско-грађанских идеја дотакао и новог митрополита, Стратимировића. Како је *Хексабиблос* у суштини садржао правила римског права, која су, међутим, по својим спољним обележјима имала изглед грчкoвизантијске кодификације, није немогуће да је жеља за модернизовањем — а у исто време за очувањем ауторитета и надлежности црквеног православног права у световним односима — била један од елемената за Стратимировићево опредељење у погледу превођења *Хексабиблоса*. Изузетна правна наобразба коју је овај православно митрополит стекао, посебно слушајући у Бечу предавања тада чувеног професора Пехема из општег, аустријског, црквеног и римског права(19), давала је солидну основу за такав начин резонавања и одлучивање о потреби превода *Хексабиблоса*.

Ипак, мада су ови правни моменти имали одговарајући значај, рекло би се да нису били једини покретачи одлуке о превођењу Арменопулосовог дела на наш језик. У поменутом раду који говори о прерадама *Хексабиблоса* код словенских народа Папастатис је, помињући ту

(16) Списак рукописних радова митрополита Стратимировића који су се чували у карловачкој патријаршијској Библиотеци (данас у Митрополитском архиву у Карловцима) дао је Димитрије Руварац, *Нацрт живота и списак књижевних радова митрополита Стефана Стратимировића*, „Прилози за књижевност, језик, историју и фолклор” 75/1921.

(17) Д. Обрадовић, *Писмо Харалампију; Живот и прикљученија*, Београд 1975, 199.

(18) *Ibid.*

(19) Димитрије Руварац, *op. cit.*, 71.

и Витковићев превод, набројао неколико елемената које сматра релевантним у том контексту. Он пише да овај превод није био неопходан Србима који су живели у османлијском царству, већ баш Србима у Монархији због: а) јачања културног јединства и заједништва са сународницима у османлијском царству; б) због остварења везе са историјским наслеђем, тј. са Душановим закоником који је настао под утицајем византијског права; в) због потребе тумачења извесних правних правила из Светосавског номоканона; г) због потребе проширења извора права; д) због потребе да се створи прегледан зборник правних прописа који би постојао упоредо са римским правом које је важило у Монархији(20). Не улазећи уопште у аргументацију ових ставова, што уосталом и није био циљ тог рада, Папастатис назначава интересантне елементе као могуће узроке настанка овог превода. Тврдиња да је он био потребан због тумачења неких прописа Светосавског номоканона (мада би је требало доказивати у посебном обимнијем раду), као и у циљу проширивања извора права, у крајњој линији је у сагласности са заључком који смо изнели о нужности систематизовања тзв. ауторитативних црквених извора у Карловачкој митрополији. Три преостале Папастатисове претпоставке о узроцима настанка Витковићевог превода, у основи повезују присуство извесних политичких момената, које он не елаборира нити доказује. Дубље сагледавање политичког миљеа који је окруживао српски народ и цркву под Хабзбурговцима у то време, међутим, свакако може потпуније оријентисати закључивање о факторима који су условили Витковићев подухват.

Последње деценије XVIII века биле су од преломног значаја за Србе у Монархији. Терезијанске реформе су у великој мери определиле не само њихов политички положај, већ и њихову културну оријентацију: „Раздобље од народно-црквеног сабора у Карловцима 1769. г. па до Деклараторије 1779. г. представља ту присилну западноевропску раскрсницу српског душевног живота”(21). Црквено-политичке и културно-просветне реформе умањиле су утицај цркве, а руски скоро потпуно одстраниле. Регулamenti, Деклараторија и Конзисторијални систем, који су задржали важност чак за наредних осамдесетак година, упркос свим отпорима који су пратили њихово увођење, условили су у доброј мери напуштање дотадашње руско-словенске и прихватање западноевропске, германске оријентације(22). У том контексту је српско грађанство у Монархији са симпатијама прихватило реформе Јосифа II којима је он покушао да ограничи феудалне привилегије цркве и клера (као православног, тако и католичког), али је с друге стране издао и *Toleranzpatent* који гарантује слободу вероисповести православнима. Одушевљење Срба Јосифом II и Аустријом кулминирало је када је аустријска војска под фелдмаршалом Лаудоном, уз помоћ српских фрајкора, 9. октобра 1789. године освојила Београд. Тадашњи карловачки митрополит Путник честитао је одмах Лаудону ослобођење Београда(23),

(20) Caralambos Papastathis, op. cit., 69.

(21) Мита Костић, *Генеза немачке културне оријентације у Срба*, Загреб, 1922, 5.

(22) У томе процесу посебно место је заузимала реформа основних школа по аустријском узору, штампање двојезичних школских уџбеника са немачким и словенским текстом, монопол Курбеков штампарије на штампање словенских текстова, забрана увоза књига за православне из иностранства, а нарочито из Русије, итд.

(23) Митрополијско-партијаршијски Архив у Карловцима (неексхибована акта), 1789

а у српској књижевности забележена је поплава похвала фелдмаршалу и Јосифу II, кога тада и Доситеј велича као „Сербије миле благог спаситеља”(24). Лојални аустријско-српски дух одражава и чувени Рајићев спев из 1791. г. *Бој змаја с орлови*, у коме пева борбе Аустрије са Турцима, а нарочито освајање Београда, и притом слави Јосифа као „дара и господина, који српском народу с руку и ногу синшире скида и ране од турских бичева вида”. У околностима када је српски живаљ био прикљештен између османлијског царства с југа и моћне царевине са севера, није чудо што се српска народна и државна мисао по невољи везала уз идеју аустријске државности. Још ће драма Козачинског *О смрти цара Уроша V и о паду српског царства* (1733) и *Стематографија* Христифора Жефаровића (1741), где српски бели орао лети под окриље аустријског црног орла(25) изражавати једино решење које се Србима тада чинило остваривим: што већа политичка и културна аутономија у оквирима хабзбуршке Монархије.

Међутим, усхићеност Јосифом II и Аустријом сплашњава већ пошто је Свиштовским миром 4. VIII 1791. г. Аустрија, притиснута унутрашњим и спољним недаћама, препустила Турцима освојене делове Србије и Београда. Тим поводом ваљевски кнез Алекса Ненадовић, љут због неиспуњених аустријских обећања која су пратила увлачење Срба у тај рат, изговара већ чувену реченицу да ће „ићи од манастира до манастира и казивати сваком калуџеру и попу да у сваком манастиру запишу да више никад, ко је Србин, Немцу не верује”(26). Делећи незадовољство Срба у Београдском пашалучу због Свиштовског мира, Срби из Монархије су посебно били разочарани Аустријом и због исхода Темнишварског сабора 1790. г. Није морало протећи много времена да би постало очигледно да је овај црквено-народни сабор за Монархију представљао само политички маневар са Србима ради умиривања Маџара, те да по остварењу главног циља, од остварења српских захтева (поготово оног за добијањем аутономне територије у Банату) нема ништа(27). Штавише 1792. г. укида се Илирска канцеларија у Бечу и њени се послови предају Маџарској дворској канцеларији, чиме се Срби пуштају на милост и немилост Маџарима.

Та прогивуречна расположења и околности пратиле су прве кораке новоизабраног митрополита Стратимировића. У време када је црква представљала једини признати облик организовања српског народа у Монархији, он је био његов најзначајнији и једини легитимни представник(28). С обзиром на то, митрополит је био принуђен на вођење стрпљиве политичке и дипломатске игре тешке и често рискантне, стално лавирајући између коректности према Аустрији и љубави према Русији. Стратимировић је успео, на њему својствен начин, да очува коректан и

(24) Вид. ближе Мита Костић, *Доситеј Обрадовић у историјској перспективи XVIII и XIX века*, Београд 1952, 78.

(25) Упор. Т. Остојић, *Народна мисао и идеја ослобођења и уједињења у историји и књижевности Војводине*, „Летопис Матице српске” 1923, књ. 300, 459.

(26) *Проте Матеје Ненадовића Мемоари*, Београд 1951, 34.

(27) О току и одлукама Темнишварског сабора, в. Душан Ј. Поповић, *Срби у Војводини*, I—III, Нови Сад, 1959—1963, III, 24.

(28) С обзиром да у његово време није одржан ниједан народно-црквени сабор, а како је Х законски чланак угарске Дијете од 1792. г. дао митрополиту право да гласа на Дијети, Стратимировић је и фактички и правно био централна српска политичка личност. О његовој политичкој делатности писано је доста, али су посебно интересантни радови Б. Слијепчевић, *Стеван Стратимировић*, Београд 1936 и Н. Радојчић, *Око митрополита Стратимировића*, „Гласник историјског друштва Н. Сада”. X/175.

лојалан однос према Монархији, те га је двор особито ценио, поготово због неколико крупних политичких потеза(29). Да ли се српски клерик и зато, а имајући у виду потребу заједничког живљења са Монархијом и западноевропску, германску културну оријентацију која је јачала, определио за превођење „Хексабиблоса“ као зборника римског права, који би, макар био и приватног карактера, могао олакшати приближавање правног система Карловачке митрополије аустријском, зборника који би помиривао осећај продужавања византијске православне традиције и осећај неопходности прилагођавања животу у оквирима аустријске државе и права? Чвршћих доказа за то нема, а ако се има у виду да је Стратимировић свим срцем радио на остварењу српске државне идеје под окриљем Русије, онда би се чак ова, иначе логична претпоставка, могла доводити у сумњу.

Разумом везан за Монархију, Стратимировић је био искрени русофил, јер је веровао да само уз помоћ словенске и православне Русије Србија може успоставити своју изгубљену државу. Радио је и учинио доста на развијању националне културе(30), али се и на том плану осећао снажан руски утицај. Набављао је Стратимировић из Русије све што год се могло набавити од књига, а посебно богословска дела: трбеник, службеник, апостол, часослов, псалтир, јеванђеља и њихова тумачења, збирке молитава, библијске историје(31). Настојао је да се преведе и изда целокупна Библија, према московским и кијевским издањима, коју је требало да приреди и штампа Стеван Новаковић (1794. г.(32). Једном речју, његово је опредељење, и културно — посебно у погледу књижевног језика (ватрени је био присталица задржавања рускословенског уместо народног језика)(33) и политичко — у погледу народног ослобођења, оријентисано према Русији. Само то објашњава смелост коју показује шаљући јуна 1804. г. познати *Мемоар* руском цару Александру, где излаже свој план о стварању српске државе под окриљем Русије, оцртавајући чак и границе те државе и предлажући да један од чланова руске династије буде њен владар(34). Национална идеја, потхрањивана српском средњовековном традицијом коју је црква неговала, у спрези са дубоким русофиљством, објашњава овај корак митрополита због којег му „глава игра“.

(29) Тако је нпр. одмах по избору за митрополита отишао у Беч на подворење цару, покупао да помогне у умјеривању Тицанове буне, дискретно одржавао везу између Аустрије и устаничке Србије, итд.

(30) Тако је његовим ангажовањем већ 1791. г. основана српска Карловачка гимназија, а 1794. г. Богословија и Благовејаније и Конвикт за сиромашне баке. Његова књижевна делатност такође није била безначајна, в. ближе Ј. Радонић, *Митрополит Стефан Стратимировић, Слике из историје и књижевности*, Београд, 1938.

(31) Хронолошки ред штампања појединих књига износи С. Новаковић, *Српска библиографија за новију књижевност 1744—1867*, Београд, 1869.

(32) Да би тај подухват олакшао, Стратимировић је чак наредио свештенству да се претплате на ово дело. Но, како је Новаковић пролао штампарију Будимском Универзитету, Библија је штампана тек 1804. г. у Будиму у пет књига. Стратимировић је одмах пет примерака послао у Србију, о чему постоји сведочанство у Митрополијско-патријаршијском архиву, 1805 — 91.

(33) Стратимировић је борбу против народног језика (а за задржавање рускословенског и славеносрпског) сматрао битним питањем одржања постојећих политичких односа у Монархији. Јер, не може се неиграти постојање тенденције код Аустрије да се реформом језика и натурањем латинске ослаби утицај цркве, уз претпоставку да ће слабењем црквене организације ослабити и политичка борба српског народа.

(34) С. Димитријевић, *Стеван Стратимировић, митрополит Карловачког, план за ослобођење српског народа*, Београд 1926. У овом раду је објављен и целокупан текст Стратимировићевог Мемоара који је, преко протојереја Сомборског, некадашњег царског учитеља, послао Александру I.

С друге стране, није само митрополит, већ је и целокупно тадање српско грађанско друштво и култура било обузето идејом о обнови старе славе средњовековне српске државе и сећањима на њу. Српски препород у XVIII веку, посебно под Монархијом, тесно се везивао за средњовековну српску баштину и њену традицију(35). Вероватно отуд није случајно да се баш у том периоду повећава број нових преписа Душановог законика који додуше садрже углавном само текст Законика и тзв. *Јустинијанових закона*, искључујући или прераспоређујући одребе *Синтагме*(36). Напорима цркве да конституише себе и свој народ и да се прогласи јединим легитимним наследником средњовековне моћне државе, иде на руку оживљавање традиције Душановог законодавства; њоме се, у суштини, оспорава легитимност османлијске и сваке друге не су, отуд, и далекосежне идеје једног националног програма; подсећућинске власти. У већини нових преписа Душановог законика присутна је на славну прошлост у суштини је било усмерено на савремено идеолошко и политичко понашање(37). У којој мери је, у вези са том идејом, стајала идеја о потреби превођења *Хексабиблоса*, што је евентуално могао бити још један од доказа значаја српске средњовековне правне традиције и њене везе са византијском, чини се такође да није могуће у овоме тренутку тачно одредити.

Изгледа, међутим, да се за један други политички моменат може са више сигурности рећи да је био значајан фактор доношења одлуке о превођењу *Хексабиблоса*. Наиме, Стратимировићево политичко опредељење и деловање обележено је, како по положају који је заузимао, тако и дубоким личним уверењем, здрушном борбом за одбрану православља. За разлику од Доситеја, са којим је и поред супротних назора био добар пријатељ, Стратимировић је и даље везивао национално за веру и цркву, српство са православљем. Доситеј ће у српско грађанско друштво XVIII века унети нова схватања, увидевши да вера даје сувише узак карактер националном осећању, па и да може представљати сметњу ослобођењу и уједињењу народа као целине(38); митрополит је, пак, и мишљу и делом, кроз одбрану православља под окриљем Русије, видео и тражио могућност за националну еманципацију. Овакво Стратимировићево везивање борбе за остварење националне идеје за одбрану православља имало је, међутим, своје корене и у бројним настојањима Аустрије — још од терезијанских реформи — да се сузбије руски утицај у световним односима (у области културе, просвете, итд.), и још више, да се Срби однаробују кроз колитику унијаћења у црквеним односима(39).

(35) Истицање везе Карловачке митрополије са Пећком патријаршијом, култ српских средњовековних задужбина (посебно Хиландара) који је међу Србима у Монархији подстакло идеје ктиторства и култови српских владара светитеља, тематика иконостаса који се тада праве, поезија, проза, драма и графика XVIII века — све врви од те националне идеје. В. о том питању Д. Медаковић, *Српски препород у 18. веку и средњовековна баштина „Глас САНУ“ СССХХIV, 4/1983, 37.*

(36) Вид. ближе Александар Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године*, Београд, 1980, 75 и 149.

(37) О политичком значењу оживљавања средњовековне српске традиције међу аустринским Србима, упор. Дејан Медаковић, *op. cit.*, 40.

(38) Већ на самом почетку свог писма Харалампију Мамули, Доситеј на више места у први план извлачи потребу језичког и културног јединства Срба уместо принципа јединства вере и цркве као основа националног јединства, в. Доситеј Обрадовић, *op. cit.* 41 и даље.

(39) Унијатска — грчкокатоличка црква у богослужењу користи грчовизантијски обред на грчком, старословенском, румунском и другим језицима, али признаје јединство са римокатоличком црквом, а папу признаје за свог врховног црквеног поглавара. Као по-

Иако је Патентом о верској толеранцији (*Toleranz Patent*) Јосифа II 1781. г. била призната слобода вероисповести и православцима, она им је, нарочито где су били у већој мери измешани са римокатоличким живљем, фактички била често угрожавана. Зато је Темишварски сабор 1790. г. доста пажње посветио жалбама против насилног унијаћења, које су стизале са свих страна — из сремско-карловачке, пакрачке, величко-варадинске епархије, ит.(40). И у Стратимировићево време је политика унијаћења била агресивна. Сачувана су два његова писма из 1798. г. Петру Видаку, архимандриту манастира Грегетег(41), у којима пише да је мункачки епископ примио више од 30.000 форинти за унијатску пропаганду, а да је слично и са великоварадинским унијатским епископом. Боравећи у Бечу, Стратимировић је дошао до непобитног, онепокојавајућег сазнања да је политику унијаћења подржавао и сам двор, те јавља Видаку: „Нас ради, сије скробно и великаго сожаленија достоино, да дворнији дикастеријум и јего величество аки пропаганду уније творјат. Дајушче бо избиточнији, унијатом хлеб, аки дарами публично дајем и нудјај напсија и тако убопија људи и клер јеше остављати благочестије своје и ити ко унијатом“. Још пише да је био код грофа Саурау и да му се жалио на унијећање, а да му је овај одговорио како је цар уверен да православни стоје у сталним везама са Русима и да се зато залаже за унију. Када је потом у аудијенцији код цара (Фрање) излагао проблем унијаћења, скренуо му је пажњу да се унијаћењем не могу спречити везе са Русијом, јер их одржавају и они који су се поунијатили. Разговор се, међутим, даље водио о разликама у вероисповести православних и унијата, да би био завршен царевом жељом да се и сам Стратимировић поунијати, пошто се православни не могу спасти(42)! Јачег повода за забринутост због угрожености православља није могло бити.

Мисао да је одлука о превођењу *Хексабиблоса* могла бити у вези са Стратимировићевом борбом и бригом за очување православља, могуће је поткрепити још неким изворима.

У другом делу поменутог Витковићевог писма Стратимировићу, видљиви су национално-политички мотиви јасно преломљени баш кроз призму потребе јачања православља. Витковић, наиме, предлаже митро-

себна организација је створена после Сабора у Фиренци 1439. г. на коме је решавано питање јединства хришћана, али је већи значај добила тек на самом крају XVI века и то међу западним Украјинцима — Русинима и ердељским Румунима. У нашим крајевима се најпре јавља у Хрватској почетком XVII века, као верска организација хришћана „грчко-словенског обреда“, који су напустили своја пребивалишта која су се налазила под турском влашћу: први грчкокатолички владика у Хрватској је био архимандрит Симеон, који је имао око 60.000 њскога — верника, изјаснио се 1611. г. за јединство са римокатоличком црквом.

(40) У тужби сремско-карловачке епархије наводи се да су римокатолици присиљавали православне да светкују њихове празнике и да иду у њихове цркве, као и да не дозвољавају православним свештеницима да исповедају осуђенике на смрт; представници пакрачке епархије захтевали су да православни буду ослобођени светковања римокатоличких празника осим четири велика (Божић, Ускрс, силазак св. Духа и Брашанчево), али и тада „на процесјама их којим либо образом да не нудјатсја“, Архив за историју српске православне митрополије 1911, I, 21. И представници великоварадинске епархије су се на Сабору тужили да „многа и несносна утјесненија трпе од унијатов“ и да их „силом придужавају на унију“; када би се неки православни свештеник поунијатио, православним верницима су одузимане цркве, а ако они ни силом не желе да приме унију избацивали су их из села, а куће имања би им присвајали унијати; кад умре неко од православних, сахрањиван је по пољима и шумама, а не у гробљу, Архив за историју српске православне Карловачке митрополије 1911, I, 23. В. ближе Б. Слјепчевић, *Исторја српске православне цркве*, Минхен, 1966, II, 140.

(41) „Бседа“, Лист за црквене, школске и народне потребе, I/135. 1868.

(42) *Ibid.* О Стратимировићевом доцнијем раду против унијаћења, в. ближе Б. Слјепчевић, *op. cit.*, 144.

политу превођење још једне књиге верског карактера, која објашњава „всја разногласија междy восточноју православнају и њинешнеју Папистическују“, која би се, на тип издаласја и свјашћенству Нашему раздаласја, не само уста противников наших заграждати... но и во истинном исповеданија православнија Нашеја вери несумнено всех Нас утвердити доволна била”(43). Витковић скреће пажњу Стратимировићу да би заузимањем за штампање овог дела и *Хексабиблоса*, у штампарији где је Доситеј издао своје басне, „и самому роду Нашему велику ползу душевнују“ учинио. У отежаним условима верског и политичког живота Срба у Монархији, „душевнаја полза“ несумњиво има већи значај од само психолошког: она представља елемент борбе за очување националног кроз очување православља — бар је тако на то морала гледати српска црквена хијерархија. Можда баш због тога оба превода никад нису угледала светлост дана, с обзиром да је аустријска цензура брижно контролисала и одобравала штампање свих српских књига.

Осим тога, има знакова који говоре да превођење овог дела није представљало само случајну епизоду мотивисану индивидуалном научном радозналости, већ део систематског политичко-верског деловања српских клерика-интелектуалаца у Монархији. Тако је Витковић успео да објави расправу *Ostensio Veritatis Reprehensio Falsitatis* 1802. године, у којој велича предност и истинитост православља, што је, с обзиром на процес унијаћенија, имало посебан политички значај(44). Патријаршијска библиотека одн. Архив је, пак, сачувала Стратимировићеве рукописе о историји српског православног Патријархата (у 5 глава, на 114 страна из 1796. г.), где је изражен његов став да су карловачки архиепископи одн. митрополити наследници пећког патријарха; расправу на немачком језику (на 4 табака) под насловом *О разлици између грчкокатоличке и православне цркве и одбијање да Руси потпирују вагру — мржњу — против католика; Енциклопедију свјешћенају восточније цркве* на око 30 табака, итд.(45). Сва ова литерарна активност усмерена на одбрану православља, истовремено је имала и националну боју. Борба за православље, уз латентно присуство дискретне русофилске оријентације, значила је за српски клер у Монархији један од видова напора за очување националног идентитета. Вероватно је да у споју ових трију основних константи Стратимировићевог политичког убеђења и деловања, одговарајуће место може имати и одлука о превођењу византијског *Хексабиблоса*. Иако је то у суштини зборник римског права, бар по опшним обележјима он је ортодоксан — потиче из колевке православља — а његова примена је могућа и корисна за то време.

Најзад, доношење одлуке о превођењу *Хексабиблоса* могло је бити поспешено и околности да је, не много пре тог времена, овај зборник био преведен на бугарски језик и објављен у Петрограду 1775. године(46). Није извесно да ли је Стратимировић знао за тај превод, мада је степен вероватноће приличан, с обзиром на његово широко правничко знање и

(43) „Архив за историју српске православне карловачке митрополије“ 1911, 2, 18.

(44) О овоме раду извештава нас Витковићев биограф у „Летопису Матиче српске“ из 1825. г., а Руварац свеочи да је дело било сачувано у карловачкој патријаршијској библиотеци и да је на њему туђом руком било дописано: „*Authore Petro Vitkovics prius Agriensi dein Budensi graeci non uniti ritus Parocho et consistorii Assesore defuncto 1803, 24 Febr.*“, Д. Руварац, *op. cit.*, 20.

(45) Д. Руварац, *Нацрт живота и списак књижевних радова митрополита Стефана Стратимировића*, „Прилози за књижевност, језик, историју и фолклор“ 1921, 76.

(46) Вид. ближе N. J. Pantazopoulos, *op. cit.*, 49.

интересовање, као и тесне везе које је одржавао са Русијом. Сигурно је, међутим, да му нису била непозната настојања његових савременика, грчких клерика, да се *Хексабиблос* преведе на говорни новогрчки језик. Прво такво издање Алексиса Спаноса штампано је по налогу архиепископа Хераклеје Герасима у Венецији 1744. године; четврто Спаносово издање из 1777. г. поседовао је и сам Стратимировић(47). Дозвољено је, отуд, претпоставити да је био добро упућен и у мотиве због којих су грчки свештеници под отоманском влашћу приступили превођењу овог дела, као и да је знао за успех који је преведени *Хексабиблос* доживљавао у практичној примени међу грчким православним живљем под Турцима (до 1830. г. превод је доживео чак осам венецијанских издања). Тенденција проширења надлежности цркве у области целокупног приватног права, присутна у то време у Грчкој, ни овде није била лишена националне обојености: мада се кроз приватни зборник *Хексабиблос*, који се углавном ослања на царске *Василике* Лава VI, практично уводило у примену римско право и мада је оно делом било у супротности са обичајним правом које је дотле живело у грчком народу(48), основац на православној византијској правној традицији и њено продужавање учинили су *Хексабиблос* толико популарним. С друге стране, баш присуство одредби римског права објашњава виталност *Хексабиблоса*, његову прилагодљивост новим условима и епитет „грчке правне Библије” који је носио чак до 1946. г. докле је био примењиван у Грчкој. Стратимировић је, с обзиром на свој правнички и политички формат, као и с обзиром на својство православног митрополита карловачког, многе од ових момената могао имати у виду; околност коју смо утврдили увидом у примерак *Хексабиблоса* у Патријаршијској библиотеци — да је превод извршен баш на основу млетачког издања — учвршћује нас у изнетом уверењу.

IV

Шта су све митрополит Стратимировић и парох Витковић имали на уму када су се ангажовали око превођења „*Хексабиблоса*” није могуће потпуно прецизно утврдити. Ипак, чини се да би се могле издвојити две основне групе услова који су код ова два српска клерика створили мотивацију за предузимање тешког преводилачког подухвата, на основу IV Спаносовог издања *Хексабиблоса*. То су били црквено-правни, с једне и национално-политички фактори, с друге стране. Разуђеност, несрећност и непотпуност православног канонског права које се примењивало у Карловачкој митрополији, налагали су потребу систематизовања нарочито тзв. ауторитативних црквених извора, којима су регулисани и неки приватноправни односи међу Србима у Монархији. Збирка попут византијског *Хексабиблоса*, а посебно његова новогрчка верзија, која је доста простора посвећивала брачном и породичном праву, олакшавала би православно свештенству у Монархији решавање спорних питања која су потпадала под надлежност црквеног права. Уз то, неопходност прилагођавања и модернизовања црквеног православног брачног и породичног права, које је тада обухватало чак веће јурисдикционо пространство

(47) То је онај примерак који се и данас налази у Патријаршијској библиотеци у Београду; њега је митрополит послао Витковићу ради употребе са старим издањем и ради превођења, Архив за историју српске православне карловачке митрополије, 2/19, 1911.

(48) N. J. Pantazopoulos, *op. cit.*, 46.

него у време цара Душана, а у исто време тежња за очувањем његовог ауторитета и надлежности за Србе и Монархији пред налетом просветитељских идеја, могли су бити снажан стимуланс при одлучивању о потреби превођења *Хексабиблоса*, па макар превод и не био званичан или не доживео „издавање на тип“. С друге стране, сплет друштвено-политичких услова и национална стремљења Срба у Монархији преломних последњих деценија XVIII века, рефлектовали су се у целокупној активности српског грађанства и интелектуалаца, што се нарочито одражавало у делатности централне српске фигуре у политичком животу у Монархији, — карловачког митрополита. Основне координате Стратимировићевог политичког убеђења и ангажовања су биле српска државна национална идеја, борба за очување православља (нарочито пред унијатском пропагандом) и дискретно русофилство. Превођење православног византијског зборника, који је баш у другој половини тог века био објављен на бугарском и на новогрчком те примењиван са успехом међу православним живљем под отоманском влашћу, уклапало се у основна политичка настојања српских клерика у Карловачкој митрополији. У којој мери је и да ли је уопште притом била присутна свест да би се коришћењем *Хексабиблоса* у православном канонском систему који важи за Србе у Монархији у суштини уводило римско право и тако се он приближавао аустријском праву, није извесно. Је ли жеља за оживљавањем средњовековне српске државне и правне традиције притом била присутна, такође није могуће тачно утврдити. Но, без обзира на неизвесност око одговора на ова и друга спорна питања овде постављена — посебно да ли је превод *Хексабиблоса* произвео бар неке од жељених последица па чини нас се да релевантни извори остављају места закључку да је сплет канонск-правних и национално-политичких момената условио настајак овог превода, који је могао значити покушај, мада неуспели, зближавања византијскогрчке са црквено-правном чкутуром Срба у Монархији крајем XVIII и почетком XIX века. Могло би се барем рећи да су овај превод тако схватили водећи српски клерици из Карловачке митрополије.

SUMMARY

THE SERBIAN TRANSLATION OF »HEXABYBLOS« BY PETAR VITKOVIC

A small number of sources still offer information that, in the last decade of the XVIII century, the Yegarian priest Petar Vitković translated the famous work of the Thessalonika jurist Constantin Armenopulos »Hexabybloss« in to the Serbian language by order of the Archbishop Stratirović. Although this Serbian translation of the famous Vizantinian codex, unknown and virtually unrecorded in the Yugoslav literature of the history of law, has not been preserved, since the manuscript was burnt in Budapest in 1810, the author has made an attempt to analyse its legal and political significance, as well as the cause of its origin, on the basis of the scarce-direct and indirect- sources.

Two groups of conditions can be distinguished as the possible motivation of the Serbian priests to decide upon this translation: firstly, clerical and legal factors; secondly, national and political factors. The disorderly and incomplete state of the Orthodox Canonian law, which was

in use in the residence of the Archbishop, Karlovac, for the Serbian people in the Austro-Hungarian Empire, necessitated the systematic classification of especially the so-called authoritative church (clerical) sources. What's more, the motive for this translation was also the necessity of the modernization of the Orthodox Church marriage and family law, simultaneously with the aspiration of preserving its authority. On the other hand, the translation of the Orthodox Vizantinian Codex, which at that time had been published in the new Greek and Bulgarian languages, and had successfully been in use among the Orthodox — religious people under the Otoman rule, was in agreement with the main policy of the Serbian Orthodox Church clergy. That policy was, the struggle for the preservation of the Orthodox religion, the idea of national emancipation, and the discrete political inclination toward Russia. However, there are no absolutely verified facts to prove that there was also the aspiration inaugurate the implementation of Roman law in the process, and bring it closer to Austrian law, nor that it was the expression of the wish to enliven the Medieval Serbian State and legal tradition. The translation, however, does clearly represent an attempt to bring closer Greek and Vizantinian legal literature to the clerical and legal culture of the Serbian people in the Austro-Hungarian Empire in the last decade of the XVIII century.

RÉSUMÉ

LA TRADUCTION SERBE DE »HEXABIBLOS« PAR PETAR VITKOVIC

Il n'y a pas beaucoup de sources qui ont gardés le donné que le pasteur Petar Vitković, sur l'ordre de métropolitte Stratimirović, a traduit l'oeuvre célèbre de juriste de Thessalonique, Konstantin Armenópoulos nommé Hexabiblos, les dernières années de XVIII siècle. Malgré que cette traduction serbe, inconnue et pas notée en littérature historique et juridique yougoslave, de ce code byzantin, n'est gardé, puisque le manuscrit est brûlé à Buda en 1810, l'auteur a essayé d'examiner son importance juridique et politique et les motifs de son commencement sur la base des sources stériles, directes et indirectes.

On peut détacher deux groupes des conditions qui sont probablement motivés les clerks serbes à aborder la traduction: les conditions ecclésiastiques et juridiques et les conditions nationaux et politiques. Le désordre et la déféctuosité de droit canonique orthodoxe appliqué à l'archevêché de Karlovac pour les Serbes en Monarchie d'Autriche, ont enjoint la nécessité de systématisation des sources canoniques autoritaires. La traduction était stipulée par la nécessité de la modernisation du droit canonique sur le mariage et la famille en même temps que la tendance du conservation de son autorité. La traduction de ce code orthodoxe byzantin, publiée en ce temps-là en nouveau grec et en bulgare et efficacement appliquée par le peuple orthodoxe sous l'autorité des Ottomans, était conforme aux tendances politiques des clerks serbes. Cettes tendances étaient: la lutte pour le maintien d'orthodoxie, l'idée nationale, et la russophilie discrete. Il n'y a pas des preuves certaines qu'il existait la tendance d'introduction de droit romain et d'approchement de droit autrichien et que c'était le resultat d'envie de vivification d'état médiéval serbe et du tradition juridique. La traduction était, sans doute, l'essai du rapprochement entre la culture byzantine-grecque et la culture d'église et juridique des Serbes en Monarchie à la fin du XVIII siècle.

мр Зорица Мршевић,
истраживач у Институту за криминологику
и социолошку истраживања, Београд

ДОГОВОРЕНО ПРИЗНАЊЕ У АНГЛОСАКСОНСКОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Договорено признање (*plea bargaining*) је релативно нов појам који се среће у англосаксонској процесној литератури, углавном од периода после другог светског рата а нарочито последњих деценија(1). То међутим не значи да се ради о новој појави, а још мање институту који би представљао одступање од традиционалних принципијелних поставки овог типа кривичног поступка.

Са становишта процесуалиста континенталног типа кривичног поступка, интерес за овај специфичан англосаксонски институт, није мотивисан само обичном радозналешћу, нити његова анализа представља само један допринос више упоредноправном разматрању карактеристика кривичног поступка у *common law* земљама. Ради се наиме о једном необично наметљивом процесном институту који се за релативно кратко време од неколико деценија афирмисао кроз праксу, и то у једном систему дубоко прожетом традицијом, у којем многи управо процесни институти имају корене још у време норманских освајања. Данас договорено признање представља један од суштинских механизма кривичног правосуђа, без којег би оно, како је то наглашено од низа теоретичара и практичара, било потпуно парализовано великим бројем предмета. Због тога је неопходно анализирати добре и лоше особине његове примене, начине функционисања, сагласност са начелним поставкама правног система, крајње домете и сл., и то *пре* него што *via facti* институт договореног признања постане нераскидиви део ткива кривичног поступка, као што је у англосаксонским земљама био случај.

Суштина договореног признања је да се оно јавља у кривичном поступку као резултат договора између државног тужиоца и окривљеног с једне стране, и државног тужиоца и судије с друге стране. У Енглеској међутим, основне стране у поступку договарања признања су бранилац окривљеног и полиција, на којој релацији се постиже већина свих договора и то у свом комплетном виду(2). До погодбе може доћи у било

(1) D. Fellman, *the Defendat's Rihts Today*, p. 231.

(2) P. Thomas, *Plea Bargaining and the Turner case*, *The Criminal Law Review*, October 1970, p. 562.

ком делу кривичног поступка, али се у пракси оно најчешће врши, или непосредно пре подизања оптужног акта, или после његовог формулисања и доношења. Ребе се дешава на главном претресу, јер се сматра да договоре те врсте треба обавити што пре, у што ранијем стадијуму кривичног поступка. У Енглеској, међутим, до таквог признања долази доста често и на главном претресу. Тако је нпр. у наведеном случају *Turner* окривљени признао другог дана претреса, пошто га је за време паузе за ручак, његов бранилац тако саветовао да поступи(3). Упратко, окривљени има могућност да призна или:

1) лакше дело апсорбовано радњом која је у изгледу да му се оптужницом стави на терет (или му је већ стављено на терет), или

2) лакши облик дела које ће му се ставити на терет (или ако је оптужница већ подигнута, већ стављено на терет)(4).

Ако окривљени призна, главни претрес се не одржава, ако је признања дошло пре њега, или се прекида, ако је окривљени признао на претресу и никакви даљи докази нису потребни(5).

Иницијативу за ову нагодбу у САД (где је ова пракса много раширенија појава него у Енглеској) даје углавном државни тужилац, који иначе, у целом поступку договореног признања има најзначајнију улогу, мада почетну иницијативу може да предузме и сам окривљени, нпр. саветован од свога адвоката. У Енглеској, међутим, врло истакнуту улогу у поступку договарања има бранилац окривљеног који има најчешће и иницијативу у покретању поступка договарања и креирању појединих елемената договора, па чак јавља потреба заштите и самог окривљеног од нагурања признања које не жели да прихвати(6). У САД поступак договарања има два дела, од којих први обухвата договор између државног тужиоца и окривљеног, али да би он имао ефекта, договором мора да буде обухваћен и судија. Други део договора дакле, одвија се на релацији државни тужилац—судија, и то после постигнутог договора на првој релацији, државни тужилац—окривљени. Државни тужилац је дужан да упозна судију са овим елементима договора, затим карактером, квалитетом и квантитетом доказа, као и констатованим чињеничним стањем. На судији је да, на основу дискреционог права, оцени да ли је такав договор у јавном интересу, тј. да се можда није десио случај да је државни тужилац пристао на превише лако кривично дело у ситуацији када можда располаже јаким доказима за много теже дело. Тек постизањем договора између судије и тужиоца, оснажује се претходни договор између окривљеног и тужиоца. За разлику од праксе у САД, судије у Енглеској никада не одређује пресуду коју мисли да изрекне и његова слобода је у том смислу потпуна. Врста и висина санкције није елемент договора у Енглеској и она зависи само од судијине професионалне савести, мада парадоксално, судије су у Енглеској (опет за разлику од америчке праксе) неретко лично ангажовани у поступку договарања, иако сами ништа нису дужни нити могу да обећају окривљеном(7).

(3) Thomas, *ibid.* p. 59.

(4) Orfield Lester Bernhardt, *Criminal Procedure*, London 1947, p. 301.

(5) Palmer & Palmer, *Criminal Procedure*, London 1954, p. 64.

(6) Thomas наводи на стр. 561 тач. 2 *Правила о договарању признања* у којима се предвиђа да окривљени мора имати потпуну слободу да ли да призна или не, да се не би десио да од стране свога адвоката буде принуђен на признање, у ситуацији када то сам добровољно не жели.

(7) Thomas, *ibid.* p. 561.

Поступак даље тече тако да окривљени, најчешће у фази оптужења и припрема за главни претрес (*arrangement and preparation*) после изношења навода оптужнице, према договору признаје лакше дело или лакши облик дела за које се терети, државни тужилац се, према договору саглашава да промени оптужницу, а судија прихвата такво признање и, такође према договору, доноси осуђујућу пресуду на одређену висину и врсту санкције. Тиме је кривични поступак окончан, јер се према договору, окривљени одрекао и права на употребу правног лека (једино не може да се одрекне права на жалбу због евентуалног постојања нефер поступка у вези са договарањем признања).

Треба још рећи да се цела операција договарања признања обавља усмено, тј. не фиксира се записнички, па тако окривљени нема у ствари никаквих гаранција ни од стране државног тужиоца, а још мање од судије са ким у САД није ни у каквом непосредном односу, да ће се све одвијати онако како је договорено. То је уједно и битна карактеристика поступка договореног признања, које се највише базира на узајамном тространом поверењу између главних кривичнопроцесних субјеката, носилаца главних кривичнопроцесних функција.

Са становишта континенталног кривичног поступка и начела која су њему иманентна, цео институт договореног признања англосаксонског кривичног поступка има недвосмислено призвак заобилажења принципа истине, једне тростране преваре у којој активну (чак главну!) улогу имају државни органи, тужилац и судија. Наиме, јасно је да у поступку договореног признања сви главни кривичнопроцесни субјекти, суд, тужилац и окривљени, добро знају да признање добијено договором, у ствари није истинито, и да у најбољем случају представља некомплетну истину. Каког онда смисла и оправдања има ова трговина истином, замагљивањем праве ситуације која се онда заправо никада и не расветли? Интереси су различити, али очигледно да су подударни између главних кривичнопроцесних субјеката.

Јавни интерес, чији су заштитници тужиоци и судије, лежи у окончању кривичног поступка за што краће време, са што мањим људским, временским и материјалним ангажманом, а да се при том поштује основни циљ кривичног поступка, да нико невин не буде осуђен и да нико крив не избегне казну. Сматра се даље, да је објективна ситуација једноставно таква, да другог процесног решења нема. Наиме, 1) криминалитет је у сталном порасту; 2) постојећи судови и правосудне институције уопште су недовољни да реше све случајеве задовољавајућом брзином кроз комплетан поступак; 3) комплетан поступак представља тежак терет за приличан број лица с обзиром на сведочку и поротничку грађанску дужност, и 4) окривљени су по правилу, несклони да признају, чак и у случајевима постојања јаким и објективно тешко оборивих доказа, ако им се не стави у изглед могућност лакше казне за мање озбиљно кривично дело(8).

Интерес окривљеног, онога ко је стварно извршилац кривичног дела које му се ставља на терет, врло је очигледан. Он најме, договореним признањем смањује меру, па неретко и врсту казне, нпр. уместо

(8) Orfield, *op. cit.* p. 299.

смртне—затворска, уместо затворске—новчана или условна затворска и сл., затим сасвим другачији третман у евиденцији осуђених, брз поступак који је лишен дуготрајних притвора и неизвесности у погледу коначне одлуке. Такво признање посебно погодује оној категорији окривљених који нису много расположени да се у кривичном поступку откривају разни аспекти везани за њихову криминалну делатност, евентуални саучесници и сл., а до чега би нужно морало да дође у комплетном поступку. Наравно, проблем који иначе највише компромитује институт договореног признања су невина лица у улози окривљених. Парадоксално, али и они имају интерес да „признају” по договору, па су чак спремнији на договор те врсте од стварно кривих, јер су обично уплашени и невични у ситуацији у којој су се нашли и олако пристају на понуђени договор не осуђујући се да ризикују да буду кажњени за дело које им се ставља на терет. Многи од њих су убеђени, да када не би пристали на договор и када би инсистирали на свом праву да се истина доказује свим дозвољеним средствима на претресу, да би то могло да изазове неку врсту освете државног тужиоца у виду монтирања доказа и изрицање строже казне од стране судије. Дакле, њихов интерес је да се „извукну” из непријатне ситуације у којој су се нашли, тако да радо „признају” лакше дело од онога за које су оптужени, видећи у договореном признању свој једини пут за решење настале ситуације.

Интерес државног тужиоца је такође веома изражен, наиме постојећи докази могу да буду такви да уопште не могу да гарантују никакав сигуран исход на претресу. То важи и за ситуацију када су докази објективно убедљиви, јер је познато из англосаксонске праксе, да поротничке одлуке често могу да буду (често и јесу) плод ирационалних симпатија и антипатија чланова пороте према неком од учесника поступка, тако да није реткост ослобађање професионалних криминалаца у тзв. „чистим” ситуацијама када их сви постојећи докази терете. поготово ако одбрану заступа способан адвокат познат по ефектним одбранама на суду. Такве ослобађајуће пресуде представљају професионални минус за државног тужиоца, па је договорено признање са тог становишта сигуран пут ка осуђујућој пресуди, иако за лакше кривично дело. Наиме, сматра се да ефикасан тужилац има право да манипулише свим дозвољеним методима да би постигао најбоље резултате(9). При том се, такође, драстично смањује и трајање кривичног поступка и ангажман државног тужиоца који онда може да пређе на следећи случај. При том се као успеси у професионалној каријери броје не само број добијених случајева у односу на број предмета у којима је био ангажован, већ се посебно вреднује успешно вођење поступака договореног признања, што се сматра посебно деликатним и тешким задатком коме је дорастао само вичан државни тужилац(10).

Поставља се питање, с обзиром да је јасно да сви кривичнопроцесни субјекти имају интерес за окончањем кривичног поступка *via plea bargaining*, да ли је та могућност доступна свим категоријама окривљених, и за сва кривична дела или постоји нека селекција? Треба одмах

(9) W. Rhodes, *Plea Bargaining: Its effects on sentencing and convictions in the District Columbia*, „The Journal of Criminal Law & Criminology”, 3/79, p. 361.

(10) Orfield, *op. cit.* p. 300.

рећи да је цела област базирана на прецеденту као готово искључивом правном извору, дакле ту нема ни законских нити статутарних правила. Традицијом установљено дискреционо право судије да прихвати договорено признање или да га одбије, чини суштину овог института, али то може да води (што је у ствари и редовна пракса) у различита решења и неједнак третман.

У пракси до договореног признања најчешће долази код имовинских деликата, најчешће када су у питању кривична дела пљачке, провалне крађе и крађе. Rhodes(11) наводи још и тзв. обичне нападе тј. разбојништва која немају за последицу повређивање или смрт. Договори се јављају мада ређе и код сексуалних деликата, а могући су, такође ретко и код убистава(12).

Међутим, пре него што судија уопште дође у ситуацију да примењује то своје дискреционо право, потребно је да државни тужилац ошени да ли је опортунo предлагати у конкретној ситуацији конкретном оптуженом такав договор (иницијатива за договорено признање у САД никад не може да буде на страни суда нити он може да ступи у ма какве контакте тим поводом непосредно са окривљеним). Различит је положај судије у Енглеској у поступку договореног признања, тако да Thomas наводи(13) да судија не мора ништа да зна о договору између браниоца и полиције, о чему сазнаје тек непосредно на главном претресу. То је вероватно последица правила да одлука судије није и не може да буде део договора, па према томе ни судија нема никакве потребе да буде учесник договарања. Због тога нико и не брани судији да се, ако сматра за потребно и сам активно меша у поступак договарања (јер његова одлука не може да буде предмет договора). У Енглеској се, наизме, сматра да судије не би требало да буду активне више у том правцу једино из разлога који леже у ометању њихових осталих свакодневних активности, а не што би се њихово учешће у договору сматрало евентуално неспојивим са принципијелном поставком судске функције у кривичном поступку, као што је случај у САД(14). Што се тиче поступања државног тужиоца у САД, он може да сматра у ситуацији у којој постоје јаки и непобитни докази, да нема никакве потребе за нуђење ма каквог договора окривљеном. Даље, постоје таква кривична дела код којих је немогуће исконструисати лакше дело обухваћено радњом тежег, или његов лакши облик. Исто тако, окорели криминалци, који су више пута добијали шансу да кроз договорено признање добију лакшу казну, а тиме и могућност да се брже врате у слободу, не могу стално да рачунају да ће им та прилика бити увек нуђена, тј. државни тужилац, ценећи личност окривљеног, може да одбије преговоре те врсте. Главни императив који је и довео до формирања овог института је ипак ограничен капацитет правосудних органа(15), тако да је то основа на којој државни тужилац врши примарну селекцију регулишући приток предмета на тај начин, што настоји да путем постизања договора пре судске инстанце оконча све оне случајеве у којима је такво решење уопште могуће. Тужилац

(11) Rhodes, *op.cit.* p. 372.

(12) Orfield, *op. cit.* p. 299.

(13) Thomas, *op. cit.* p. 562.

(14) Thomas, *ibid.* p. 565.

(15) Rhodes, *op. cit.* p. 360—361.

настоји да на тај начин пре свега реши оне случајеве у којима су постојећи докази оскудни, тако да у неким случајевима и сама оптужница постаје неумесна(16). Могући су и случајеви пријатељског договарања где и без посебних интереса, сем да убрзају поступак, тужилац и окривљени, попут парничара у грађанском поступку, постижу нагодбу. Ипак, то је редак случај и свуда где постоји простор за договарање, да би до њега дошло потребно је да државни тужилац понуди стварне уступке. Према практичном искуству кога наводи *Rhodes*(17), до договора најлакше и најчешће долази, или услед постојања неизвесности исхода случаја на суђењу (тада тужилац нудећи знатне уступке инсистира на признању), или када се због тежине кривичног дела очекује да ће пресуда бити озбиљна (тада окривљени, плашећи се таквог исхода и без посебних уступака инсистира на признању).

Што се тиче обима примене овога института, треба рећи да тачни показатељи заправо не постоје већ само процене, из очигледних разлога што поменуте нагодбе између тужиоца и окривљених и тужиоца и судије (у Енглеској између браниоца окривљеног и полиције) не остављају писменог трага, а пресуда на основу признања не садржи податке и објашњења како је до признања дошло и какве је оно врсте. Могуће је констатирати чињеницу да се у просеку годишње у САД око 90 посто свих осуђујућих пресуда доноси на основу признања, при чему је процена да је минимум једна трећина од њих добијена *via plea bargaining*(18). Постоје подаци који примени договореног признања дају још већи обим. Тако нпр. *Orfield*(19) наводи да је више од 95 посто осуђујућих пресуда добијено на основу признања окривљеног, и да је *више од половине* поступака који су претходили тим осуђујућим пресудама завршено *пре* (што значи и без) главног претреса. Ниједан други процесни механизам изузев договореног признања не би могао да доведе до тако великог броја тако раних признања, сматра споменути аутор. Ако се томе дода и изванредан број договорених признања до којих је дошло на главном претресу, онда је примена тога института заиста импозантна.

Чињеница да је до формирања института договореног признања дошло *via facti*, тј. кроз правосудну праксу, то се мора опет нагласити, не значи да се ради о одступању, нити дерогирању традиционалних принципа англосаксонског кривичног поступка. Напротив, ради се о институту који представља прилагођавање захтевима праксе при чему долазе до изражаја све оне начелне поставке које чине фундамент англосаксонског кривичног поступка. Ту пре свега треба поменути 1) право окривљеног на фер суђењу(20), затим 2) право окривљеног на диспозицију, тј. његово право располагања тужбеним захтевом путем признања, као што постоји у грађанском поступку што је иначе неспојиво са основним поставкама континенталног поступка. Од значаја за поступак договореног признања је такође и 3) право окривљеног на стручну одбрану.

(16) *Rhodes, ibid, p. 361.*

(17) *Rhodes, ibid, p. 361—362.*

(18) *Felman, op. cit. p. 231.*

(19) *Orfield, op. cit. p. 287—298.*

(20) Сва начела овог типа кривичног поступка теорија излаже кроз посебну формулацију која се састоји у њиховом излагању као неког права окривљеног, што је пракса која није непозната и у континенталним системским излагањима кривичног поступка, али специфичне англосаксонске формулације не могу увек да нађу пандан у сличним континенталним формулацијама.

1) Право окривљеног на фер поступак

Захтев за фер поступањем искључује употребу силе, претње и сличних начина изнуђивања погодбе. Иако институт договореног признања нема правну природу грађанскоправног уговора, добровољност је његова битна особина и судија ће пристати на договор само ако је уверен да је окривљени добровољно пристао на признање. Узимају се у обзир и интелектуалне способности окривљеног, тако да суд, осим добровољности цени и способност окривљеног да схвати све правне последице и фактичке домете давања признања по договору.

Врховни суд САД је, поводом три случаја која су 1970. г. дошла до те судске инстанце поводом спора о ваљаности договора, стао на становиште да је за пуноважност договореног признања потребно „добровољно и интелигентно” пристајање окривљеног, при чему је пожељно да је при том био саветован од стране стручног браниоца(21).

Тада је разрешена још једна од главних дилема која је раније доводила у питање постојање добровољности признања када окривљеном због дела које му се ставља на терет, прети смртна казна, па да би је избегао, пристаје на признање лакшег дела. Врховни суд је поменутом одлуком стао на становиште да не постоји противустварна принуда, ако окривљени да би избегао смртну казну прихвата нагодбу са државним тужиоцем, да призна лакше дело, јер претња смртном казном представља законом предвиђену, дакле дозвољену претњу, а не недозвољени притисак на окривљеног. Чињеница да окривљени покушава да лимитира казну, по наведеном мишљењу, не може да буде доказ о одсуству добровољности и рационалног избора, него напротив, управо доказ о његовом постојању, посебно у оним случајевима када је током поступка договарања имао и компетентног адвоката. Као правни стандард прокламован од стране Врховног суда усвојио је дакле „интелигентно и добровољно признање, као резултат интелигентног и добровољног избора.” Ипак прихватање тог правног стандарда није било једногласно, јер су постојала и другачија мишљења, додуше заступана од мањине да законској претњи смртном казном треба дати већу тежину у одређивању постојања добровољности договореног признања. У Енглеској се питање добровољности поставља много оштрије, не само када је у питању избегавање смртне казне признавањем лакшег дела, него уопште, када је у питању ма какво избегавање неке тешке казне. Ипак пракса није још увек формулисала коначне одговоре као што је случај у САД. Уочено је да присила може ићи и у обрнутом смеру, тј. може да се деси да окривљени условљава давање свога признања добијањем обећања лакше казне. Случај *Turner* који је разрешио многе дилеме које су се јављале у пракси поводом договореног признања (нпр. учешће судије у том поступку) ова питања је оставио отвореним, тј. да се решавају од случаја до случаја, јер је очигледно да неке конкретне околности у одређеним ситуацијама нарушавају добровољност више него друге, па се сматра да би општа правила кочила и отежавала договоре око признања, што се сматра непожељним(22).

(21) Fellman, *op. cit.* p. 231.

(22) Thomas, *op. cit.* p. 565.

Добровољност пристајања на договорено признање, није једини критеријум постојања фер односа према окривљеном, јер се ту захтева и обавеза коректног поступања државног тужиоца и судије, нарочито у зном делу поступка договарања, када треба да се придржавају договором прихваћених обавеза према окривљеном. Као негативан пример, додуше ненамерно нефер поступка код договореног признања, често се у литератури помиње случај Сантобело против Њујорка, о коме је расправљао и коначно решење донео Врховни суд САД. Са окривљеним Сантобелом који је извршио два кривична дела коцкања бројевима, државни тужилац се договорио око признања лакшег дела, поседовања папира намењених коцки, за које је закон предвидео максималну казну од једне године затвора, с тим што тужилац, сходно договору не би користио своје право да захтева максималну казну, већ би се у погледу санкције сагласио да се окривљени осуди на пробацију. Тужилац се такође сагласио да неће правити никакве примедбе у погледу такве промене оптужнице. Суд је прихватио признање јануара 1969. године када је и датирано признање. Из разних разлога, а највише као последица административног одуговлачења, Сантобелу се није донела пресуда све до следећег јануара. Али у то време судија из првобитно започетог поступка се повукао из службе, а тужилац који је склопио договор у вези Сантобеловог признања, замењен је другим. Будући да није ништа знао о постојању договора нити датом обећању, о чему није постојао никакав писмени траг, нови тужилац је захтевао најстрожу казну. Судија, такође необавештен о постојању договора, а с обзиром на службени извештај да се ради о професионалном криминалцу који је већ више пута осуђиван на пробацију, што није деловало на промену његовог понашања, стварно је и донео пресуду на безусловну казну затвора од годину дана. Накнадни протести Сантобела који је тврдио да се ту радило о договореном признању на које је пристао јер му је тужилац обећао пробацију а не пресуду на безусловну казну затвора, довели су цео случај и пред Врховни суд САД. Пошто је утврђено да је наведено признање са реченим обећањем стварно постојало, Суд је усвојио став, да је то што се десило „несрећна грешка“ у уобичајеној процедури договарања, до које може да дође услед преоптерећености тужилаштва и недостатка особља. Цела ситуација је узета као пример када се договор може раскинути, тј. када се због нефер поступка према окривљеном, може усвојити повлачење признања. Тиме је омогућено не само Сантобелу да повуче признање (што је наравно одмах довело до „пада“ пресуде која се базирала на њему) већ и у будуће свим окривљенима према којима буде примењен нефер поступак, нпр. нису им испуњена дата обећања због којих су пристали на договор(23).

Разни проблеми који се практично јављају у поступку договореног признања, доводе тај институт кривичног поступка често у жижу интересовања стручне и обичне јавности, при чему се та брига најчешће изражава питањем, ко њиме добија а ко губи (и шта)?(24). Председавајући Врховног суда, судија *Burger* сматра да је договорено признање суштинска компонента у администрацији правде и да на одговарајући

(23) Fellman, *op. cit.* p. 232.

(24) Fhodes, *op. cit.* p. 361.

начин вођен поступак договарања треба да буде нешто што ће се охрабривати. Када би свака оптужница била третирана на потпуном претресу, поједине федералне јединице и федерална влада морале би вишеструко да умноже број судија и судског простора за шта уопште не постоје расположива средства. Он је такође навео и други разлог који иде у прилог овог института јер „он води у брзу и углавном финалну одлуку у највећем броју кривичних случајева”. Такође сматра да се тиме спасава окривљени од дуготрајног ленствовања у притвору у чекању претреса (а тиме и трошкови у вези са тим) а ако он на слободи чека суђење, тиме се штити јавности од склоности таквих окривљеника да наставе са својом криминалном делатношћу. Договорено признање такође, видно скраћује и временски период између оптужбе и пресуде, а повећава и изгледе на рехабилитацију нарочито примарних учинилаца кривичних дела за које је стављање под пробацију уместо казне затвора (уз увек присутну претњу да у могућем следећем случају државни тужилац неће бити расположен за погодбе и пружи му нову шансу да добије лакшу казну признајући лакше кривично дело) представља могућ пут ка поштеном животу. Али, да би институт договореног признања имао све те карактеристике које га чине корисним механизмом кривичног поступка, и да би испунио очекивања као и да би се остварила коначна сврха његовог постојања, неопходан је фер однос према окривљеном, нарочито од онога ко води те преговоре као иницијатор и главни преговарач, а то је државни тужилац. Другим речима, обећање које је тужилац понудио окривљеном у замену за признање, мора бити стриктно поштовано. Кршење таквог обећања или уопште других елемената договора, према мишљењу судије *Burgera* је „пропуст за који не постоји оправдање” јер наноси штету не само једном окривљеном, мада ни то није толерантно, већ уопште, уноси неповерење окривљених према овој установи која је битно повезана са поверењем и која без њега не може да постоји(25).

Други проблем представља негодовање јавности која је склона да критикује постојање института договореног признања као начина да се окорели криминалци извукну са благим, готово симболичним казнама или условним осудама. *Rhodes* међутим сматра(26) да је такво мишљење претерано, настало на основу појединачних случајева презентираних у штампи, и да се олакшице у казни не додељују рутински свима који признају кривицу. У суштини олакшице се уопште не уочавају код случајева кривичних дела разбојништва (тзв. обичних напада код којих није дошло до повређивања или смрти) и крађе. Код провала, признање доводи до редукције оптужнице, али нема доказа да су изречене санкције битно блаже од оних којима је претходно комплетан кривични поступак без признања. Само у случајевима кривичног дела пљачке, пресуде су биле много строже према онима који су осуђени у пуном поступку после одржаног претреса, дакле договорено признање само у тим случајевима доводи до стварно блажег кажњавања. Дакле и он сматра као и већина стручне јасности, да је институт договореног признања неопходан и користан у функционисању кривичног правосуђа.

(25) *Fellman, op. cit. p. 233.*

(26) *Rhodes, op. cit. p. 375.*

Потреба за фер поступањем у вези са договореним признањем још је више наглашена чињеницом да признање окривљеног не значи само његово саглашавање са санкцијом одређене врсте и мере, већ у процесном смислу значи одрицање од низа права до чије примене не долази услед прекида кривичног поступка. Пошто се ради о правима која су фундаментална за овај тип кривичног поступка и сматрају се драгоценим не само са становишта окривљеног, већ уопште гледано са становишта заштите демократских тековина системског карактера(27), гарантовање фер поступка приликом склапања погодбе је гаранција да окривљени није претрпео штету лишењем тих права. Признањем кривице пре претреса, окривљени се лишава права на јавни претрес, права на претрес пред поротом, права на непристрасан суд, права на одбрану, права да сведочи (или одбије да сведочи) у својој ствари, привилегије против самооптужења (*benefits against self-incrimination*), права на употребу правног лека (у случају договореног признања може да се жали једино на недостатке у вези са поступком договарања, нпр. непридржавања тужиоца датог обећању и сл.). Такође је ограничено и његово право на повлачење признања.

Најме, повлачење признања је један специфично англосаксонски институт (*withdrawal of plea of guilty*) у случају договореног признања може се повући (заправо судија ће прихватити то повлачење) само ако постоје недостаци у вези са договором, ако је договор изнуђен нефер поступањем од стране тужиоца. Наравно, као и у случају повлачења обичног, недоговореног признања, судија није ничим обавезан да прихвати ово повлачење, већ има дискреционо право да процени како ће да поступи у конкретном случају(28).

У сваком случају у пракси је уочено да су судије много склоније да прихвате повлачење обичног признања него договореног, јер у другом случају то повлачење може бити увек начин вршења притиска на државног тужисца и разних других злоупотреба да би се изнудили бољи услови договора.

2) Право окривљеног на диспозицију

Традиционално правило англосаксонског кривичног поступка да признање ма у ком процесном тренутку било дато, представља уједно и крај даљег извођења доказа, јер после њега одмах долази до изрицања осуђујуће пресуде (кад се каже „одмах” тиме се не мисли „сместа”, већ да после признања, прва следећа процесна радња представља доношење пресуде, тј. да између *plea of guilty i sentencing-a* нема међурадњи). Сам институт договореног признања уопште не би могао да постоји у свом данашњем облику, да нема правила да признање доводи до обуставе даљег поступка и доношења пресуде. Кад не би било тако, признање окривљеног лакшег кривичног дела од онога које је стварно извршено, не би омело суд да у поступку извођења доказа утврди да се ради о

(27) Fellman, *op. cit.* p. 233.

(28) Orfield, *op. cit.* p. 300—301.

лажном признању, тј. да се права истина разликује од онога што окривљени таквим признањем представља као истину. Такво признање онда не би могло ни да буде усвојено, нити би онда могло да представља ма какву олакшицу за окривљеног, тако да би сви садашњи интереси кривичнопроцесних субјеката, отпали.

Треба рећи да савремени англосаксонски кривични поступак познаје и нека одступања од тако традиционално схваћеног дејства признања. *Orfield* наводи(29) да у случају озбиљних кривичних дела суд не може једноставно да прекине поступак после добијеног признања, већ има дужност да саветује окривљеног да га повуче јер је оно можда дато грешком у погледу чињеничног стања или правних питања везаних за признање, и да тиме дозволи да се ствар потпуно расветли. Тек у случају да окривљени инсистира на признању, поступак се прекида и доноси се осуђујућа пресуда. У случају да прихвати савет и повуче признање, то повлачење се прихвата без улажења у питање постојања разлога који су иначе потребни да оправдају повлачење признања, јер се ту ради о повлачењу које је саветовао суд, у јавном интересу. Трећа могућност је да окривљени остане нем после примљеног савета да повуче признање. У случају прекршаја и преступа, такво ћутање се тумачи као истрајавање на признању, а у случају кривичних дела као његов одсуство(30), с тим што се у овом другом случају главни претрес може одржати само ако се окривљени у том смислу определио, дакле он не може остати потпуно нем.

Пракса је такође да се много теже прихвата признање оног окривљеног који није имао адвоката, па многе судије не обраћају толико пажње на критеријум тежине кривичног дела и саветују све окривљене који нису имали адвоката, без обзира на дело које им се оптужницом ставља на терет, да повуку признање и дозволе потпуно расветљавање кривичне ствари(31).

Сви ти у ствари доста исконструисани захвати у вези са признањем резултат су извесних промена које су наступиле у последњим деценијама у англосаксонском кривичном поступку, где све више продире схватање, да голо признање не би смело баш у свакој ситуацији механички да доведе до изрицања осуђујуће пресуде.

Што се тиче договореног признања ту је судија обухваћен договором (видели смо да у Енглеској судија често може да буде и потпуно необавештен о постојању договора(32) тј. у САД он зна унапред да се признаје нешто што није баш у потпуности истинито, и с тиме се саглашава, тако да ту онда не постоје никакви разлози да саветује окривљеног да признање повуче, већ изриче осуђујућу пресуду без околишана и међурадњи.

Међутим, ако судија и нема разлога да саветује окривљеном да повлачи такво признање које је резултат договора, он има разлога да се у јавном интересу упусти у утврђивање чињеничног стања(33). До тог утврђивања треба да дође не после признања, већ пре њега, тако да то представља део процедуре договарања.

(29) *Orfield, ibid. p. 270.*

(30) *Orfield, ibid. p. 270.*

(31) *Orfield, ibid. str. 295.*

(32) *Thomas, op. cit. p. 562.*

(33) *Fellman, op. cit. p. 234.*

(34) *Fellman, ibid. p. 233.*

Фелман наводи(34) да Правило 11 Федералних правила о кривичном поступку (*Federal Rules of Criminal Procedure*) препоручује (али не обавезује!) судијама да пре усвајања понуђеног признања, треба да испитају и утврде чињеничко стање. Тек на основу тога може да се прихвати признање лакшег кривичног дела или лакшег облика основног дела — мора се дакле пре свега утврдити о ком се делу у ствари ради. Тиме се спречава наступање негативне појаве везане за договорено признање, а то је тотално заобилажење истине, грубо фалсификовање прошлости, замагљивање признањем оног што се стварно десило. Договорено признање не може да буде за било које кривично дело без икакве везе с оним што се стварно десило, већ оно мора имати основу у стварно утврђеном чињеничном стању.

То је извесно нарушававање традиције у вези са дејством признања изван којег суд ништа више не жели да сазна да би изрекао осуђујућу пресуду. Међутим, ради се о доста значајним разлозима које доводе до тога да се мора поклонити пажња и још нечем и онда када окривљени нуди признање, а то је да се пре свега, у јавном интересу спречи да услед одуставе доказивања, остану неоткривене важне околности под којима је извршено кривично дело, евентуални саучесници, затим да нека категорија оштећених буде онемогућена у остваривању својих оштетних права ако суд никад до краја не би расветлио догађаје прихватајући договорено признање. Дакле, како је предвиђено поменутиим Правилу, „суд неће улазити у пресуду на основу признања кривице, ако није претходно у потпуности задовољан утврђеним чињеничним стањем”(35). То конкретно значи да у самом механизму договарања суд неће да прихвати договор тужиоца и окривљеног све док не утврди чињеничко стање, па ће тек онда донети одлуку да ли да прихвати поменути договор или не, с обзиром да сам договор између државног тужиоца и окривљеног, њега ни у ком погледу не обавезује, а до директног договарања између њега и окривљеног (бар у САД) не може да дође.

Поменута препорука Правила има такво дејство да су многе федералне државе донеле интерна правила која су обавезна за судове на њиховим територијама, на такво поступање у случајевима договореног признања. Та посебна правила најчешће инсистирају на томе да суду сви детаљи буду познати, уз поменућу чињеничну основу, при чему као гаранција заштите како јавних интереса тако и интереса окривљеног, све чешће се као обавезно тражи састављање записника о договореном признању, које нема разлога да изостаје, јер је поступак договореног признања легалан кривичнопроцесни механизам тога типа кривичног поступка.

3) Право окривљеног на стручну одбрану

Пошто стручна одбрана долази до изражаја више у главном поступку посебно на претресу, а то су фазе кривичног поступка које се не одржавају у већини случајева договореног признања, окривљеном је у неку руку ускраћено коришћење овог права у његовом пуном обиму.

(35) Fellman, *ibid.* p. 233.

С друге стране, сматра се да је цела процесна ситуација настала договором, таква да су у питању многи витални интереси окривљеног који више него у неким другим фазама кривичног поступка, директно зависе од његових поступака и одлука. Неук, неискусан, наиван или застрашен окривљени може олако да пристане на договор те врсте не водећи довољно рачуна о стварним сопственим интересима. Процесна ситуација договореног признања није, додуше, таква да изискује постојање обавезне одбране, али је присуство стручног браниоца окривљеног веома пожељно, и судови су много склонији да прихвате признање оног окривљеног који се претходно саветовао са својим браниоцем. Његово присуство у том делу кривичног поступка гарантује да државни тужилац није наметао окривљеном услове договора који би били претерано тешки и неправедни, а нарочито да се није десила ситуација од које се највише стрепи, а то је, да невино лице, невешто ситуацији у којој се нашло, кроз договорено признање види једини излаз и начин да себи олакша положај, мада постоје добри докази којима би на претресу могла да се оповргне заснованост оптужбе. То је уједно и највећи могући недостатак овог института, па се због тога инсистира на стриктном поштовању прокламованог стандарда „интелигентног и добровољног” признања, а све чешће и на присуству браниоца. При том неки теоретичари као нпр. Фелман⁽³⁶⁾ поступак договореног признања сматрају ситуацијом која изискује обавезно присуство браниоца без обзира да ли постоје остале околности које закон иначе тражи да би одбрана била обавезна. Дакле, окривљениково право на стручног браниоца не само што се признаје у свом пуном обиму, а не треба заборавити да се ту ради о веома раним фазама кривичног поступка у којима уобичајено ниједан кривични поступак не признаје право на браниоца у истом обиму као што је случај на главном претресу, већ се оно сматра врло пожељним и корисним за функционисање целог механизма. Наравно, само присуству браниоца није гаранција да неће доћи до злоупотреба од стране државног тужиоца, али је то ситуација када су супротстављени један насупрот другом стручњаци, дакле бар формално постоји „једнакост сружја”. Што се тиче замерки да су многи бескрупулозни адвокати веома вешти баш у постизању договора те врсте, којим изнуђују за своје клијенте неоправдано благу казну, одговор је исти, наиме државни тужилац је стручно и компетентно лице, дакле, треба да представља дораслог противника таквим адвокатима окривљених. Како је речено, у Енглеској се окривљеном не само признаје право на стручног браниоца у процесу постизања договора, већ је улога тога браниоца веома значајна с обзиром да он представља једну од страна у договору⁽³⁷⁾.

Закључци

Посебна председничка комисија за негативности у администрацији правосуђа, извештавајући 1967. г. нагласила је у свом налазу да поступак договореног признања може бити подлога за многе злоупотребе и то озбиљне. У преоптерећеним правосудним установама где су судије и ту-

(36) Fellman, *ibid.* p. 231.

(37) Thomas, *op. cit.* p. 561—562.

жиоци немоћни да буду ефикасни у свим случајевима које морају да реше, опасни криминалци могу манипулисати системом договореног признања да би постигли неоправдано благу казну и општи третман. Постоји и опасност са друге стране, да тужиоци прете, и спроводе у живот те претње, претерано високим казнама онима који не пристају на договор, да би се тиме изнудило признање, као и од инсистирања на тежем делу од оног које је учињено, у истом циљу. Таква ситуација представља тешко оптерећење за оне окривљене који легитимно инсистирају на одржавању главног претреса, на утврђивању материјалне истине и који једноставно не желе да се у ма ком смислу цењкају и погађају. Те ситуације су тим озбиљније што их је тешко доказати, већ се само претпостављају да постоје.

У САД се такође сматра недозвољивим понегде уочена пракса да се судија договара директно са окривљеним у погледу врсте и висине санкције. Препоручује се даље, да када судија на основу своје професионалне савести осети обавезу да изрекне тежу казну од оне коју је договорио тужилац (а на коју је он првобитно пристао, па се касније предомислио) да окривљеном треба дозволити да повуче дато признање. У том погледу пракса у САД се приближава унеколико пракси у Енглеској где одлука судије никада није део договора и где је он заправо потпуно слободан да изрекне према својој савести санкцију коју сматра одговарајућом у одређеном случају.

С обзиром на све речено, у САД се препоручује да договоре око признања не треба да обавља било који надлежни државни тужилац већ одређени експерти, специјализовани само за ту врсту посла и са великом искуством у њему, с тим што готово неограничено дискреционо право државног тужиоца треба да буде ограничено и тачно одређено писаним прописима. И налаз поменутог комисије ставио је акценат на корист самог института договореног признања, за које је речено да служи суштински, доприносићи операционализацији система кривичног правосуђа, али да би интереси друштва и самих окривљених били боље заштићени, ако би се цео поступак одвијао кроз јединствену општу политику која би са своје стране требало да буде базирана на одређеним правилима законског или статутарног карактера. Овако, договорено признање има форму која је најсличнија импровизацијама *ad hoc* тако да би замена неканалисаних могућности дискреционог оцењивања, опште познатим прописима у тој области представљало значајан напредак.

На крају треба рећи да је институт договореног признања у англосаксонском кривичном поступку од самог почетка примене начелно имао „зелено светло”, јер се није противио ниједном суштинском принципу тога поступка. Поред тога, договорено признање је својом изузетном прагматичношћу нудило одговоре на многе практичне проблеме, нарочито оне који су у вези са рационализацијом кривичног поступка. На примедбе теоретичара континенталног кривичног поступка, који договорено признање сматрају сумњивим механизмом којим се изиграва принцип истине, одговара се обично да хипокритички затварају очи над сличним (само илегалним) појавама у сопственим срединама. Постоје, наиме, индиције да се у истрази многих земаља континенталног типа кривичног поступка стварно нешто слично дешава, тј. да се окривљеном

у замену за признање по сваку цену макар оно било и неистинито, или само делимично истинито, нуди низ олакшица, блаже кажњавање, занемаривање неких аспеката његове криминалне делатности и сл. Све је то, наравно, потпуно недозвољено и противи се суштинским начелима континенталног типа кривичног поступка, па се због тога договори те врсте одвијају илегално, скривено и од очију шире јавности а и од других учесника кривичног поступка (нпр. судије и тужиоци обично ништа не знају о договорима између окривљеног и полицијских органа).

Злоупотребе свих врста и на штету свих учесника у поступку, а посебно на штету јавних интереса су због те илегалности још више изражене. Због тога се и поставља питање опредељења „за“ или „против“ постојања института договореног признања, с обзиром на све што је речено о његовим добрим и лошим особинама, јер је јасно, да чак иако ове друге преовлађују, да је онда боље да то буде под контролом јавности. Дакле, у случају позитивног опредељења, неопходно би било стриктно прописати услове и околности примене договореног признања, процесне улоге учесника у договору и уопште процесне механизме функционисања овог института као и санкције за непридржавање прописаних правила или за њихову злоупотребу.

У случају пак негативног опредељења, које иначе сматрамо једино могућим када је наш кривични поступак у питању потребно је преиспитати рад појединих учесника кривичног поступка нарочито у фази претходног поступка када се поменуће аномалије најчешће могу десити уз онемогућавање, већ у зачетку сваког вида таквих договора.

SUMMARY

PLEA BARGAINING IN THE ANGLO-SAXON CRIMINAL PROCEDURE

Plea bargaining represents an institute peculiar to the Anglo-Saxon criminal procedure, the essence of which lies in the bargaining between the prosecution (and judiciary) on the one side, and the defendant on the other, leading to a situation in which the defendant is able to plead to a lesser offence than the one he is prosecuted for, or at least a lesser form of the same offence. And since the defendant's plea in the Anglo-Saxon procedure also marks its termination, plea bargaining is a specific mechanism leading to this end in far less time and far less expense to the State. In exchange for this plea, the defendant is offered a guarantee of sanction which consequently must be more lenient to the defendant, since he has made a plea to a lesser offence or at least its lesser form.

In particular cases, plea bargaining is more frequent in two situations: either, where due to the specific state of the evidence before the court the outcome of the procedure seems uncertain, inducing the prosecution to insist on a plea of guilt of the defendant by offering considerate concessions, or, where there is a certainty of a severe penalty, and the defendant, in fear of this outcome and without any particular concessions from the prosecution (save for the fact that a lesser offence carries a more lenient sentence), insists to plead guilty.

Although this institute is not provided or regulated by law or other statutory provisions, it has been completely adopted in practice, and today only several decades from its introduction in practice, it represents one

of the indispensable legal and judicial mechanisms, without the implementation of which its efficiency would seriously be jeopardised in its essence. Its implementation in practice is supported by the State and judiciary, the political organs of the relative countries, and in legal theory as well, while certain objections and suspicions have been posed by the so-called lay-man public opinion. It sees plea bargaining as a means of evading the truth by manipulation of the criminal procedure mechanism by the unscrupulous criminals and their skillful lawyers. There is also the fear of ready resort to plea bargaining by innocently accused citizens. but, apart from the relief it brings to the State and judiciary, which is its main advantage, legal theory frequently insists with sound basis that the agreement of the institute of plea bargaining with the essential principles of this type of criminal procedure, such as the right of the defendant to a fair trial, right to an expedient trial, right to professional legal defence (representation), »right of disposition« etc.

RÉSUMÉ

L'AVEU CONVENU EN PROCÉDÉ PÉNAL ANGLO-SAXON

L'aveu convenu (plea bargaining) est l'institut spécifique de procédé pénal anglo-saxon, dont le fond est l'accord entre les organes juridiques et l'inculpé qui implique l'aveu d'acte plus facile que celui qui lui est mis en charge, ou bien de se forme plus facile. Après que l'aveu représente la fin du procédé anglo-saxon, l'aveu convenu est le mécanisme spécifique de son achèvement avec bien moins de dépense du temps et d'engagement des organes juridiques. En échange de cet aveu, l'inculpé est offert dungarantie du sorte et d'hauteur du sanction qui est plus léger et plus favorable, puisqu'il avoue l'acte plus facile ou la forme d'acte facile. Dans des situations concrètes on utilise l'aveu convenu quand à cause d'état spécifique des arguments l'issue du procédé est incertaine, ou quand l'accusateur en offrant des concessions considérables à l'inculpé insiste sur l'aveu, ou quand on attend certainement une peine assez grave, ou quand l'inculpé en craignant du peine grave, sans des concessions particulières (sauf le fait que pour l'acte plus facile on obtient la peine plus facile) insiste sur l'aveu. Bien que cet institut n'est prévoit ni réglé par les lois ou les statuts, la pratique l'a accepté et il est aujourd'hui, les dizaines d'années après son introduction en pratique, un des irremplaçables mécanismes juridiques, très important pour sa efficacité. Le maintien d'aveu convenu en pratique est soutenu par les organes juridiques et politiques des pays nommés et en théorie, aussi, mais, on trouve des objections et le discrédit de publique laïque, qui voit en lui le détour de la vérité en manipulant des mécanismes juridiques par des criminels sans scrupule et ses avocats verses. Il existe encore la crainte permanente que l'aveu convenu sera donner légèrement par des innocents. En outre le décharge des organes juridiques, qui est son avantage le plus important, la doctrine argumente souvent qu'il existe l'accord entre l'institut d'aveu convenu et les suppositions essentielles de principe de ce type de procédé pénal de quelles on cite souvent le droit d'inculpé d'un jugement juste, le droit de disposer de refendication du plainte (le droit de disposition), le droit de plaideroyer qualifié et le droit de jugement rapide.

ор Милутин Р. Буричић,
адвокат из Пећи

ВЕЋА СТАРАЦА КОД АЛБАНАЦА НА КОСОВУ

Веће стараца (алб. *pleqnia*(1)) је скуп људи изабраних од заинтересованих странака различитих албанских родова за мирење у неком спору. Сваки род у селу има свог репрезентативног старца (алб. *plak*(2)) који више-мање познаје правне обичаје и који је спреман да буде биран у веће стараца за странку из свога рода(3). Ако је у неком селу један род малобројан (до 3 куће) оно за веће бира старца из најближег истоплеменог села(4). Мања родовски компактна села обично имају једнога старца(5). Велика села са нараслим братствима имају старце братстава(6).

Звање старца стиче се годином и искуством у примени правних обичаја. О његовим моралним својствима треба да се зна да му се ни преци нису бавили нечасним делима, да му жене нису затицане у недозвољеним односима и да су били поштоваоци обичаја. Он треба да је непристрастан у односу међу рођацима и неподмитљив на њихову штету. Звање старца се не наслеђује, али се често преноси са оца на сина.

Веће стараца је врло стара установа која подсећа на герузију код старих Јелина. За веће стараца код Албанаца се зна већ у XVI веку. Владике у Албанији ослањале су се на већа стараца(7). Према родослову судеће куће Брахим Хоџе из Јуника зна се да су Албанци разрешавали своје спорове по обичајима најмање пре 25 генерација. Већа стараца још одлучују о везивању бесе(8).

Обичајним правом служе се Албанци који живе у селима и мањим варошима (Исток, Клина, Дечани, Ораховац, Сува Река, Србица). Њега

(1) *pleqnia*- савет стараца, облик множине од *plak*- старац. *Gustaw Mayer, Etimologisches Wörterbuch der albanesischen Sprache, Strassburg, 1891, p. 77.*

(2) *plak*-у, сродно грчком *plakon, plakidas, plakia*, придев *palai*; -*ak* је суфикс. стари. *Ibid.*

(3) У селу Каменица код Пеће Бање род Гаши старца Авди Уку, а род Келменди Јусуфа Липаја. У Малој Јабланици род Морина има Халила Мавраја, род Краснићи- Суља Бицаја, а род Шаља- Авдула Реџаја. У Дијаку код Баковице род Таћи има старца Мона Дервиша, род Морина- Халил Зећу. У селу Трстенику код Пећи род Бериша има старца Арифа Беришу, род Краснићи — Уку Бајрама, род Морина — Сејди Весеља, род Кабаша — Имер Авдију, род Гаши- Рама Садрију. Тако је и у другим селима.

(4) У селу Мужевине код Истока родови Таћи, Краснићи и Келменди су малобројни па их репрезентују старици истих родова из најближих села.

(5) Село Горњи Стреоц (род Краснићи) има старца Шабана Идриза, а Доњи Стреоц (род Шаља) Авдуљ Вуку.

(6) Село Врела код Истока (род Краснићи) има четири братства, која имају своје старце: Мараји (30 кућа) — Суљ Цена, Бицаји (50 кућа) — Тахир Бицаја, Мавараји — Ук Зенуна, Дрешаји — Мехмет Хајриза.

(7) Milan Sufilaj, Повијест Сјеверних Арбанаса, Архив за арбанашку старину, језик и етнологију, II, Београд, 1925, п. 235.

(8) А. *Shtjefen Konst Gjeçov, Kanun i Lekë Dukagjinit, Shkodër 1933, p. 100.*

За време турско албанска племена Шаља, Келменди, Краснићи и Берише настала су да поделе Пећ на подручја у којима би биле надлежне њихове плећније.

се није одрекла ни прва генерација досељеника у градовима. Староседеоци у градовима обично се више служе позитивним правом. Већа стараца утичу и на правни живот у градовима(9). И неалбанско становништво, пред страхом од освете, често је принуђено да следи албанске обичаје(10).

Већа стараца бирају странке од случаја до случаја. Најлакше спорове мире већа до шест, средње до 12, а најтеже до 24 старца. Обично свака страна бира половину. Но, то није чврсто правило, јер и најтежи спор може помирити један човек изабран од странака или већа стараца.

Већа стараца заседају у облику потковице и јавно одлучују. Ниговој одлуци може да претходи компромис о накнади штете који закључе посредници. Тада веће стараца формално проглашава тај компромис као своју одлуку.

Место заседања је најчешће кућа оштећене стране.

Најтеже је склопити споразум о пристанку на мирење. Кад до тога дође и најтежем спору набе се решење. Ако га не уме наћи веће стараца наћи ће га нека од судећих кућа којој су познати прецеденти(11).

Пристанак на мирење

За мирење је потребан пристанак заинтересованих странака. Господар куће која угрожава туђе добро треба да се сагласи са понудом угроженог о изласку на обичајно-правни пут (алб. *ne rrugë*).

Пристанак може бити неизнуђен и изнуђен.

Неизнуђен је кад једна страна прихвати понуду друге и изабере чуваре бесе који штите такав споразум. Ситније спорове разреше и саме странке без посредника.

Пристанак је често измољен посредовањем (алб. *ndermjetsija*). Пред страхом од крвне освете упрожена страна непрестано шаље нове посреднике који данима и ноћима моле оштећеног да пристане на мирење, да им повери („доклони“) спор који ће они окончати најповољније. У XIX веку католички свештеници су сваке друге године са поворком народа преклињали оштећене да пристану на мирење. У турско време рођаци су везивали убицу и уводили га у кућу оштећеног молећи да пристане на умир крви.

Неизнуђен је и пристанак на понуду иза које стоји упозорење да ће се освете понављати: „Убио сам ја тебе, убићеш ти мене, па ја тебе па ти мене, па мој девети унук твога деветог унука. Некад ћемо се помирити. Боље пре но после. Зато изабери ти из 12 фисова 12 стараца а ја

(9) Страх од освете утиче на учиниоце саобраћајних незгода да плате штету и кад су оштећени искључиви кривци, делује на сведочење пред државним судовима, утиче на судове да доносе осуђујуће пресуде и против нсвинних возача како би и осигуравајући заводи платили штету. За време турско-албанска времена Шаља, Келмеди, Краснићи и Беррише настojала су да поделе Пећ на подручја у којима су биле најтеже њихове плећнице.

(10) Албанских обичаја придржавају се и Роми. 1981. године био сам члан већа стараца испред једног невиног возача Рома из Књажевца који је, пред страхом од освете, платио штету за саобраћајну незгоду у Мужевинама, што му је редовни суд узео као признање кривице, чиме је оштећеном омогућено да штету наплати и од осигуравајућег завода.

(11) Најпознатије судеће куће су: Хаџи Кера у Јошаници (Ругова), Камбера Адема у Љубиши, Бајрама Аге у Рашкоцу, Уке Рустема у Г. Стреоцу, Хаџије Краснићија у Врановцу, Алије Феризија у В. Јабланици, Мухамеда Љана у Дечанима, Рамадана Шабана у Кијеву, Цемајла Обриње у Обрињу, Садрије Адемија у Ваковачкој Јабланици, Марка Пљаскаја у Злокућанима, Уке Сахита у Грабаници и Брахима Хоџе у Јунику. Оне се баве обичајним судовима у виду заната и уз накнаду.

ћу 12, или ти бирај свих 24, па како они кажу нека буде". После такве поруке пристали су Симонаји из Клине да се помире са Шабанајима из М. Крушева.

Изнуђен је пристанак претњом. Претња може бити управљена на угрожавање имовине или личности лица које не пристаје. Претњу упућују оштећени штетнику. Известилац Имер Љајић из М. Штупеља саопштава 18. 4. 1972. г:

Непоштеног човека није лако натерати на мирење. Хара туђе њиве и ливаде, обећава да неће више а чини друкчије. Оштећени се жали његовим робацима да га стегну, а они не предузимају ништа. То му досади па штетнику направи два пута већу штету од оне коју је претрпио. Потом штетник сам тражи правду.

Рђав човек је сваке године „крао“ бразду земље од суседове њиве. Није пристајао да се уреде међе. Зато оштећени покоси овас на штетниковој њиви, а штетник кукүруз на њиви оштећеног. Затим се странке поделише на два фронта. Тек онда су интервенисали посредници, поставили међу и помирили их.

Суседу који намерно затвори пут мора се затворити јаз за наводњавање. Тада ће се сетити да постоји правла.

Кад неко стално вара а неће да плати дуг мора му се рећи: „Имаћеш и платићеш. Ти си појео моје паре, ја ћу твоју главу”.

Сава је једно од средстава којом оштећени скреће пажњу јавности на спор са штетником. Она се обично збива пред каквим скупом људи који интервенишу да не дође до крви, а затим истражују њен узрок и приволе штетника да пристане на обичајно-правни пут. До ње долази поводом имовинских спорова.

Турске власти су се служиле принудом. Оне су биле основале тела за принудно мирење завађених — *islihat*. *Islihat* је био састављен од турских власти и албанских старца. Дегран каже да је у Миридитима око 30 процената мушког становништва умирало природном смрћу, остатак је гинучо у осветама(12). *Islihat* је принуђивао на мирења и узимао глобу од 500 гроша, али, племена су, после извесног времена, понављала стара непријатељства(13). На Косову је *islihat* установљен 1901. године. Постојао је у Пећи, Призрену и Приштини. Он је одредио цену крви и присилио мирно међуплеменске заваде(14). Но, пошто принудно мирење није одговарало обичајима, *islihat* није могао да покаже пун успех. После мирења вршене су освете, а новац добијен на име крвине стављан у недра убијеног(15).

За време другог светског рата, налик на *islihat*, формиране су мировне комисије. Таквих комисија било је у Истоку, Клини, Баковици и Пећи(16). Поступак је усмено или писмено покретала угрожена страна,

(12) A. Degrand, *Souvenire de la Haut Albanie*, Paris 1901, p. 165—166.

(13) Фра Ловро Михачевић, По Албанији — Дојмови с пута, Загреб 1911, p. 106.

(14) Бранислав Б. Нушић, *Косово — опис земље и народа*, св. I, Нови Сад, 1902, стр. 142.

(15) Стеван Дучић, *Живот и обичаји племена Куча*, Српски етнографски зборник СКА, књ. 40, Београд 1937, стр. 180.

(16) У мировној комисији у Пећи били су: Мануш бег (фис Берипа), Белан Первеза, полицијски префект из Албаније, Бон Достаниша, командант жандармерије у Пећи; Хаши Барјактари из Врановца, Ука Поватај из Г. Стреоца, Зеко Брдунај, хоша из Радаваца, Камбер Хаџија из Почешћа — сви из фиса Краснићи; из фиса Келменди: Хаши Кери, Селман Хусај. Цемајл Мехмети и Џуб Соколи — сви из Ругова; из фиса Таћи: Адем Ариф Елшани из Озрима, Зеф Дода из Јагоде и Хасан Коџ из Глобана; из фиса Морина — Ука Бека из Крушевца. Даље су били чланови: Хасан Барјактари из Раушћина, Селим Шабани из Исти-

која је депоновала прошкове. Комисије су оружјем изнуђивале пристанак противне стране. Прекршиоце својих одлука комисије су кажњавале клањем стоке, сечењем воћних стабала и паљењем кућа(17).

После другог светског рата те комисије су замењене мировним већима ССРН, која убеђивањем утичу на завабене да пристану на обичајно-правни ред или расправљање спорова пред државним судовима.

Надлежност већа старца

Да би се знало шта спада у надлежност већа старца треба претходно искључити спорове које она не разматрају, а затим указати на оне које разматрају.

1. Послови који се не износе пред већа старца

Пред већа старца се обично не износе: спорови о којима одлучује господар куће, спорови које расправља скупштина рода, спорови из односа међу пријатељима, спорови око оспоравања очинства, деликти настали везивањем женске бесе, деликти родоскврњења, штете због повреде правних добара, штете из уговорне одговорности, уговори заштићени бесом, извршења, помирене ствари и послови о којима одлучују редовни судови и управни органи.

Спорови које пресуђује господар куће

Док су у истој кућној заједници чланови фамилије солидарно стичу, нападају и бране. Они имају јединство интереса под моћи (алб. *fuqia*, сл. римском *patria potestas*) једног господара куће (алб. *zoti të shtëpisë*), сл. римском *pater familias*). Међу члановима фамилије не може бити уговора ни цивилних спорова. Све односе међу њима суди господар куће (сл. римском *iudex domesticus*) при чему може:

— да раскине веридбени уговор свога момка и испроси му другу девојку,

— да разведе брак импотентног или абнормалног мушкарца и његовој жени нађе другог мужа из исте куће(18),

— да (код муслимана) одреди који ће момак из куће ступити у левиратски брак са обудовелом снахом,

— да преда везаног непослушног убицу из своје фамилије оштећеном господару ради суђења (сл. римском *deditio*)(19),

— да осуди на смрт и убије неког од својих мушкараца због убиства или издаје госта, и

— да развргне кућну заједницу и изврши деобу имовине(20).

нића, Бећир Грвала из Крушевца и Бећир Џемајли из Љешана. Остатак је попуњаван старцима које би бирале завабене странке.

(17) Такве казне стигле су Фазли Абаза из Истинића и Шабана Азема за вероломно убиство Руста Биљала из Дечана.

(18) У једном селу у Дреници жена је повукла бракоразводну тужбу пред судом у Приштини пошто јој је господар куће обећао заменити импотентног мужа другим момком из своје куће. Ако нема мушкараца којим би заенио импотентног мужа, господар куће може вратити снаху у род да се уда за другог. По старијим обичајима био је овлашћен, и без питања, развести брак ваког мушкараца који је под његовом *fuqia*. Тако раде и данас уз додатну формалност развода брака пред државним судом.

(19) Овај обичај је временом еволуирао у голу форму помоћу које је оштећени мољен за опроштај крвног дуга. Данас је потпуно нестало.

(20) Милутин Р. Буричић, *Господар куће код Албанаца*, Црногорска академија наука и умјетности, Гласник одељења друштвених наука, књ. 3, Титоград 1981, стр. 127—173.

Спорови које расправља скупштина рода

Род има своју скупштину (алб. *kuvenda*) којој присуствују стари и млади, из сваке куће по један човек. Свака кућа може дати иницијативу за какву расправу. Скупштина се обично одржава у кући оштећеног да би га приволела на мирење. Родовској скупштини могу присуствовати рођаци из других места — добри познаваоци обичаја. Заседање може трајати и неколико дана. Скупштине родова у родовским селима, подножјем Проклетија, око Истока, Дечана, Клине и Баковице понекад се претварају у конференције ССРН. Оне још одлучују о:

- старатељству и тугорству,
- наслеђивању куће без мушке главе и ближих сродника,
- пречем праву прибављања некретнина,
- мирењу крвних завада у роду и „личењу“ (бојкот, исељавање) сродника, као на пример у Вокши шездесетих година овог века,
- пријему иноплеменика са фамилијама на уток на дуже време,
- истребљењу рођака због издаје и убиства госта,
- мирењу других завада у роду(21) и
- коришћењу сеоских утрина, шума, вода, планинских пашњака времену жетве и попаше.

Спорови из односа међу пријатељима

Из уговора међу женидбеним пријатељима не износе се пред већа старца спорови везани за:

- плаћање цене за невесту. Обавеза момка на плаћање цене није утужива. Он не може добити девојку док у потпуности не плати цену;
- количну и квалитет опреме коју тазбина даје уз девојку (алб. *geiz*);

— предају невесте, јер ако је тазбина не преда момку пада у дуг крви; и

— уговор о заштити и издржавању пријатеља. Тај уговор потсећа на римску *Fiducio cum amico contracta*. То је неформалан посао по којем један пријатељ, пошто буде угрожен, побегне са стоком и фамилијом да се заштити, смести и издржава код другог, а као накнаду уступа даваоцу уточишта своје земљиште у посед и на искоришћавање. Пошто престану несигурна времена, бегунац се враћа на свој посед.

(Али, међу пријатељима оу утуживи други лични и имовински спорови: колико је закључено веридбених уговора, је ли верена старија или млађа девојка, је ли вереница препрошена, је ли нека жена упробљена као мамац за нечије убиство итд.).

(21) Децембра 1966. године у с. Бабај Боксу код Баковице завади се род Бериша. Ибрахим Укшин, задужен да чува свадбарке, није дозволио рођаку Хашији који је возно невесту да, уз допуштење младожење Сали Тафа, уђе код жена и види младу. Уврбени Хаџија покуша, мимо обичаја, да, пре прве брачне ноћи младенца уклони са кола кабини у којој је довезао невесту, чиме је хтео да увреди чувара жена гестом који је значно да се неће водити рачуна о виргинитету младе. Обрахим га и у томе спречи. Доче до туче у којој је више лица задобило телесне повреде (Спис Окружног суда Пећ К. бр. 8/67). И родовска скупштина ршавала је овај спор: Ибрахим је тужно Хашију за телесне повреде и Сали Тафа што га није заштитио као госта. И Хаџија је тужно Ибрахима за повреде и младожењу што га није заштитио као госта. Сали Тафо је тужно Хашију због покушаја уклањања кабине с кола. Свдбарни су тужили Сали Тафа и Хашију због намере да се продрс до њихових жена. Роловска скупштина их је измирила у Хашијиној кући.

Оспоравања очинства

Утврђивање или оспоравање очинства није у обичају Албанаца. Дете припада кући у којој је рођено. Свако дете рођено у браку припада оцу. Ванбрачна деца се приписују вампирима (алб. *lugat*). Ванбрачни порођаји се прикривају а новорођенчад излажу на јавним местима (находчад).

Деликти из везивања женске бесе

Женска беса је недозвољена тајна веза између сексуално дозрелих лица разног пола уз посредовање личног јемца (алб. *kodosh*). Она нарушава власт господара куће, прети подметањем наследника, отмицом жена, пљачком имовине и личној безбедности фамилије из које је женска особа. То је инфаман деликт, који се не износи пред веће старца. Господар блуднице убија њеног партнера или посредника који их је довео у везу. Отац убија момка који му одузме кћер без откупа, вереник момка који му преузме вереницу, муж отмичара своје жене(22).

За време турско убијани су и мушкарци који провале претреке за чување жена (хавали). Сада се већ износи пред веће старца ако неко сломи туђу капију, убије пса, зађе у простор резервисан за жене. Мири се и отац девојке коју момак узме без откупа.

Родоскрвњење

Родоскрвњење се не износи пред веће старца већ се родоскрвнители убије. Пошто жена саопшти мужу с ким је направила родоскрвњење, овај је враћа у род и саопштава име родоскрвнителя. Преступ јој не може опростити из страха да му тазбина не подметне наследнике. Таква женска особа не може да се уда док је родоскрвнители жив. Тазбина постаје инфамна и одиве јој се тешко удају. Убиством родоскрвнителя скида се инфамија и преступница се може поново удати(3).

Штете због повреде правних добара

Част и образ су правна добра. Код Албанаца кућа и жена имају част а мушкарац образ. У част се не сме дирати због страха од погибије. Образ има мушкарац који је спреман да фактички непоштеног мушкараца који дира туђу част учини правно непоштеним. Око образа нема суђења. У турско време није било суђења ни око части.

Ни око слободе нема суђења. Може неко годинама бити у кућном притвору пред страхом од освете, али на тужбу нема право. Ко се повукао у кућни притвор исказује поштовање („чини част“) оштећеној страни.

Ни због вербалних деликата не излази се пред веће старца. Обична псовка узвраћа се двоструко.

(22) Милутин Р. Буричић, Женска беса и крвна освета, Округли сто Пригорске академије наука и умјетности у Титограду на тему крвне освете, одржан 19. II 1982, стр. 1—107 рукопис.

(23) М. Р. Буричић, Деликт родоскрвнућа, „Одвјетник“, новембар—децембар 1979, стр. 401—403.

Штете из уговорне одговорности

Обичаји не познају тужбу за накнаду штете због неиспуњења уговора о року. Оно зна за штету сличну римском *damnum*. Тражити накнаду штете из уговорне одговорности није у обичају. Код бесом заштићених уговора поверилац је задовољан кад му дужник изврши престацију. Једино чувар бесе (алб. *dorzon*) без већа стараца наплаћује све штете које је претрпео извршавајући престацију за дужника.

Уговори заштићени бесом

Код Албанаца је велики број уговора заштићен бесом, коју чува лични јемац — *dorzon*(24). Чувар бесе је извршитељ престација из уговора који почива на беси. Беса има сакрални карактер. Чувар бесе даје у залог свој живот повериоцу да ће престација бити извршена. Својим животом одговара за туђу обавезу. Са своје стране, дужник залаже живот чувару бесе да ће извршити престацију. Зато уговори који се ослањају на чувара бесе (слично *praes, sponsor, fideiussor* у римском праву) нису предмет разматрања већа стараца. Они се извршавају строго како је речено (сл. римском *stricti verbis*) и о њима суди чувар бесе (сл. римском *iudicia stricta*). Ако би чувар бесе изневерио повериоца постао би издајник (алб. *hjekës*) и изложио свој живот опасности.

Већа стараца разматрају спорове из уговора који нису заштићени бесом. Спорови се могу водити и око тога да ли је постојао пакт о заштити. Поверилац може тужити да је неко био чувар бесе, а овај се бранити да је био само сведок закључења уговора. Може се спорити и око постојања или непостојања бесе у време извршења освете, о нарушавању бесе итд.

Извршења

У савременом позитивном праву извршни поступак следи после парничног или кривичног поступка. Он је потпуно одвојен од ових поступака. То је навело Рагиба Халилија да закључи како и већа стараца (*pleqnija*) располажу апаратом принуде и да постоје одређена лица којима је Законик Леке Дукаџинија(?) признавао својство извршитеља(25). Међутим, већа стараца немају извршне снаге. Извршење уговорају странке пре покретања поступка пред већем стараца. То се чини на исти начин као код уговора заштићених бесом. Формом стипулације ствара се одговорност извршитеља, „гаранта“, чувара бесе. Првом стипулацијом чувар бесе везује странку за будућу обавезу која ће настати одлуком већа стараца. Другом стипулацијом залаже живот противној страни за извршење те обавезе. Тако чувар бесе животом одговара да ће се поштовати пристанак на мирење, компромис о избору већа стараца и мериторна одлука.

(24) М. Р. Бурнич, *Чувари бесе*, Београд: САНУ, Посебна издања, Одељење друштвених наука, књ. 83, 1979, стр. 1—179.

(25) Рагиб Халили, *Плеџнија*, *Анали Правног факултета Београд*, септембар—октобар 1970, стр. 542.

Чувар бесе извршава мериторну одлуку из имовине дужника или своје. Ако веће стараца одлучи да се преда каква ствар, чувар бесе може дати своју. Ако је ангажован за какво трпљење, физички ће принуђивати дужника да трпи. Ако се ангажовао на плаћање крвног дуга треба да га плати, иначе ће поверилац убити дужника крви.

Чувар бесе је једини овлашћен да у присуству бар једног сведока принуди дужника на поштовање мериторне одлуке већа стараца. Он може, без икаквог другог налога, пленити, претити и убити дужника, а може га принуђивати и на робовски рад.

Ако чувар бесе не изврши престацију, поверилац га физички гони као издајника. То се чини обично јавно, пијачним даном, на тргу, пред сведоцима стављањем руке на неверног чувара бесе, што подсећа на *manus injectio* у римском поступку. Но, такви случајеви су ретки. Бесу чувају два чувара — по један од сваке стране. Они се старају за извршење одлуке већа.

Без одлуке већа стараца чувар бесе наплаћује и своје регресно потраживање.

Већа стараца не поступају пре но што странке закључе пакт о чувању бесе. Зато су поштећена од учешћа у извршном поступку.

Помирене ствари

Спорови које једном помире већа стараца више се не понављају. Они су као *res iudicata* у римском праву. Одлуке већа стараца почивају на беси која се не може кршити да би се поново мирило. „Плака (старац) над *пљаком* обичаји не познају”. Беса је сакралне нарави па су већа стараца поштећена од степеновања, понављања или враћање поступка у пребашње стање.

Спорови о којима одлучују редовни судови и управни органи

Обичајни судија Брахим Хоа из Јуника каже да нема спора који би веће стараца одбило да разреши ако га странке изаберу и једна другој дају чуваре бесе да ће извршити мериторну одлуку, макар ствар претходно судио државни орган.

Но, пред већа стараца не износи се известан број предмета о којима одлучују редовни судови и управни органи. То се тиче: радног права, социјалног осигурања, менице и чека, аграрних односа, социјалне помоћи, војних инвалиднина, експропријација и слично, тј. ових оних односа у којима се на једној страни јавља држава са својим организмом, а на другој грађанин као странка. Ту држава не може везивати бесу да ће поштовати одлуку већа стараца, а ради се углавном о давањима или фискусу па се мора поштовати позитивно право.

Пред државне судове и управне органе износи се ради доношења формалних одлука и послови за које позитивно право толерише компромис странака: уговори, поравњања, споразумни разводи бракова, деобе и разврнућа кућних заједница, старатељство итд. Ту редовни орган често даје само „печат” претходном споразуму по обичајима.

Са друге стране, велики број кривичних, грађанских па и управних одлука државних органа не налази на повољан пријем код странака у поступку. Обичајно право је друкчије од позитивног. Односи се често заснивају по обичајима па се странке не мире са одлукама заснованим на позитивном праву. Ту остаје широк простор већима стараца да мире странке и после одлука редовних државних установа.

На пример:

Још постоји схватање да је кривично гоњење однос између делинквента и државе, што не везује оштећену страну. Обичај на право нема разумевања за степеновање кривице и субјективну одговорност индивидуе. По њему кућа објективно одговара и за случај(26). Оно има своја сакрална начела нарочито у погледу крвних деликата и блуди. Зато се по ред субења пред државним судовима често врше мирења пред већима стараца или врше крвне освете.

Грађанска материја је другачије регулисана позитивним правом. Обичаји не знају за стицање својине и наслеђивање женског пола, због чувања жена строго налажу поштовање пречег права прибављања непокретности, прирачунавају стечену имовину наследној маси, познају залогу са антихрезом на непокретностима (алб. *pëng*) итд. Све се то сакрално поштује пред страхом од свађе или убиства. Зато извештан број грађанских судских одлука остаје фактички неизвршив па их мењају већа стараца.

Обичаји не познају савремено породично право. Жена је предмет купопродаје и заједно са децом власништво господара куће. До бракоразводних спорова може доћи само иницијативом мужа. Жена се не може ни појавити као активно легитимисана страна у обичајној процедури. Она остаје у власти мужа док не буде отпуштена без или уз забрану преудаје, о чему понекад одлучују већа стараца.

Експропријације и национализације увек се не завршавају управним актом власти. Већа стараца мире физичка лица којима је додељена са лицима од којих је експроприсана или национализована имовина јер ови последњи прете свађом и осветом.

Сукроб сакралног и позитивног права оставља широк простор већима стараца.

2. Спорови о којима одлучују већа стараца

Брахим Хоца каже да већа стараца одлучују о великим, средњим и малим споровима.

У велике спорове спадају: убиства, крвнине, постојање односно непостојање веридбеног уговора, образ и поштење, грабежи и пљачке, тј. сви они спорови који се могу расправити заклетвом са 24 саклетвеника(27).

(26) Нехат се признаје само робаку. Иноплеменнику се урачунава у кривицу и случај. Рамо Свркај из Крињина запао је 1966. г. у крвни дуг зато што је у игри лоптом главом ударно Рецпа Тутелаја који је услед потреса мозга умро. (Спис Окружног јавног тужилаштва у Пећи КТ. бр. 440/66).

Случај се не признаје и „дубовина“. „Дубови“ су они мушкарци који себе сматрају јунацима и то јавно испољавају носећи црне мараме око капа. Известници их сматрају јавним лоповима и преварантима који се у црно одевају да би могли ноћу обијати и красти.

(27) М. Р. Буричић, *Арбанашка заклетва — Веја*, Зборник за народни живот и обичаје Јужних Славена ЈАЗУ, књ. 46, Загреб 1975, стр. 79—97.

У средње спорове спадају: тешка рањавања, утврђивање женских лица која су предмет веридбеног уговора, прелјубе над женама рођака, издаје, провалне крађе, угрожавања својине на некретнинама, тј. сви спорови који вреде пола крви и који се могу расправити заклетвом са 12 саклетвеника(28).

Мали спорови су: лаке телесне повреде, поправљиво нарушавање бесе, обичне крађе, паљевине, тровања стоке, својина на земљишту, службености, помебашки спорови, обавезе из уговора који нису заштићени бесом, преча права прибављања некретнина кад је већ умешан иноплеменик, тј. сви они спорови који се могу расправити заклетвом до 6 саклетвеника(29).

Процедурална разлика између тих спорова је у тежем или лакшем давању пристанка на расправљање пред већем стараца и броју саклетвеника који се ангажују у случају конфронтације противречних доказа странака.

Доказна средства

О прикупљању доказа не стара се веће стараца. То је приватна ствар странака. Веће странака саслушава ставове странака и доказе до којих је дошла свака страна. Ни саслушање странака није као у савременом процесном праву. Најчешће се саслушавају старци којима су странке „доклониле” спор, тј. заступници. У њиховој речи је садржан доказни материјал.

Доказни материјал се дели на онај који нуди тужилачка и онај који нуди тужена странка.

1. Докази тужилачке стране

Докази тужилачке стране могу бити: лице места, признање, траг и глас, обдукција, инстинкт, мерење земље и процена вредности ствари.

Лице места

Затицање на лицу места (алб. *ně vënd*) је ситуран доказ за оштећеног. Штетник га не може оспоравати противдоказом. Овај доказ је познат и српском средњовековном праву („лицо”).

Лице места употребљава се као доказ у разним случајевима. Штетник може бити затечен на месту вршења штете, посебно у крађи. Вршилац сметања поседа може на лицу места забранити обраду земље или коришћење службености.

Лице места је опасно пре пристанка на мирење. Између штетника и оштећеног може доћи до крви. Још је опасније код преступа који се не износе пред веће стараца, нарочито блуди. Када је Ђ. К. из Бурковца затекао код своје жене Ђ. Б. из Баковице убио га је без страха да ће запасти у крвни дуг(30). Опасно је бити подводица или бити затечен при крађи стоке у туђем тору, јер је власник позван да убије.

(28) *ibid.*, стр. 79—109.

(29) *op. cit.*, стр. 109—126.

(30) Списи Окружног суда у Пећи К. бр. 20/66.

Од лица места разликује се јавно извршење (алб. *botnisht*). Јавно се узима препрошена девојка. Крвне освете се извршавају јавно: пред скупом људи, на тргу, у судници. Осветник сматра да му јавни чин повећава друштвени углед. „Црн образ се далеко чуо — нека се још даље чује како је опран”. Јавно извршене радње се признају.

Признање

Признање (алб. *pranim*) врши се поруком оштећеном, непорицањем тужбе, тражењем дозволе за безбедно кретање (беса) и бежањем од освете.

1. Поштени господар куће из које без његова допуштења неко учини другоме штету поручиће да се каје, да признаје кривицу и понудити накнаду штете. То бива најчешће код незлобних штета и малолетничке делинквенције.

И код долазних убистава на скровитим местима, нарочито из освете; учинилац треба да пошаље поруку господару куће убијеног. Циљ поруке је да се отклони евентуална заблуда због које би оштећени могао да погрешно реагује према недужној кући. Осим тога оштећени треба да има могућности да поступи по обичајима, на пример: сахрани леш, без чега би за учиниоца могла да наступи тежа последица. Кућа И. Тишукaja из Дечана сматрала је да се једним убиством није осветила за погибију свога господара Хашије јер противна страна није, по обичајима, известила да се сахрани већ је сакрила његов леш. Осим тога, убијени може при себи да има оружје, новац итд, што све треба сачувати. Оштећена страна би могла за ствари посебно гонити и повећати број убистава из освете. По старом сакралном праву за све обавезе одовара се животом. Најзад, обавештавање оштећеног потребно је када се не жели тежа последица. Ако је штетник хтео нанети само тешку рану дужан је да обавести да би рањени био лечен, да не би умро што би по принципу талисна могло да изазове поновљену освету због прекорачења мере.

Непорицање тужбе није доказ који би служило за доношење какве контумационе пресуде према појединцу. Неко може да не пориче тужбу, али и да је не признаје. Непорицање тужбе за накнаду штете, нарочито код дуга у крви, практиковано је код колективне одговорности села. Село није морало да открива делинквента оштећеном, већ му је на основу територијалне одговорности плаћало штету — крвнину. Тако су у XIX веку у манастири на Косову плаћали штете за лица убијена на њиховим поседима.

3. Тражење бесе. Беса овде значи дозволу коју дају оштећени да се мушкарци из куће кривца могу кретати ван кућног притвора. Када се, после чије погибије у којој је умешано више лица из разних кућа, не зна ко је убица — сви осумњичени повлаче се у кућни притвор. Ко хоће слободу кретања треба да добије дозволу оштећене куће. Кућа која се не сматра одговорном треба да тражи од оштећених дозволу док се не утврди ко је одговоран (алб. *ndermjetsija*). Ако неко од учесника тражи бесу значи да преузима одговорност. Мурат Кадри Шаља из Истинића каже да је на основу тражења бесе утврђена одговорност за једно убиство у које су били умешани његови робаци. Он их је научио да не траже бесу већ *ndermjetsiju*.

4. Бежање од освете или како народ каже „бежање од крви“ био је средњовековни обичај и код Срба. Одбијајући да плаћају данак у крви и подводе жене Турцима, убијали су харачлије и бежали у Црну Гору и Херцеговину. Такав је случај био са Прашчевићима из Новог Села код Пећи.

Код Албанаца се и данас „бежи од крви“ пошто се направи крвни деликт према блиском рођаку. Када је Н. Ј. из Каменице убио стрица „побегао је од крви“ својим пријатељима у М. Дубову(31). „Бежи се од крви“ и кад неко отме туђу жену. Пошто је А. А. из Јагоде одвео Ајшћу, жену Х. М. из Верића, побегао је од освете у Призрен, где је остао пет година(32). Бежање од освете је признање одбеглог да је запао у неопростив крвни дуг.

Признањем се преузима одговорност. Оно не мора увек садржавати и име учиниоца, повод и мотив. Довољно је објективно признати одговорност куће штетника. Код бешчастећих деликата повод и мотив се сакривају. Не крију се код убиства из освете. Чешће се признају убиства него крађе. Крађе се сматрају за учиниоца срамним јер се дво-струко плаћају.

Признање се узима у смислу објективне одговорности и за радње код којих изостаје субјективни елеменат кривичног дела савременог права. Рођаци понекад признају да су испаливали рафале или бацали бомбе једни на друге. Хоће да се мисли да су покушавали узајамна убиства. У ствари су пажљиво избегавали и телесне повреде. Хтели су само да припрете једни другима, најчешће да би једни друге, одбили од снаха у свом роду.

Траг и глас

Трагање (алб. *gjërme*) је средство проналажења ствари или учиниоца деликта. То се чини непосредно, помоћу вештака, сводом и соком.

1. За несталом ствари трага власник и савесни држалац. Дечов каже да се помоћу трагова власник оријентише где би могао да нађе несталу ствар док доспе до атара села, махале, дворишта или сточне стаје. Откривен траг — нађена ствар(33). Али трагати се може и за одбеглим лицем из куће. Никола Шабанај из Клине саопштава 20. 4. 1972. године како је муж трагао за одбеглом женом и шта му је обичајни судија казао на основу трага:

— Дошао човек у судећу кућу Цемајла Обриње да пита шта му дугује тазбина пошто му је жена одбегла у род. Обичајни судија га запита колико је особа оставило трагове и, пошто је добио одговор о трагу само жене, одговори: „Жена ти је сама побегла у род. Да су били трагови још једне особе значило би да ју је неко одвео и тазбина би ти била дужна. Но, пошто је сама побегла нико ти ништа не дугује. Тазбина је није отела из твоје власти (алб. *fuqia*).”

2. За време турско дешавало се да цело село трага за несталом ствари. Сада код Албанаца траг утврђују и вештаци. Многа села имају

(31) Списи Окружног суда у Пећи К. бр. 46/67.

(32) Списи Окружног суда у Пећи К. бр. 52/67.

(33) *Gjegov, op. cit., стр. 78.*

вештаке за трагање. Мурат Кадри Шаља из Истинића саопштава да његово село има четири таква вештака. Њихова је вештина распознавање људских и животињских трагова и откривање прикривених трагова. То су лица која су се и сама бавила крабама у другим селима и прикривала своје трагове. Сматрају се часним људима јер не краду у свом селу. Пошто открију траг упућују оштећеног на кућу из које је лопов да тражи обештећење *in duplum*.

3. Трагање се врши и сводом. Свод се код Албанаца зове *gjërme dore mbas dore*. То је доказно средство познато и код словенских народа. Кад власник пронађе несталу ствар, држалац је дужан да каже откуда му ствар. Иначе би одговарао за ствар и њену заштиту. Власник и држалац би одлазили код претходног држаоца ствари и тако редом док дођу до лица које се не може бранити савесним прибављањем. Тада би власник узимао ствар, а човек који не би био у стању да сумњу са себе „сведе“ (скине) сматран је крадљивцем⁽³⁴⁾ па је власнику пенално одговарао за крађу, а каснијим прибавиоцима за превару и накнаду штете. Богишићев извештач описује свод речима „кад ствар пође преко руке, преко двоје троје, четворо рука“⁽³⁵⁾. Моји извештачи такође сматрају да постоје случајеви трагања „од руке до руке“ — *gjërme dore mbas dore*.

Трагање сводом врши се ради пеналног обештећења. Дечов сматра да власник има право да ствар узме код кога је нађе, без обавезе да трага за претходним држаоцем⁽³⁶⁾. Обичајни судија Брахим Хоца из Јуника дели исто мишљење, али наглашава право власника и на пеналну штету. Он додаје да власник има право да инсистира да човек код кога се ствар нађе именује претходног држаоца. И Богишићев извештач каже да ће само безобразан човек или силан узети своју ствар где је нашао ако му држалац каже да је купио, већ да ће сви заједно тражити онога ко је продао док не нађу лупежа. То је и покраеноме милије, јер ће сазнати ко му је украо и скупље наплатити глобу⁽³⁷⁾. Дакле, Дечов је изоставио трагање сводом којим је делинквент могао да буде доведен у веома неугодан положај, нарочито када је ствар украдена из просторија резервисаних за кретање жена. Тада би делинквент могао упасти у дуг од једне крви.

Трагање сводом још постоји у северној Метохији. То се види из примера који саопштава Рамо Бајрами из руговског села Шкреле:

— Током 1962. године, ноћу, из штале нестале ми коњ. Тражио сам га неколико месеци и нашао у Тутину. Држалац ми рече да га је купио од познатог лица на пијаци у Баковци. Договорисмо се да држалац следеће суботе дотера коња у Пећ и нађе продавца. Тако и би. Продавац ми саопшти да је коња купио од мога сина Рјкана. Вратих цену коју је Ујкан наплатио. Затим оделих сина и огласих да више нисам са њим на једном „хлебу“ већ да сам му дао „слободан пут“ и одрекао га се. Да је ко други украо коња може бити морао бих и убити.

⁽³⁴⁾ Теодор Тарановски, *Историја српског права у Немањичкој држави*, III, Историја судског уређења и поступка, Београд 1935, стр. 193.

⁽³⁵⁾ Бранислав М. Недељковић, *Канун Леке Лукавина, Арбанашко обичајно право* (Из рукописне заоставштине Балтазара Богишића), „Анали Правног факултета у Београду“ 1956, стр. 429—462.

⁽³⁶⁾ *Gjërme, op.cit.*, стр. 80—81.

⁽³⁷⁾ Богишићева библиотека Цватат, Поступак изван суда XVI/30, одговор на питање 6.

То, са једне стране, значи да силан човек може узети своју ствар где је нађе, али да има право трагати док нађе лопова. А, са друге, ни силан прибавилац неће предати ствар власнику док нађу лопова. Јер као што јак власник неће да буде оштећен тако ни јак прибавилац неће то допустити. Дужност је свих оштећених да трагају за лупежом.

Сводом се трага и за људима одговорним за погибију неког човека. Мурат Кадри Шаља саопштава:

— За време турско кад би неко путовао из Пећи у Скадар па на путу погинуо, довољно је било ако је код куће казао где ће бити на првом конаку. Ту ће се сазнати за други конак па ће се наћи на чијем је конаку погинуо. Тако ће се наћи и кућа која одговара за његову пратњу и безбедност.

4. Сок (алб. *kapicari*) је лице које оштећени обично уз награду ангажује да се распита за делинквента, нађе ствар или њене остатке, саопшти власнику, а по потреби и посведочи. О томе је већ писано(38). Овде треба додати да се сок може ангажовати и за проналажење убице. Пример наводи фра Ловро Михачевић:

— На захтев два фратра, господар куће из Вукла отпушти прилежницу и врати је у род Кастрати. Родбина те жене на путу за Груду убије фратре чије лешеве баца у реку. Сељаци из Вукла посумњају ко је убица. Као сока пошаљу једног од сељака да, тобоже на путу за Скадар, преноћи и провери сумњу. У кући убица сок нађе бисаге и одежде свештеника. Врати се у Вукле и саопшти. Затим двадесет наоружаних сељака освете фратре.(39)

5. Г л а с (алб. *zani*) је средство оглашавања налаза туђе ствари, нарочито стоке залутале у туђем стаду. Налазач ствари хоће да докаже савесност — да држи ствар док се јави власник. Пошто у родовском друштву нема јавне власти којој би пријавио налаз ствари држалац то оглашава кроз разговоре и дозивања. Тако се унапред ограбује од оптужбе за крађу. Са друге стране, и власник разглашава да је изгубио ствар. Понекад власник огласи и опростај штете. Пример саопштава Никола Шабанај 20. IV 1972. г.:

— Током зиме, неко ошиша вуну са овце обичајног судије Џемајла Обриње. Он огласи жалост и поче да прима саучешћа као код смртног случаја у фамилији. Неко му сугерира да престане са тиме јер му кућа није осрамоћена нити је у изгледу крвна завада већ је неко скинуо вуну за потребе своје породице. На то оштећени огласи да ће опростити свакоме ко се јави да му је учинио штету. Сиромашни човек се пријави.

Обдукција

Обдукцију помиње Дечов као средство за доказивање правдности убијене жене и утврђивање пола њеног плода. У случају убиства жене убица је дужан да плати њеном мужу пола крви за губитак жене а другу половину за плод у утроби. Ако убица избегава да плати пола

(38) М. Р. Буричић, Сок и соџбина у албанским обичајима, „Одвјетник“ Загреб 1977, стр. 282—286.

(39) Михачевић, *op. cit.*, стр. 18—19.

крви за плод обичај је да се изврши обдукција мајчиног леша и утврди је ли била занела мушким или женским дететом. Ако је дете било мушко убица ће платити пола крви за жену а целу крв за мртво мушкоко дете(40). Без обдукције плаћа само губитак женског детета. Пример саопштава Нуро Бужолај (57) из Чабића 19. II 1974. год.

— За време турско, обичајни судија Шабан Кајтази рекао је да се једна убијена жена расече да би се видело је ли била гравидна мушким или женским дететом. Нађен је плод мушког детета, па је убица морао да плати мужу пола крви за жену и још једну крв за уморени мушки плод.

О овом доказу писано је на другом месту(41).

Инстинкт

Коришћење животињског инстинкта употребљава се као доказ да нестала стока препозна власника. Обичај је познат и код Срба на Косову. Ево примера:

— Пошто је ММ из Горње Луке код Дечана препознао свога коња, држалац му је оспорио власништво. Власник је предложио да се коњ доведе у Г. Луке и пусти на средини села како би се видело хоће ли се упутити у његову шталу.

— 1943 године, Халил Реџеп из Рашића нађе свога коња у Јасићу. Коњ је био мобилисан 1941. године. Помирише се договором да коња натоваре брашном и изведу на пут Пећ—Баковица па у чије двориште оде томе да припадне и коњ и товар. Коњ је дошао пред своју шталу у Рашићу.

— Ибрахим Аџајлић тражио је од Божа Јакшића изгубљену овцу. Божо му је оспоравао власништво и предлагао проверу инстинктом, што Ибрахим није прихватио, па је вођен спор пред државним судом(42).

Мерење земље

На Косову је катастар увођен након 1919. године. Школованих геометара пре није било. Али се и пре тога земља мерила, а и данас се мери без образованих геометара. Албанци имају мераче земље (алб. *mates*) који се служе ужадима и конопима. То је некима узгредни занат. Суделују у раду мировних тела. То се види из исказа Османа Жеља и Мамуша Хаџије из Ракоца:

— 1965. године петоро тужених и тужилац решише да се вансудски поделе. Узеше у помоћ мировно веће: председника Садика Рама из Д. Ратиша, Дервиш Реџепа, приватног мерача земље из Д. Ратиша и Дервиш Кадрију из Белега. Мерач је радио са мировним већем месец дана и показивао површину делова парцела(43).

(40) *Gjescov, op. cit.*, стр. 89.

(41) М. Р. Буричић, *Обдукција у обичајном праву Албанаца*, „Адвокатура“ април—јун, 1977, стр. 67—68.

(42) Списи Општинског суда у Пећи П. бр. 1250/66.

(43) Списи Окружног суда у Пећи П. бр. 196/66.

Процена

Процену врше проценитељи (алб. *njiri që sakton e një gjë sendi*). они утврђују новчану вредност ствари. Странке се споразумевају о избору једног или више проценитеља. Некад се договоре о плаћању вредности ствари према процени.

Процењују се имања која се продају уз прече право куповине, пољске и друге штете, вредност недељивих ствари при деобама кућних заједница; повраћај реалне цене код раскида уговора.

Цену крвних дугова и части куће обично процењују већа стараца.

2. Докази тужене стране

Ко другом чини какво зло унапред је смислио како ће се бранити — каже обичајни судија Брахим Хоца. Зато намешта и доказе своје одбране. Ту спадају: порицање, алиби, лажно признање, прикривање трагова, лажно сочење, сокодржица, намештање лажних повода и мотива и лажних основа код својинских тужби.

Порицање

Обично се пориче тајно учињени деликт. Делинквент сматра да се његовом порицању мора веровати колико тужби оштећеног. Чешће се поричу крађе но убиства. Често се пориче умишљај а последица приписује случају или изазваној раздражености. Понекад и чувар бесе пориче то својство па се претставља само сведоком.

Алиби

Обично господар куће не извршава деликте непосредно већ посредством својих момака. Чува се одговорности пред државним судом и резервише себи могућност да, ако буде притешњен доказима, нађе изговор у непослушности фамилије. Тако остаје слободан да са оштећеном страном преговара о накнади штете.

Господари кућа злоупотребљавају малолетнике и децу упућујући их шта ће и како урадити и како се бранити. Себи наместе алиби па у време извршења кривичног дела пођу у посету пријатељима или се нађу на трговачком путовању ван свог места.

Већа стараца признају алиби само када свака мушка особа из куће може да докаже да није имала никакав додир са деликтом. Брахим Хоца пресуђује штете које учине деца тако што обавезује њихове господаре да плате *in duplum*, „јер и деца знају шта је туђе“. Зато се алиби врло ретко употребљава као доказ пред већима стараца.

Лажна признања

Научени од својих господара, малолетници и деца често дају лажна признања. Пред државним судовима преузимају одговорност да спасу од казне пунолетне делинквенте. Има случајева да се малолетници сами пријављују милицији као извршиоци убиства из освете, чиме замењују пунолетне извршиоце. Таквих појава има у Ругови и околини Дечана.

Лажно признање треба разликовати од лажног изговора. Код лажних изговора делинквент признаје да се код њега нашла туђа ствар, али оспорава крађу или пљачку. Изговара се да је туђу ствар узео на чување док трају нередовне прилике. Много таквих изговора било је при проналажењу ствари опљачканих за време другог светског рата. Лажним изговорима делинквенти не само што поричу деликт већ се представљају добротворима оштећених.

Прикривање трагова

Прикривањем трагова намештају се лажни трагови уместо правих. Тиме се наводи оштећени да трага кривим правцем. Циљ је заклонити себе сумњичењем невиног. Тако је 1960. године лопов из Дечана наместио лажан траг у правцу Баковице.

Намештање лажних трагова врши се и код убиства. Брахим Хоца саопштава да су људи убијани ван дворишта па њихови лешеве убацивани у дворишта резервисана за кретање жена убица. Хтело се убијеном подметнути недозвољена веза са женама. Пошто су већа стараца прозрела да су то намештени трагови којима се не може правдати убиство, убице су уносиле лешеве убијених у одаје својих жена. Пошто су и то одбила да прихвате већа стараца као оправдање за убиство лешеве су убацивани у ложнице.

Намештање лажних трагова крађе врши се код утаје туђе ствари узете на оставу. Воденичар из Ругова разбио је кров своје зграде да би власника заварао како је украдена ствар са оставе. Касније је утврђено да је лопов сам оставопримац. На сличан начин пословође продавница знају да наместе провалну крађу и прикрију проневере и пљачке.

Ратни злочинци су покушавали да прикрију своје трагове неискреном сарадњом са народним властима.

Лажна суочења

Кривац за којим се трага зна да се појави као лажни сок. Сумњичећи невино лице прикрива себе. Крадљивац из Дечана сочио је да је украденог коња видео на пијаци у Баковици. Ратни злочинац из Дечана лажно је пријављивао и своје робаке као убице једне породице за време другог светског рата. Касније је утврђено да је лично убио читаву породицу Радивоја Гилића из Пећи па су код њега нађени и трагови пљачке приликом убиства.

Сокодржица

Против лажног сочења је сокодржица. Сокодржице су веома вешти унакрсном испитивању сока. Њихов је циљ да осумњиченог оправдају, а сока огласе кривим за дело о којем је сочио. Брахим Хоца каже да сокодржице до детаља испитују сока и када нађу најмању нелогичност у његовом казивању обавезују га да плати целу штету или бар један део зато што није одмах алармирао деликт.

Лажни поводи и мотиви

Код прељубе је дозвољено убити илегалног партнера своје женске особе ако се затекне *in flagranti*, „са развезаним учкурором”. Када муж зна за прељубу а не може блудника да затекне на лицу места намешта лажан повод и мотив (свађе ради камења, песка, прања, увреда и сл.) да убије. Тако убија ривала а не мора да отпусти жену. Таквих случајева има доста око Пећи, Баковице, Клине и Дечана.

Лажни основи код својинских тужби

Лажни основи код својинских тужби познати су и већима старца и државним судовима. У својинским парницама за повраћај продатих непокретности најчешћи лажни навод јесте да је непокретност дата у подлог (*pěng*)(44). Парнице око подлога започињу некад и после 60 година мирне државине. За доказ се наводе сведоци. Пред државним судом сматра се да свако може сведочити како хоће јер за исказ не залаже живот.

Други лажни основи су уговорено право прече куповине, некадање припадање некретнине атару села, обећање продаје итд.

Одлуке већа старца

Одлуке већа старца могу се разматрати са формалне и материјалне стране. Пошто се конфронтирају противречни докази веће старца треба да одлучи. Формално одлучује полагањем заклетве, а материјално најчешће новчаним давањима.

Заклетва

Веће старца формално не може да игнорише ниједан понуђени доказ. Мора сматрати сваки једнако уверљивим. Јер оно не суди већ мири странке. Код противречних доказа свака страна нуди сведоке, обично људе из свог рода. Али већа старца не саслушавају сведоке јер би морала њиховим различним казивањима веровати колико и странкама. Сем тога, цео поступак тече усмено.

Излаз из такве ситуације је заклетва са саклетвеницима. Веће старца одлучује којој ће страни дати могућност да своју тврдњу докаже заклетвом и добије спор. То је обично оружано јача страна.

Веће старца конструише формулу заклетве, одређује број саклетвеника, место и време полагања заклетве и алтернативну мериторну одлуку која зависи од исхода заклетве. Саклетвенике бира противна страна од рођака странке која се има заклетви. Странка која се куне залаже свој живот саклетвеницима за истинитост својих тврдњи, а саклетвеници своје животе странци пред којом се заклињу. То издалека као да подсећа на римски *sponsio*, украшен ритуалом предхришћанског, хришћан-

(44) М. Р. Бурчић, *Залог у шиптарском обичајном праву*, Зборник радова ВЕКС у Пећи, књ. II, Пећ 1966, стр. 217—233.

ског или исламског култа. Саклетвеници преузимају одговорност за истинитост исказа једне стране. Заклетвом са саклетвеницима коначно се разрешава спор(45). Тада ступа на снагу материјално-правна одлука о чијем се извршењу старају чувари бесе.

Садржина материјално-правне одлуке

Највећи број кондемпнаторних одлука већа старца садржи новчане износе које обвезани треба да плати противној страни. „Плати па се не бој” — гласи албанска правна пословица.

Већа старца обавезују дужника крви да плати крвнину повеоциу крвног дуга. Крвнина је у турско време износила 48 златних лира, а 1982. године кретала се око 600.000 динара. На ту суму обавезују се кривци из великих спорова.

Кривци из спорова средње вредности обавезују се на мања новчана давања у висини од пола крви, тј. 24 лире у злату а сада око 300.000 динара. Кад робак преступи са женом свога робака дужан је да му плати цену за набавку друге жене и свадбене издатке „до последње цигарете” у утврђеном новчаном износу. Код раскида веридбеног уговора родбина веренице дужна је да плати веренику одређен новчани износ.

Код спорова мање вредности износ новчане накнаде је мањи и процењује га веће старца према конкретном случају. Кад се пронађе украдена ствар врши се њена процена да би кривац платио пеналну штету. За посечено младо воћно стабло кривац је дужан да засади два. За украдено грло ситне стоке да плати два.

Својински спорови на некретнинама често се решавају обавезом туженог држаоца да плати одређени новчани износ и постане власник. У споровима око подлога веће старца одлучује који ће износ дуга, обзиром на инфлацију, бити враћен заложном повеоциу да би дужник добио некретнину у државину.

Одлуке већа старца имају парцициони рок који се мора поштовати под претњом интервенције чувара бесе. Свака одлука већа старца је везивање бесе између парничних страна.

(45) М. Р. Буричић, *Арбанашка заклетва* — Веја, *op. cit.*, стр. 5—144.

др Марија Радовановић: ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО II, издање аутора, Нови Сад 1982. (стр. 178+XIV)

Др Марија Радовановић (Вучковић), доцент Правног факултета у Новом Саду, иако се већ релативно дуг период времена бави истраживањима из области грађанскоправних наука и посебно облигационог права, тек се сада представља широј правној јавности једним општим систематским делом — уџбеником *Облигационо право II*. Ова књига претежно је резултат искустава која је аутор стицао током свог учешћа у настави на Правном факултету у Новом Саду на редовним студијама правног и пословно-правног смера и на последипломским студијама грађанскоправног смера, а такође и његових истраживања на научно-истраживачким пројектима у којима је учествовао.

Књига *Облигационо право II* садржи вануговорне изворе облигационих односа и већ са тог становишта представља допринос теорији облигационог права у нас, с обзиром да ова област још увек није довољно проучена и разјашњена. Поред тога, у књигу су унета и излагања о два уговора који су посебног значаја за сагледавање целине вануговорних извора облигационих односа — то су уговор о осигурању и уговор о налогу. На крају, аутор је у прилогу дао и наставне програме последипломских и редовних студија из предмета облигационо право на Правном факултету у Новом Саду.

Систематски, аутор је материју поделио у дванаест поглавља. Првих шест поглавља посвећено је грађанскоправној одговорности, док се у осталим излажу обавезно осигурање од одговорности, уговор о осигурању, пословодство без налога, уговор о налогу, стицање без основа и једностране изјаве воље као извор облигационих односа.

Део уџбеника који се односи на грађанскоправну одговорност за штету садржи општа разматрања, опште услове одговорности, правне основе одговорности, посебне случајеве и основе одговорности, одговорности више лица и накнаду штете.

У оквиру *Општих разматрања* (I глава) аутор објашњава проузроковање штете другоме као посебан извор облигационоправног односа полазећи од уставом истакнуте забране повреде заштићених добара, а потом преко начела забране проузроковања штете и начела дужности испуњења обавеза постављених савезним *Законом о облигационим односима*. Он затим приказује однос грађанскоправне и кривичне одговорности, али и указивањем на битне разлике (посебно на различите циљеве одговорности и на појам и степеновање кривиче). Аутор, исто тако, говори и о односу између деликтне и уговорне грађанскоправне одговорности, при чему, полазећи од одредаба *Закона о облигационим односима*, заступа теорију „јединства кривиче”. На крају ове главе, аутор указује на превентивну функцију грађанскоправне одговорности и анализира и објашњава у томе циљу одговарајуће одредбе *Закона о облигационим односима*.

Друга глава (*Општи услови одговорности за проузроковање штету*) садржи излагања о постојању штете и узрочне везе као општих услова грађанскоправне одговорности. Аутор штету дефинише противправношћу последице и она се састоји у губицима насталим на правом заштићеним добрима другог односно у њиховој повреди. Даље се говори о случајеве-

вима искључења противправности, као што су вршење права у законом дозвољеним границама, вршење службене дужности односно службених овлашћења, нужна одбрана, дозвољена самопомоћ и стање нужде и пристојанак оштећеног лица. У погледу постојања узрочне везе као општег услова одговорности за штету, истиче се да она мора постојати између штете и одређеног људског понашања, с обзиром да нема штете у правно-техничком смислу, те ни грађанскоправне одговорности за накнаду штете, уколико штета није на неки начин последица људских активности. Аутор истиче да у бројним случајевима одговорности у нашем правном систему одговорности није увек у узрочној вези са понашањем одговорног лица, с обзиром да постоје случајеви одговорности субјекта који је носилац опасности настанка штете другима људском активношћу. При томе се наглашава да је истраживање узрочне везе увек конкретно, што значи да свако nanoшење штете, односно питање одговорности за ту штету, захтева да се утврди њен конкретан правно значајан (релевантан) узрок.

Правне основе одговорности за штету (III глава) аутор означава као додатан и особит услов грађанскоправне одговорности за штету. Он најпре говори о претпостављеној кривици као општем основу одговорности, те истиче посебан допринос овог општег правила заштити друштвене својине. Затим се као квалификовани облик претпостављене кривице наводи случај неиспуњења уговорних обавеза. Поред тога, упоредо се проучавају случајеви одговорности по основу доказане кривице које садржи *Закон о облигационим односима*, као и неки други закони.

У оквиру излагања о објективној одговорности, аутор посебно објашњава основ ове одговорности путем економске користи од употребе опасних ствари и вршења опасних делатности. Он истиче да се тиме постижу и додатне мере превенције кроз економску заинтересованост иманика за даљи технички прогрес. С обзиром да се штете настале од опасних ствари или од вршења опасних делатности могу дефинитивно сносити (путем регреса) по основу кривице, аутор закључује да је објективна одговорност за штету само један од изузетака од општег правила грађанскоправне одговорности — одговорности по основу претпостављене кривице. У оквиру ове главе, аутор излаже још и законску и уговорну расподелу ризика као основ одговорности за штету, те одговорност по основу правичности.

Четврта глава уџбеника посвећена је *Посебним случајевима и условима одговорности за штету*. Аутор најпре обрађује одговорност родитеља и других лица за малолетнике, као и одговорност малолетних лица према њиховом узрасту, а потом одговорност лица дужних да врше надзор над душевно болесним и умно неразвијеним лицима и непосредну одговорност ових лица. Посебан нагласак дат је одговорности за штету насталу извршавањем радних обавеза, коју карактерише чињеница да је штета настала на раду или у вези са радом и која је уређена и законима из области радног права или само законима из те области. У оквиру тога разматрају се следећа питања: одговорност радника за штету причињену његовој радној организацији, одговорност радне организације за штету коју претрпи њен радник, одговорност за штету коју претрпе трећа лица, одговорност грађанскоправних лица и појединаца који запошљавају радника у оквиру обављања делатности средствима у својини грађана, те одговорност правних лица за своје органе. Поред тога, као посебни случајеви одговорности за штету приказују се још и одговорност друштвено-политичких заједница за штету насталу услед терористичких аката, јавних демонстрација и манифестација, одговорност организатора приредби, одговорност због испружања помоћи, одговорност у вези са обавезом склапања уговора, одговорност у вези са обављањем послова од општег интереса, одговорност због неизвршења појединачних обавеза утврђених самоуправним споразумима и одговорност за штету која потиче од животиња.

Одговорност више лица за исту штету обрађена је у петој глави. Аутор најпре даје појам исте штете, коју дефинише као штету насталу у једном временском периоду као последица заједничког деловања више

лица. Затим се објашњава солидарна одговорност као опште правило о одговорности више лица за исту штету, те подељена одговорност, као изузетак од тог општег правила. При томе, посебно се приказује „подељена“ одговорност штетника и оштећеника, с обзиром да се тада поставља питање свођења обима штете и одговорности за штету на меру која је у узрочној вези са радњом штетника. На крају, аутор излаже правила за решавање питања коначног сношења штете између солидарних садужника (право регреса), указујући у томе циљу на два критеријума: први објективан — допринос понашању (узрочна веза); други субјективан — тежина кривице.

Део уџбеника који је посвећен грађанској одговорности аутор завршава поглављем о *Накнади штете* (VI глава). Излажу се, најпре, општа правила о накнади штете према следећим питањима: доспелост обавезе накнаде, начело потпуне накнаде (уз изузетке могућности снижења обима накнаде штете по основу правичности и накнаде афекционе вредности, као и објашњењем о накнади штете нанете средствима у друштвеној својини и из фондова друштвеног правног лица и правила о суброгацији у права оштећених лица), повраћај у пређашње стање и накнада у новцу, те накнада штете у облику новчане ренте. Поред тога, аутор у оквиру овог поглавља приказује и посебна правила о накнади материјалне штете у случају смрти, телесне повреде или нарушења здравља и повреде чести и ширења неистинитих навода, а затим о новчаној накнади дематеријалне штете уопште, као и о сатисфакцији у посебним случајевима.

Други део уџбеника почиње излагањем о *Обавезном осигурању од одговорности* (VII глава). Аутор разматра најпре појам и врсте осигурања од одговорности уопште, а потом приказује случајеве обавезног осигурања од одговорности у нашем праву: обавезно осигурање корисника односно сопственика моторног возила или ваздухоплова за штету причињену трећим лицима, те обавезно осигурање путника у јавном превозу од последица несрећног случаја.

Следеће поглавље (VIII глава) аутор је посветио објашњавању *Уговора о осигурању* и оно је најобимније поглавље овог уџбеника. У оквиру њега, најпре се даје појам уговора о осигурању, те истичу следеће његове карактеристике: формалност, да је то двострано обавезан и теретан уговор, уговор когентне природе, уговор о сношењу (преузимању) ризика, алеаторан уговор, адхезиони уговор и уговор посебног поверења, те да има функцију накнаде штете. Потом се указује на услове за закључење уговора о осигурању, као и на његова правна дејства (обавезе осигураника или уговарача осигурања с једне стране и обавезе осигурвача са друге). На крају овог поглавља, аутор говори још и о случајевима престанка уговора о осигурању.

Пословодство без налога обрађено је у IX глави уџбеника. Дати су појам и услови, као и садржина послова (радњи) који се обављају у оквиру овог посебног извора облигационоправног односа, а затим је објашњен проблем пословне способности како пословође без налога, тако и господара посла. Потом се указује на права и обавезе странака које настају у оквиру овог правног института, да би се на крају о посебности правне природе пословодства без налога говорило кроз његово упоређење са уговором о налогу.

Одмах након тога (X глава) аутор приказује *Уговор о налогу*. Он најпре одређује појам овог уговора и наглашава његове карактеристике, при чему заступа мишљење да се уговором може предвидети поред односно упоредо са вршењем правних радњи, обављање и само фактичких радњи (физичких и интелектуалних послова). Потом се наводе услови за закључење уговора (предмет уговора, основ обавезе налогопримца и способност уговарања) и разматрају његова дејства преко обавеза налогопримца и налогодавца, да би се на крају поглавља истакли посебни начини престанка уговора, који су условљени карактеристикама уговора о налогу.

Стицање без основа приказано је у XI глави уџбеника. Даје се појам овог посебног извора облигационоправних односа и указује да су

услови његовог настанка првенствено уређени *Законом о удруженом раду* и *Законом о основним својинско-правним односима*, а да његову садржину регулише *Закон о облигационим односима*. Затим се, као посебно уређени случајеви стицања без основа, наводи исплата недугосаног, двострука исплата, употреба своје или туђе ствари у корист трећег и употреба туђе ствари у своју корист, те случај плаћања издатака за другог. Говори се, исто тако, и о правилима враћања стеченог без основа. Поред тога, стицање без основа односно захтеви који из њега произлазе употребљују се са захтевима по основу проузроковања штете и оних насталих из уговора односно самоуправних споразума.

Последњи део уџбеника (XII глава) посвећен је *Једностраним изјавама воље као изворима облигационоправних односа*. Аутор је у оквиру њега обрадио јавно обећање награде, хартије од вредности и банкарске гаранције.

Након што је дао појам јавног обећања награде, аутор је као услове његовог настанка навео: да је учињено јавно, неодређеном броју лица, начин идентификовања евентуалног повериоца и сама награда. Он потом објашњава ове услове и начин на који се јавно обећање награда може пуноважно опозвати, те указује на разлику између овог института и понуде за закључење уговора. Поред тога, посебно се разматрају дејства јавног обећања награде и на крају начини престанка обавезе обећаоца.

Говорећи о хартијама од вредности, аутор такође даје њихов појам и наводи услове настанка обавезе из њих уопште, те посебно код менџе и обезвнице на име или на доносиоца. Потом се подвлачи разлика између хартија од вредности (са једне стране) и легитимационих хартија односно легитимационих знакова (са друге стране). У вези са дејствима хартија од вредности, аутор излаже садржину обавезе издаваоца, те права повериоца. Након тога, приказују се начини преноса права из хартија од вредности (цесија, индосамент и проста предаја), а на крају случајеви престанка обавезе из хартија од вредности (сједињење издаваоца хартије и повериоца у једном лицу, испуњење обавезе од стране издаваоца и амортизација).

На крају свог уџбеника, аутор излаже правила о банкарској гаранцији, коју као посебну врсту личног средства обезбеђења извршења обавезе разликује од јемства и од осигурања кредита. Према њему, елементи неопходни за настајак обавезе из банкарске гаранције су писана форма, навчани износ, услови под којима обавеза доспева и временски период. Правна природа банкарске гаранције објашњава се у зависности од тога да ли се она посматра као једнострани правни посао или као уговор или пак кроз издавање исправе о гаранцији. С обзиром да је банкарска гаранција посебно средство извршења обавезе, аутор указује на њену већу или мању везаност за постојање основног посла код појединих видова овог института (обична или редовна банкарска гаранција — банкарска гаранција „на први позив” односно „без приговора”). Коначно, аутор приказује и случај супергаранције.

Уџбеник *Облигационо право II* др Марије Радовановић написан је савесно и стручно. Аутор је своје велико познавање материје успешно изразио, користећи при томе своје педагошко искуство. Као уџбеник, књига је намењена студентима за припремање испита из предмета облигационо право односно основи имовинског права. Али по начину обраде и по продубљености материје, дело је један целовит и повезан систем који представља монографску обраду правних института намењених обештењу и њима сродних правних установа уз приказивање њиховог међусобног односа. Стога ће књигу са још више интереса моћи да користе студенти последипломских студија грађанскоправног смера и сви они који се баве продубљеним проучавањем облигационог права. Њима ће свакако користити и обиман списак литературе са преко 350 одређених.

Приликом излагања материје, аутор је за основу изабрао систематику и решења савезног *Закона о облигационим односима*, али се користио и низом других позитивноправних прописа донетих на савезном, ре-

публичком и покрајинском нивоу. Поред тога, у текст уџбеника уграђене су и бројне судске одлуке, које дају делу велику практичну применљивост. Стога се ова књига може препоручити и свима онима који се проблемима облигационоправних односа баве претежно са становишта праксе. Тим више што је материја обрађена на приступачан, занимљив и актуелан начин. Томе доприноси и чињеница да је највећи број примера коришћених судских одлука из праксе судова која датира после ступања на снагу Закона о облигационим односима.

У теоријском и педагошком погледу, међутим, на уџбеник се могу ставити и одређене примедбе. Тако је уочљива извесна недоследност у систематици излагања, непрецизност у изражавању мисли или мања продукћеност обраде појединих проблема и института. Узмемо ли, пак, у обзир да је ово прво ауторово дело уџбеничког карактера, може се закључити да примедбе нису ни толико бројне, а још мање у тој мери суштинске, да би умањиле вредност и значај ове књиге.

Коначно, у вези са овим уџбеником мора се истаћи још једна значајна чињеница: аутор др Марија Радовановић сама је и издавач своје књиге. Посматрајући свеукупност наших данашњих друштвено-економских односа, ово је леп пример научне оданости и вере у сопствени рад и резултате тога рада. Но са друге стране, то књигу *Облигационо право II* др Марије Радовановић чини на одређени начин (у техничком смислу) мање доступном научној и стручној јавности. Књига се, наиме, може набавити или наручити само у скриптарници Правног факултета у Новом Саду или непосредно од самог аутора.

др Тодор Ачански

Н. Ф. Касьян: КОНСЕНСУС В СОВРЕМЕННЫХ МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЯХ Москва, 1983.

Интензивирање савремених међународних односа, неопходност што боље сарадње држава с различитим друшт. полит. системима у циљу увршћења и одржавања светског мира и безбедности, успостављања новог, демократског, међународног правног поретка захтевају израду и усвајање универзалних или многостраних докумената или аката за важна питања савремених међународних односа. У вези с тим све суштинскије и актуелније значење у међународном праву добија проблем метода израде и усвајања универзалних или многостраних међународних аката и докумената. Као да су досадашњи методи кочница за даљи развој међународног права.

Један од метода доношења одлука у међународним организацијама који је последњих деценија добио широку примену јесте метод усаглашавања или consensus.

Посебну студију о овом „методу“ написао је совјетски научник Н. Ф. Касјан.

Студију сачињавају три главе: Глава I Консенсус у пракси међународних односа, Глава II Међународно-правна суштина консенсуса и Глава III Улога консенсуса у изради важних савремених међународних аката.

Н. Ф. Касјан припада ретким теоретичарима међународног права који налазе елементе консенсуса у раду међународних форума још у прошлом веку чији се рад заснивао на принципу једноставности (Берлински конгрес 1878.). Писац темељи ову тврдњу на присуству неофицијелних консултација и принципа „опште сагласности“ карактеристичне за савремени облик консенсуса (с. 8). Елементе консенсуса аутор налази и у процедуралним правилима II Хашке конференције о миру (1907) и правилима Версајске мировне конференције (1919). За ове и друге конференције до Другог светског рата „без обзира на разлике показују да је од-

суство противљења био неопходан услов доношења одлука" (с. 11). Но аутор пише да се социјално-политичка скупштина консенсуса у то време сводила на усаглашавање позиција „дивилзованих“ држава, које су имале једногитни политички систем и чиниле су у то време круг субјеката међународног права (с. 12).

После Другог светског рата начини доношења одлука у оквиру УН и других међународних организација добијају нове садржаје. С обзиром на карактер Савета безбедности усвојен је принцип једногласности при доношењу одлука. Право вета једне од сталних чланица Савета безбедности (што је нарочито било у периоду 1946—1955) налагао је да се у пракси тражи решење како се неби паралисао рад Савета, доношење одлука и функционисање УН, уопште. Практика је унеколико ублажила одредбе Повеље да су „потврдни гласови сталних чланица“ неопходни за доношење одлука. Тумачењем прихваћена је пракса да уздражавање једне па истих сталних чланица, приликом гласања не представља сметњу за усвајање одређене одлуке. Правне последице одсуствовања сталне чланице изједначене су с уздржавањем (с. 15). Док је раније Савет безбедности био паралисан употребом вета сада прибегава доношењу одлука путем консенсуса. Н. Ф. Касјан процес усаглашавања у Савету овако описује: „Процес усаглашавања је врло сложен. Консултације обично спроводи председник Савета на сопствену или иницијативу неког члана Савета. На основу њих сачињавају предлог по питању које се разматра. У току консултација чланови предлажу измене и допуне предлога. После консултација, председник као што је правило информисе чланове Савета“ (с. 20).

У оквиру Генералне скупштине усаглашавање као метод доношења одлука усваја се све више у последње време, нарочито од 60-их година (XIX заседање Ген. скупштине 1964—1965). У том смислу нарочито је позната тзв. „финансијска криза“ која је решена управо на овај начин. „Касније, без обзира што консенсуални метод није официјелно утврђен у процедуралним правилима Ген. скупштине, он се широко примењује у изради и усвајању резолуција и одлука. Постала је већ традиција да се пријем нових чланова врши на основу опште сагласности, а не већином гласова, и гласање у том случају се не спроводи.“ (с. 28—29)

Аутор даље анализира примере консенсуса у раду других међународних организација као што су: УНКТАД, Европска економска комисија и УНЕСКО.

Глава II је централни део рада и суштински најзначајнији њен део. У њој налазимо покушај дефинисања и појмовног одређења консенсуса, утврђивања односа између консенсуса и гласања и једногласности, проблем вета као и правне основе и правне последице доношења одлука на основу консенсуса.

Иако је све шира употреба консенсуса у доношењу одлука у међународним организацијама и конференцијама постоје различита и опречна одређења међународноправне суштине консенсуса и улоге у савременом међународном праву.

При покушају да дође до адекватне дефиниције појма консенсус, Н. Ф. Касјан тумачи многобројне доктринарне ставове (Џемс, Кауфман, Шарпантје, Тункин, Сон Луис, Коштин и др.) и праксу међународних организација. Изложивши етимологију речи консенсус, многобројне теоријске ставове, различита правно-историјска значења као и политичка, писац даје своје одређење консенсуса као међународноправног феномена. „Консенсус је могуће дефинисати као израду и/или доношење многостраних међународних аката општом сагласношћу држава учесница—преговора. Под општом сагласношћу подразумева се такав степен сагласности држава поводом усвајања међународног акта, које се карактерише прихватањем тог акта од стране огромне већине држава и одсуством оспоравања макар и једне државе чланице. Такође треба имати у виду да гласање отпада још у изради датог међународног акта“ (с. 59) Оно што је важно за консенсус битно, а што аутор није нагласио, то је да је овај начин доношења одлуке врло дуг процес у коме све делегације

износе своје ставове о питању које је предмет разматрања и да су при томе неформални разговори и консултације важни као и пленарне седнице. Ваља истаћи да је веома важна и улога председавајућег који на основу дебата и разговора сачињава закључак односно коначну форму одлуке.

Проблем вета је веома важан код доношења одлука консенсусом, али једно од мање расветљених питања. „Тај проблем може се формулисати као: поседује ли свака држава, учесник међународне конференције или међународног тела која ради на основу принципа консенсуса, право вета, тј. право да блокира доношење одлука, с којим се односна држава не слаже“ (с. 66) Већина писаца је сагласна да државе располажу правом вета. Примери из праксе које наводи Касјан, процедурална правила КЕБС-а и III Конференције УН о праву мора много су јаснији у погледу права вета. Из процедуралног правила (4) КЕБС-а у коме је записано да је консенсусом утврђено да одсуство оспоравања било ког представника не представља препреку за доношење одлуке о питању које се разматрало, аутор закључује да у случају да се и један учесник изјасни против, предложена одлука се не може усвојити, што значи да односни учесник располаже правом вета.

III Конференција УН о праву мора нуди друкчија решења у случају блокирања усвајања одлука. Процедуралним правилима је предвиђено, да ако на конференцији не буде постигнута општа сагласност по свим питањима права мора, то се у крајњем случају одлуке могу усвојити одговарајућом већином гласова. „Из овог се може извести закључак да се консенсусом не могу донети одлуке у случају противљења мањине“ (с. 72) па се прибегава принципу већинског гласања.

Колика је правна снага одлука донетих усаглашавањем, какве су правне последице консенсуса, односно, у којој мери су државе обавезне према таквим одлукама? То су суштинска питања поводом којих је доктрина подељена: од одрицања сваке правне снаге одлука донетих консенсусом до схватања да су оне обавезне као и одлуке донете класичним методима (једногласност, већински принцип). Касјан поводом тога пише: „консенсус је само метод доношења одлука. Правна снага одлука не зависи од метода њиховог усвајања. Она зависи од статута међународне организације или процедуралних правила међународне конференције“ (с. 77). Усвоји ли међународна конференција консенсусом конвенцију поводом одређеног проблема, из тога још увек не произилази обавезност државе према правним нормама конвенције. „Таква обавеза државе јавља се након ратификације конвенције, ако у самој конвенцији није предвиђен други начин обавезности...“ (с. 77)

У Глави III аутор се бави Конференцијом о европској безбедности и сарадњи и III Конференцијом УН о праву мора на којима су одлуке доношене консенсусом. Једно од главних процедуралних правила Конференције о европској безбедности и сарадњи био је принцип консенсуса. „Овај принцип одређује у суштини сав карактер и услове рада Конференције. Он је фактички био један од основних принципа како у припреми Конференције тако и при усвајању Завршног акта.“ (с. 85—86)

У другом делу ове главе писац детаљно анализира процес утврђивања процедуралних правила III Конференције о праву мора. За разлику од КЕБС-а метод консенсуса није јединствен начин доношења одлука, већ је процедуралним правилима предвиђена могућност преласка на усвајање одлука већином гласова. То значи, да, уколико се исцрпе све могућности усаглашавања, онда се приступа усвајању одлуке већином гласова (с. 103) После деветогодишњег рада III Конференције о праву мора (1973—1982.) усвојена је Конвенција о праву мора апсолутном већином гласова (130 држава). Против су гласале четири државе: САД, Венецуела, Турска и Израел, с различитом мотивацијом.

Резимирајући овај поглед на студију Н. Ф. Касјана чини се да треба апострофирати неке моменте. Вредност консенсуса је могуће оцењивати с правног и политичког становишта. Социјално-политичка вредност консенсуса по аутору је у томе што у овом процесу доношења од-

лука долази до усаглашавања интереса социјалистичких, капиталистичких и земаља у развоју, и као такав доприноси споразумевању у свету. Вредност пак, консенсуса као правног феномена је, чини се, отворено питање. Колико се стварно суштински нешто мења у постојећим принципима доношења одлука?

Дакле, проблем теоријског (и практичног) уобличавања консенсуса је отворен. И поред напред изражене упитности студија Н. Ф. Касјана је значајан допринос томе.

Светислав С. Јовић

Најдан Пашић: ИНТЕРЕСИ И ПОЛИТИЧКИ ПРОЦЕС. КОНФЛИКТИ И КОНСЕНСУС У ПОЛИТИЧКОМ ОДЛУЧИВАЊУ. Београд, ИЦ „Комунист“, 1983. Стр. 420.

Истраживање интереса у садашњем тренутку југословенског друштва представља истраживачки задатак од изузетне важности. Ако се пође од поставке да су интереси производ друштвене поделе рада, а затим поделе моћи и власти, студија професора Најдана Пашића отвара питања и указује на тражење решавања сложених противуречности југословенског друштва. Да ли је марксистичка мисао, сучена са властитим слабостима и некритичким приступом многим друштвеним појавама 70-тих година, способна да се критички одреди према проблемима југословенског друштва, да легитимно и одговорно формулише властита становишта о могућностима разрешавања друштвених противуречности? Студија професора Пашића настоји да проверава и тај аспект питања.

Студија професора Пашића је комплексан приступ односу интереса и политичке праксе. Разматрање класне суштине овог односа захтева свестрану анализу и оцену посматране појаве, као и прогнозу путева решавања противуречности. У Првом делу под насловом „Историјске ретроспективе“ аутор је разматрао политичке идеје грађанске социологије, а посебно теорије интересних група (стр. 7—43), марксистички концепт класних интереса, посебно схватања бланкизма и „нове левнице“ (Глава II и III, стр. 43—60); о дилеми између два пута решавања друштвених противуречности — друштвена реформа или револуција — расправља се у IV поглављу (стр. 60—90), док пракса социјализма од октобарске револуције до савремених искустава обухвата поглавља V до VIII (стр. 92—157). У другом делу са насловом „Теоријска разматрања“ проф. Пашић поставља категоријални апарат и операционализује један кохерентан истраживачки приступ: „Законитост конфликта и синтезе интереса у друштву“ (стр. 161—172), „Политиколошки појам интереса“ (стр. 173—196), док је теоријски ниво разматрања садржан у поглављима XI до XIV: „Класни оквири и границе интересног плурализма“ (стр. 197—220), „Однос интереса и идеологије“ (стр. 221—234), однос интереса и институција (стр. 235—264), и интереси као кључна категорија марксистичке науке (стр. 265—278); у Трећем делу предмет истраживања су односи интереса и самоуправне интеграције, што омогућава конкретну анализу најновије југословенске праксе: плурализам интереса и друштвена интеграција у условима социјалистичког самоуправљања (стр. 281—296), продукциони односи и делегатски систем одлучивања (стр. 297—324), Савез комуниста и плурализам самоуправног одлучивања (стр. 325—338), и завршно поглавље „Од политичког ка самоуправном плурализму интереса. Друштвено-политичке заједнице и подруштвљавање политике“ (стр. 339—411).

Основна идеја коју проверава аутор је идеја историјске условљености и конкретно-класног садржаја интереса. Категорија „интерес“ није једном заувек дата, окопала и непроменљива. С тога је истраживање за-

почето критиком недостатака оних теорија које заступају вечитост и непроменљивост значења друштвених интереса, а тиме и непроменљивост човека и друштва. Већина античких мислилаца, а од нововековних Хобс, сматрали су интересе негативним друштвеним феноменом, као узрок сталних друштвених сукоба, произишких из негативних одлика људске природе. С тога организација друштва, а у првом реду државна власт, постоји као нужна мера репресије и заштите од таквих врста конфликта који би угрозили опстанак друштва. Тај теоријски фатализам чини суштину и модерних грађанских теорија краја XIX и почетка XX века (Диркем, Вебер). Марксово поимање човека и друштва представља прекретницу у историји идеја не зато што је унео један у основи оптимистички пројекат промене друштва, већ што је указао на могућност да се спознајом друштвених законитости, њихово деловање може свесно мењати. Друштвени интереси су предмет Марксових разматрања од „Раних радова“ до „Критике Готског програма“, схваћени као реални израз друштвених односа и самим тим без илузије о бесконфликтном друштву. Концепт авангардне улоге пролетаријата претпоставља, као битан услов, *интерес* пролетаријата свесно прихваћен од њега самог и тиме део праксе као покретач друштвених промена. Око тумачења и примене ове основне идеје у повесним процесима, спориле су се различите струје у радничком покрету. Неконфликтност у ставовима и концептима није одлика радничког покрета, чак и кад није права мера револуционарности, о чему аутор закључује следеће: „У идеолошким и теоријским споровима око схватања и тумачења стварних и трајних интереса радничке класе, који се већ више од сто година воде у радничком покрету, теорије Херберта Маркузеа и неких других идеолога 'нове левце' представљају само савремену верзију неких ранијих једностраних опредељења. Одбацивање сталне и систематске политичке борбе на терену постојећег класичног друштва и њему иманентних законитости (које се, како је марксистичка теорија показала, не могу просто 'укинути' ни када је политичка владавина буржоазије већ срушена) имплицитно, а најчешће експлицитно, потцењивање улоге радничке класе као главног субјекта социјалистичке револуције, недидалектичко и неисторијско противстављање непосредних интереса радничке класе и дугорочних интереса револуционарног преврата и игнорисање већ створених класних организација пролетаријата у име „директне акције“ — то су основне црте маркузијанско-новолевичарских схватања по којима се ова идеолошка струја може класификовати као варијанта бланкизма наших дана“ (стр. 59). У споровима о улози пролетаријата супротстављале су се бланкистичко-субјективистичке оријентације у сукобу са револуционарним марксизмом. Такав карактер су имали спорови Розе Луксембург и Лењина против различитих реформистичких схватања. Оно што је карактеристично за реформистичка схватања је теорија спонтанитета. Ова теорија није престала да постоји у моменту критике, њени елементи постоје и присутни су у расправама које се воде о садашњим економским тешкоћама Југославије. При том се заборавља да решавање тешкоћа може да се тражи у променама, али те промене не могу да се одвијају мимо институција, из једноставног разлога што на већ достигнутом ступњу развоја на коме се наше друштво налази, организације једино могу да обезбеде делотворна друштвена решења. Овакав закључак може деловати као општи став, он но представља реално признавање деловања друштвених законитости, као и рационалну меру коришћења људских потенцијала и енергије, што је захев од кога полази свака марксистичка анализа друштва. Свест о различитим интересима у социјализму уграђена је у теоријске поставке марксизма и историју социјализма; већ на X конгресу Болшевичке партије Лењин је у уводном реферату истакао да партија не може да делује уколико не оствари идејно и политичко јединство, уз истовремену напомену да то јединство, када се постављају витална политичка питања, нијада неће бити идеално. Практика социјализма показала је да различити сукоби интереса у друштву неминовно налазе своју политичку артикулацију и у деловању комунистичке партије. На примеру Болшевичке партије аутор показује процес идејног и политичког диференцирања: „Што је партија била шира и масовнија,

то су у њу лакше продирали утицаји сукобљених интереса из глобалног друштва. Они су, природно, заплускивали најонажније периферне партијске структуре, али су се стихијно, неформалним и посредним путевима, преносили и у највише партијско руководство подстижући фракцијске борбе, нагризајући и у самом центру јединство партијског монолита” (стр. 101).

Истраживање интереса у социјализму не може заобићи настанак, облике деловања и врсте бирократије; о овом друштвеном слоју написано је много, а речено недовољно у радовима многих истраживача. Професор Пашић настоји да се систематски бави политичком бирократијом и њеном улогом у артикулацији друштвених интереса; а у нешто мањој мери разматра улогу тзв. техноструктура (или, како неки аутори означавају, „економске бирократије”). Остваривање циљева СКЈ у условима економске и политичке кризе сложеније је него у претходним периодима социјализма, укључујући и период доношења Програма комунистичке партије. Плурализам друштвених интереса треба да се политички артикулише у политичком и идеолошком самоодређењу деловања субјективних снага. Тај процес није мање сложен од процеса диференцирања у односу на организацију и методе деловања из стаљинистичког наслеђа. „Критичка анализа односа радничке класе и њене политичке авангарде представља управо ону тачку на којој је Сукоб програма СКЈ са стаљинистичком доктрином партијско-друштвеног монолитизма био најдубљи и најопштији. Међу чиниоцима који су тај сукоб условљавали и чак чинили неизбежним највећи значај имало је опредељење Југославије за самострпни концепт и правац друштвеног развоја. (...) Отуда кључни значај питања: како развити демократски централизам као услов остваривања водеће идејно-политичке улоге Партије и у исто време сузбити стално изражену тенденцију његовог дегенерисања у бирократски централизам” (стр. 135).

Студија професора Пашића је критички приступ односу нормативног и стварног у нашој савременој пракси. Уколико је Савез комуниста тумач историјских интереса радничке класе, он није могао да избегне законитост бирократизације, која је деловала вишеструко — у сфери односа партијског руководства и чланства, фиксирању хијерархијских односа и стварању специфичне политичке елите која се не може симплификовано идентификовати са политичком елитом у западним вишепартијским системима, али има неке заједничке карактеристике; систематско анализирање различитих делова политичког система, укључујући делегатски систем, показује да су економске и политичке противречности у социјализму довеле до изражавања различитих интереса. Далеко би нас одвело и прелази границе једног сумарног сврта, када бисмо у разматрање унели и све аспекте противречности југословенског друштва, које садржи претпоставке и елементе за потенцијални развој три система: етатистичког социјализма, државног капитализма и самоуправног социјализма. Професор Пашић критички разматра тезу, присутну у нашој јавности већ дужи време, о историјској превазиђености улоге државе. Он не спори хипертрофију улоге државе у неким подручјима јавног живота, а као посебан вид те хипертрофије наводи претерани нормативизам који отежава ефикасан рад државних и самоуправних органа; истовремено, аутор указује на могућност реализовања било каквих значајнијих промена а да оне не буду координиране, непосредно или посредно, са функционисањем државних органа.

Торијски ниво разматрања појма и деловања интереса представља отворени дијалог аутора са постојећим концептима као и питања која треба решавати у пракси. На противречност појма интереса указао је већ први југословенски теоретичар који се бавио овим проблемом, професор Јован Ђорђевић: „Не само што је идеја интереса различито и супротно тумачена већ је она у политичкој науци и наслеђена, амбивалентна и двосмислена. Под интересом се подразумевају најразличитије појаве и тенденције, од вулгарног материјалног захтева којим се потврђује тежња за присвајањем и себичношћу до извесних моралних и

спиритуалних категорија” (стр. 174—175). Посебан допринос истраживању чини онај део студије у коме је аутор операционализовао свој приступ истраживању интереса. Посебно да би показао дијалектику односа између објективних услова, њиховог деловања и улоге субјекта у политичким процесима. Категоризација интереса изведена је с обзиром на основне циљеве које је друштво поставило, али и с обзиром на негативне феномене као што су парцијализација интереса, ограничавање самоуправљања на сферу просте репродукције, појаве политичке апатије, јачање елемената политичке репрезентације и позиције професионалног политичко-управљачког слоја.

Југословенско друштво суочава се са тенденцијом да мноштво партикуларних интереса доведе у питање целовитост и редовно функционисање економског и политичког система. Друштвени интереси, посебно економски, нису у довољној мери били предмет разматрања, не из туже илузије да је остварено бесконфликтно друштво, већ због суштине етатизованог социјализма који је логичком операцијом избацио читаве групе проблема из марксистичке анализе. Професор Пашић се критички осврће на недостатност оваквих истраживања, која би помогла у решавању противречности у југословенском друштву. Најоштрији сукоб интереса, који је институционално прикривен динамиком самоуправног повезивања, изражава се у утицају политике на економију, односно усмеравање економског развоја политичким инструментима. Решења како их сагледава аутор, могу се наћи само у озбиљним променама у свим сферама репродукције друштвеног живота, почев од преиспитивања уситњености привредних организација, преко поједностављења делегатског система (чиме би постао ефикаснији и мање скуп), превазилажске политичко-представничког односа и институција. Уместо закључка, може се узети као упутство за праксу — сваки раст има своју цену.

мр Дубравка Стајић

Hans-Joachim Bartels: METHODE UND GEGENSTAND INTERSYSTEMARER RECHTSVERGLEICHUNG TUBINGEN 1982. str. 221

Књига објављена у Тибингену представља докторску дисертацију одбрањену на Универзитету у Хамбургу, пред комисијом којој је председавао проф. Дробних.

Да би приступио истраживању проблема писац је најпре морао да одреди појам правног система, одн. како Немци кажу, правнога круга, који обухвата више сродних права појединих држава. Бартелс се углавном креће у европским оквирима и његова је намера да разматра могућности и начин поређења права европских социјалистичких и капиталистичких држава. Иако су, барем у Европи, та два правна круга чак и неупућеноме посматрачу сасвим јасна, писац с правом истиче тешкоће њиховог одређења. Нпр. иако су социјалистичке земље извршиле преображај свога права, ипак и у њиховим новим законцима о грађанскоме праву остају многе норме старог права, а у појединим од ових земаља старо право је и даље делимично на снази. Тако исто, није једноставно ни одређење појма капиталистичкога права. Писац је, по нашем мишљењу, с правом одбацио поједностављено одречно одређење, које под капиталистичким правом подразумева све оно што није социјалистичко право. Он такође сматра да одређење преко облика својине и тржишних одн. планских привредних односа није без проблема. Ипак ће Бартелс закључити да се могу одредити два правна круга, која би требало назвати вредносно неутралним именима. Тако писац сматра да се могу издвојити две правне породице чијем је поређењу посвећена ова расправа. Ти системи су права социјалистичких држава и права западних индустријских држава. Иако на први поглед сасвим логичан и једноставан, овај закључак ће у расправи имати делокосежне последице.

Нама се, пак, чини да би пишчев закључак могао бити подвргнут испитивању.

Ваља одмах признати да је разврставање правних система једно од најспорнијих питања упоредног права. Мишљења писана се толико разликују да неки од највећих ауторитета одбацују мисао о расправи овога проблема(1). Разврставање правних породица се може вршити у вези с једном посматраном установом, или пак бити начелно изведено. Бартелсова је намера, мада се то не наводи изречно, да приступи начелноме разврставању. Такво разврставање је писац извео уз недовољну методолошку подлогу, а његов закључак је споран(2). Тако би у круг западних индустријских држава доспео нпр. и Јапан. Ту би спадало и англо-америчко право, заједно с правима европских континенталних држава које су у прошлости реципирале римско право. Закључак о разврставању до којег је дошао Бартелс нема ауторитативну подршку(3). Зато нам се чини да је пишчево разврставање углавном неспорно у погледу појма права социјалистичких држава, али је под знаком питања уколико се ради о појму права западних индустријских држава(4).

Бартелс ће потом прећи на излагање о ставу писаца из социјалистичких земаља о поређењу различитих правних система. Раније порицање могућности таквога поређења данас је напуштено. Пишчево је мишљење да је умножавање веза између истока и запада појачало занимање за међусистемско упоредно право. Томе су такође допринеле и привредне реформе у социјалистичким земљама, које су предузећима дале слободу и самосталну иницијативу. Бартелс ће казати да у почетку ни западни писци нису били претерано склони међусистемскоме поређењу, као и да је за њих постојао већи језички проблем. Ипак је, по писцу, на западу углавном напуштено мишљење које је тврдило да марксистичко-лењинистички поглед на свет није ни мало изменио право.

Пошто је тако одредио системе које хоће да пореди и утврдио да је међусистемско упоредно право опште прихваћено, Бартелс ће се окренути другој упоришној тачки своје расправе: одређивању методе поређења. На томе пољу писац ће поћи од мисли Цвајгерта и Кеца, да су упоредне једино оне правне установе које испуњавају исти друштвени задатак. Све техничке методе упоредног права (дескриптивну, историјску, појмовнодогматску и типолошку) оцениће Бартелс као несамосталне. Несамостална је и метода коју назива правно-функционалном. Ова испитује правне установе које испуњавају правну функцију. Слабост правно-функционалне методе је у томе што испитује само правну, а не и социолошку функцију посматраног предмета. Пишчев је закључак да се све методе допуњају, а да је упоредноме праву неопходна и правна социологија. Ослањање на социолошку науку је један од кључних пишчевих ставова у погледу упоредно-правне методе. Бартелс ће методу којој се приклања назвати социјално-функционалном. Он наиме, сматра да правна социологија треба да обезбеди *tertium comparationis* упоредноме праву. Тако Бартелс стаје уз ментора своје докторске расправе, у великој струји немачке упоредно-правне науке, у којој је овај проблем начео Радбрух(5). Социологија је, по пишчевоме мњењу, мање од права подложна вредносним категоријама које зависе од друштвеног система,

(1) v. R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris 1964. стр. 16—17.

(2) О методи разврставања правних породица в. нпр. L. J. Constantinesco, *Traité de droit comparé I*, Paris, 1972. стр. 215—219, који наводи осам чинилаца за разликовање система; о разврставању в. и R. Rodière, *Introduction su droit comparé*, Paris 1979. стр. 25—32.

(3) Давид издваја четири система међу којима нема права западних индустријских држава; в. R. David, и. д. стр. 18—26. Донекле је Бартелсовоме размишљању близак Ролдјер, али и он издваја три система, од којих се ниједан не поклапа с Бартелсовим управо наведеним појмом; в. R. Rodière, и. д. стр. 32.

(4) Критика би се могла проширити и на појам права социјалистичких држава, уколико се укључи азијски и кубански социјализам. Велико је питање колико нпр. вијетнамско право има сличности с пољским или мађарским? Овде опет долазимо до проблема несразвијене методологије разврставања.

(5) О разитку и критичи учења о *tertium comparationis* у упоредном праву в. L. J. Constantinesco в. д. II. стр. 34—38, који одбацује поменути појам, а Дробинику замера враћање на једну врсту појмовне јуриспруденције.

те стога треба да послужи за стварање *tertium comparationis*. Нама, међутим, изгледа да је истина управо обрнута. Писац идеализује социологију и њене вагда несигурне закључке а неоправдано потцењује право, код кога постоји бар најмања сигурност да се норма може поуздано утврдити. Ваља свакако признати да оваква критика почива пре свега на мисли о законском праву и да је сарадња права и социолошке науке неопходна да би се разлучило прописано право од онога које заиста дејствује.

Определивши се за правно-социолошки правац истраживања Бартелс ће одбацити организационо социолошко учење и изразити се у прилогу системскога учења, какво нуди социологија Талкота Парсонса. То учење Бартелс сматра универзалним. Стога, по писцу, метода мебусистемскога упоредног права изгледа овако: најпре се, уз помоћ структурно-функционалне анализе, одреди *tertium comparationis*. Затим се прикажу решења одговарајућих проблема, њиховим сопственим језиком и систематиком. На крају се одређује степен рационалности функционалних решења. Овај последњи чинилац подлеже критичкој анализи и оцени упоређивача. Ту се сусрећемо с трећом упоришном тачком ове расправе. Бартелс наиме, сматра да се компаратист мора суочити с проблемом оцене кад одлучује о избору предмета истраживања и о погодности упоређивања појединих правних поредака. То међутим, није једино поље оцене вредности. Бартелс сматра да упоредно право мора да укључи оцену вредности функционалних решења. Но, како грабанско и социјалистичко друштво почивају на различитим привредним структурама, то би вредносно поређење било искључено, како је једно време тврдила социјалистичка правна наука. Зато писац сматра да је потребно боље објаснити појам вредноснога поређења. Оно се састоји у процени резултата до којих компаратист дође својим истраживањем. Бартелс ће чак отићи тако далеко да тврди како је вредносно поређење у основи неопходан састојак функционалнога упоредног права, било да се ово упоређивања из научно-теоретских или законодавних разлога. Уз то ће Бартелс приметити да су социјалистички писци против вредносног поређења у смислу у којем га он одређује. Нама се чини да је критика ставова о вредносноме упоредном праву, каквом жели да прибегне писац ове расправе, у великој мери оправдана. Најстојање на вредносноме упоредном праву може наићи на велике потешкоће. Тако нпр. Бартелс сматра да се оцене истраживача и практичара разликују. Истраживач може закључити да је страно решење боље и онда кад оно не одговара вредносноме поретку његовога сопственог друштва, док практичар, а посебно национални законодавац, може да се одлучи за страно решење само онда кад оно одговара привредним и друштвеним условима његовог друштва. При оваквом ставу најпре остаје нејасно зашто би се истраживач, који није практичар, уопште морао одређивати у корист једног решења? На овој тачки се указује важност напред поменутога Бартелсовог разврставања система на право западних индустријских држава и право социјалистичких држава. Већ смо указали на начелну неодрживост првога појма, који се састоји од разнородних чинилаца. Одбацимо ли из тога скупа јапанско право, указаће се уобичајена деоба на европско-континентално право(6) и *Common Law*. Ваљало би се онда запитати како би могла да изгледа вредносна оцена нпр. права својине у поменута два система? Да ли је бољи систем различитих својинских овлашћења (*estates*), какав имају Англосаксонци, или наоко једноставнији континентални образац, који је надахнут римским правом? Је ли једноставнији једина вредност правне установе? Не омогућује ли нешто сложенији систем боље прилагођавање друштвеној стварности? Ово су само нека од питања која указују на некорисност, да не кажемо и немогућност, вредносног поређења. Друга замерка Бартелсове ставу тиче се полазне методске тачке. Функционално упоредно право конституише друштвени проблем као *tertium comparationis* у једној ап-

(6) Овај израз није опште прихваћен; говори се и о романстичком или о романо-континенталном праву.

страктној равни, а потом одговор тражи у равни постојећих решења. То не задовољава основна правила социолошке методе. Конкретна решења су прилагођена конкретној друштвеној стварности. Ту чињеницу социјално-функционална метода унеколико занемарује. Ово нам може показати прост пример: у арапској земљи у којој има више мушкараца него жена моногамија би морала бити рационалнија од вишеженства. Ово се, међутим, одржава. Увођење моногамије би могло довести до друштвеног потреса и поремећаја у функционисању друштвеног система. С друге стране, проблем помањкања жена се може решавати и досељавањем и приробењем и мерама социјалне политике. То ће све измаћи анализи ако се као *tertium comparationis* за повећање брачног права рецимо Кувајта и СР Немачке узме бројчани однос полова у држави. Ако нам се чини да Бартелсов став не може опстати кад је у питању упоредно-правна наука, ваља додати да њему нема места ни на практичном пољу. Повест најме, познаје националне законодавце који су се одлучивали за страна решења која уопште нису одговарала друштвеним условима земље рецепције. Дobar пример за то је Кемал-паша Ататурк, који је у Турској извршио успешну рецепцију швајцарскога грађанског права.

Настојање на вредносном упоређивању довешће писца до логичног закључка да тешкоће сазнања истинских вредности права не чине особену црту међусистемскога упоредног права. Те тешкоће се јављају и приликом упоређивања сродних правних поредака. Критичком процењивању у пољу које посматра Бартелс ће поставити ограду. По писцу је најме, оно искључено само у оним областима права у којим марксистичко учење тако поставља друштвену стварност да је ова неспојива са сликом грађанско-либералнога друштва. Ово стога што се питање о бољем решењу друштвеног проблема може поставити само онда кад се страном решење може понудити као јединствено. Нама се чини да овакав, рекли бисмо, претерано прагматичан став, оптерећен обавезом вредновања, сужава поље упореднога права. За поребење су најзанимљивије управо оне установе које се највише разликују. Још горем закључку могло би одвести уопштавање Бартелсовога става и извођење његових логичких последица. Ако је припадност идеолошком учењу препрека за поребење онда би нас такав став морао навести да одбацимо сваку могућност поребења нпр. европскога континенталног права с исламским, јер ово почива на сасвим особеној идеологији која није настала у условима либералнога капитализма. Слично би се питање могло поставити и у погледу појединих усанова англосаксонскога права, насталих у феудалноме добу, а исто тако и за установе црквеног права. Да ли нпр. усанова нераскидивости брака, која и даље постоји у Ирској, а донедавно је постојала и у Шпанији и Италији, одговара идеји грађанскога либералног друштва о слободи појединца? Бартелс ће додуже ублажити свој став тврђењем да је при поребењу правних решења различитих поредака, која носе печат друштвене структуре и основних погледа на свет, критичко процењивање теоретски могуће, али практично некорисно. То само потврђује основаност критике коју смо писцу већ упутили. Његов неоправдани прагматизам сужава поље упореднога права.

На самоме крају расправе писац ће поставити питање: Да ли је ограничење вредноснога поребења особина међусистемскога упоредног права? У одговору на то питање ће казати да компаратист који пореди различите системе чешће наилази на проблем процене интереса него онај који пореди сродна права. Та једина особеност међусистемскога упоредног права не стоји међутим, на путу ни могућности поребења, ни примени упоредно-правне методе. Сумирајући овај осврт преостаје нам да се сложимо с Бартелсовим умереним закључком, остајући при раније изреченим критичким судовима, који се односе на појам права западних индустријских држава, примену социјално-функционалне методе и посебно прибегавање поребењу преко *tertium comparationis* као и на претерани прагматизам и непотребно уношење вредносних мерила у упоредно-правну науку, чије се поље таквим поступцима посредно сужава.

Драгољуб М. Поповић

САДРЖАЈ

ИЗВОРНИ ЧЛАНЦИ

<i>др Стеван Врачар</i> , Полазишта филозофскоправног синтетизма Томе Живановића — — — — —	617
<i>др Була Ерши</i> , О рецепцији права — — — — —	655
<i>Жан Тилар</i> , Односи између владе и администрације у Француској (историјски осврт) — — — — —	663
* <i>др Боривоје Познић</i> , Општи услови уговора и надлежност арбитраже — — — — —	670
<i>др Сима Аврамовић</i> , Српски превод „Хексабиблоса“ Петра Витковића — — — — —	677
<i>мр Зорица Мршевић</i> , Договорено признање у англосаксонском кривичном поступку — — — — —	692

ПРИЛОЗИ

<i>др Милутин Р. Буричић</i> , Већа стараца код Албанаца на Косову	708
--	-----

ПРИКАЗИ

<i>др Марија Радовановић</i> , Облигационо право II — <i>др Тодор Ачански</i> — — — — —	727
Н. Ф. Касьян, Консенсус в современных международных отношениях — <i>Светислав С. Јовић</i> — — — — —	731
Најдан Пашић, Интереси и политички процес: Конфликт и консенсус у политичком одлучивању — <i>мр Дубравка Стајић</i> —	734
Hans-Joachim Bartels, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung — <i>др Драгољуб М. Поповић</i> — — — —	737

CONTENTS

ORIGINAL ARTICLES

<i>dr Stevan Vračar</i> , The Points of Departure of the Legal and Philosophical Comprehension of Toma Živanović — — — — —	617
<i>Gyula Eörsi</i> , On the Reception of Law — — — — —	655
<i>Jean Tulard</i> , The Relations Between Government and Administration in France (A Historical Review) — — — — —	663
<i>dr Borivoje Poznić</i> , General Contractual Terms and Conditions and the Jurisdiction of Arbitrage — — — — —	670
<i>dr Sima Avramović</i> , The Serbo-Croatian Translation of „Hexabyblos“ by Petar Vitković — — — — —	677
<i>mr Zorica Mršćević</i> , Collusive Confession in the Anglo-Saxon Criminal Procedure — — — — —	692

CONTRIBUTIONS

<i>dr Milutin Đuričić, The Council of Elders in the Albanian Community in the Province of Kosovo</i> — — — — —	708
--	-----

REVIEW ARTICLES

<i>dr Marija Radovanović, The Law of Obligations II</i> — <i>dr Todor Ačanski</i> — — — — —	727
<i>Н. Ф. Касьян, Консенсус в современных международных отношениях</i> — <i>Svetislav Š. Jović</i> — — — — —	731
<i>dr Najdan Pašić, Interests and the Political Process: Conflicts and Consensus in Political Decision-Making</i> — <i>mr Dubravka Stajić</i> —	734
<i>Hans-Joachim Bertels, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung</i> — <i>dr Dragoljub M. Popović</i> — — — —	737

CONTENTS

ARTICLES DE FOND

<i>dr Stevan Vračar, Les fonds du synthétisme philosophique-juridique élaboré par Toma Živanović</i> — — — — —	617
<i>Gyula Eörsi, La réception de droit</i> — — — — —	655
<i>Jean Tulard, Les rapports en France entre le gouvernement et l'administration</i> — exposé historique — — — — —	663
<i>dr Borivoje Poznić, Les conditions communes des contrats et la compétence d' arbitrage</i> — — — — —	670
<i>dr Sima Avramović, La traduction serbe de „Hexabiblos” par Petar Vitković</i> — — — — —	677
<i>mr Zorica Mršević, L'aveu convenu en procédé pénal anglosaxon</i>	692

SUPPLEMENTS

<i>dr Milutin Đuričić, Les conseil des vieux chez des Albanais à Kosovo</i> — — — — —	708
---	-----

COMPTES RENDUS DES LIVRES

<i>dr Marija Radovanović, Droit d'obligations II</i> — <i>dr Todor Ačanski</i>	727
<i>Н. Ф. Касьян, Консенсус в современных международных отношениях</i> — <i>Svetislav Š. Jović</i> — — — — —	731
<i>Najdan Pašić, Les intérêts et le processus politique: les conflits et le consensus en décisions politiques</i> — <i>mr Dubravka Stajić</i>	734
<i>Hans-Joachim Bartels, Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung</i> — <i>dr Dragoljub M. Popović</i> — — — —	737

Уредништво „Анала” моли своје сараднике да рукописе достављају, придржавајући се следећих правила:

1. Све радове (чланке, прилоге, дискусије, приказе, судску праксу итд.) куцати на пуном папиру (не на пелиру) и то на једној страни, са проредом и са довољно белине са стране (27 редова на страни и 60 словних места у реду).

2. Уз рад намењен рубрици „чланци” истовремено доставити резиме највише до 25 редова, куцан на исти начин као што је предвиђено под тачком 1.

3. Уз сваки рад доставити следеће податке: тачну адресу, потпуне податке о звању, број жиро-рачуна, телефон на радном месту и у стану.

4. Сваки рад доставити потписан.

5. Прикази књига које су мање од 200 страна не треба да буду дужи од 8 куцаних страна. Прикази књига које су по обиму веће од 200 страна могу се сразмерно повећати и то за по једну куцану страну на сваких додатних 100 штампаних страна. Уколико је приказ књиге по природи аналитичан, редакција ће толерисати повећање обима приказа за 20%.

6. Фусноте треба куцати на крају рада (не испод текста на страни), такође са проредом и са довољно белине са стране, и то тако да нумерација фуснота иде од броја 1 па надаље за цео рад (не правити посебну нумерацију за поједина поглавља).

7. Цитирање треба да обухвати следеће податке и то следећим редом: аутор (прво име, па онда презиме), назив дела, место издања, година издања, број цитиране стране или тачке пасуса. ПРИМЕР: Живојин Перић, *Стварно право*, Београд, 1922, стр. 141; Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, str. 93.

8. За радове објављене у часописима, као и за прописе објављене у службеним гласилима, навести, после података о аутору и о раду, податке о: називу часописа (службеног гласила), броју и години издажења часописа (службеног гласила), броју цитиране стране. ПРИМЕР: Радомир Лукић, *Субјективни фактор и непосредна демократија*, „Анали Правног факултета у Београду”, бр. 2—3/1964, стр. 153; чл. 7. Закона о шумама СР Србије, „Службени гласник СРС”, бр. 19/1974.

9. За радове објављене у зборницима, енциклопедијама и сл. навести: име и презиме аутора, назив дела, назив зборника односно енциклопедије, име и презиме редактора (уколико је означено на зборнику), место издања, годину издања, број цитиране стране. ПРИМЕР: Божидар Јелчић, *Пораст и разлози пораста порезног оптерећења*, „Финанције и финансијско право”, ред. Божидар Јелчић и Владимир Срб, Осиек, 1982, стр. 37; Владимир Капор, *Купопродаја*, п. 37, „Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада”, том први, Београд, 1978, стр. 805.

10. Навођење судских одлука треба да садржи податке о врсти одлуке, суду, броју одлуке, датуму када је донесена и публикацији у којој је објављена, односно назначење да је коришћена из судске архиве. ПРИМЕР: Решење Уставног суда СР Србије III У бр. 82/72, од 31. маја 1972, „Зборник судске праксе”, бр. 7—8/1982, одл. бр. 29; пресуда Врховног суда СР Хрватске Гз бр. 58/75, од 18. јуна 1975, „Збирка судских одлука”, књ. I, св. 4, одл. бр. 462.

11. Уколико се једно дело истог аутора цитира у више фуснота (које нису непосредно једна иза друге), после имена и презимена аутора други и сваки следећи пут употребити скраћеницу *op. cit.* Уколико се једно дело истог аутора цитира у фуснотама које непосредно следе једна за другом, после првог навођења потпуних података о аутору и о делу употребити скраћеницу *ibid.*

12. Сви библиографски подаци требало би у начелу да буду да ти у фуснотама. Изузетно, пре свега при помињању неких законских одредби, то би се могло учинити и у самом тексту. ПРИМЕР: Из пореске основнице је, као што предвиђа одредба чл. 3 Закона о порезу из дохотка организација удруженог рада СР Србије, искључен износ дела дохотка у висини 55% просечног месечног нето личног дохотка радника у привреди СР Србије исплаћеног у претходној години.

13. Пошто се часопис „Анали” штампа ћирилицом, првеном оловком треба подвући речи или реченице које треба да буду штампане латиницом. Овај захтев односи се и на фусноте.

14. Речи и реченице које треба да буду штампане курзивом подвући црном или плавом оловком. Сви наслови цитираних радова треба да буду штампани курзивом.

15. Речи и реченице које треба да буду штампане латиницом и курзивом истовремено подвући и првеном и црном (плавом) оловком. ПРИМЕР: Jan Tinbergen, *Does Self-management Approach the Optimum Order?*, „Yugoslav Workers Self-management”, ed. by M. J. Brockmeyer, Dordrecht, 1970.

16. Места која се желе истакнути штампају се искључиво курзивом, а не шпационирано (размакнутим словима). Због тога у рукопису ништа не треба куцати размакнутим словима.

17. Поднасловe највишег реда обележавати римским бројевима и куцати великим словима. Уже поднасловe обележавати арапским редним бројевима и куцати малим словима, а још уже словима азбуке и такође куцати малим словима. ПРИМЕР: III УТИЦАЈ ПОРЕСКЕ ПОЛИТИКЕ НА ПОНУДУ ЧИНИЛАЦА ПРОИЗВОДЊЕ; 1. Ефекти пореске политике на штедњу; (а) Ефекти пореске политике на штедњу становништва.

18. Умољавају се сарадници да после прекуцавања рукописа пажљиво прочитају текст и отклоне евентуалне дактилографске грешке.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду” у 1984. за целу годину износи:

1. За правна лица	Н. дин 900.—
2. За појединце	„ „ 600.—
3. Са студенте (редовне и ванредне)	„ „ 300.—
4. За један примерак	„ „ 200.—

Претплата за иностранство износи н. д. 1.200.—

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број 60803-740-030-4356

Уредништво и администрација АНАЛИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
БЕОГРАД — Булевар револуције 67, тел. 341-501