Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка), II одељак, 1941.

Садржај

II одељак

§ 1. Предмет другог одељка

Отсек I

Процесна радња

Увод

§ 2. Садржина и систематика I отсека

Глава I

Појму процесне радње претходећа учења

§ 3. Општи принципи за процесне радње

§ 4. Процесна радња као особена врста правне радње, њен циљ и њене врсте

§ 5. Претсудеће (или иследне) и судеће процесне радње и претсудећи и судећи судски органи (јурисдикције)

Глава II

Појам процесне радње

§ 6. Појам процесне радње и систематика општег учења о њој

§ 7. Принцип легалитета одн. опортунитета кривичног гоњења и диспозиције грађанске тужбе

§ 8. Принцип имутабилитета и мутабилитета

§ 9. Систематика посебног учења о процесној радњи (Посебног дела Кривичног и Грађ. проц. права)

Отсек II

Процесни субјекат у опште

Увод

§ 10. Садржина и систематика II отсека

Глава I

Процесни субјекат у опште

§ 11. Појам процесног субјекта

§ 12. Одељеност функција три процесна субјекта (акузаторски и инквизиторски поступак; принцип судијске одговорности [истражна максима] и његова консеквенца принцип материјалне истине; принцип одговорности странака и његова консеквенца принцип формалне истине)

§ 13. Непоновимост својства процесног субјекта у истој ствари (ne bis in idem). Принцип правне снаге пресуде

Глава II

Суд

§ 14. Појам суда

§ 15. Системи дуалитета и унитета судства

§ 16. Монократски и колегијални систем уређења процесних судова

§ 17. Учешће лајика и специјализираних експерата у кривичном и грађанском правосуђу

§ 18. Судска и судијска независност

§ 19. Деоба судова

Глава III

Странка у опште

§ 20. Појам странке

§ 21. Обележја појма странке

Глава IV

Активна странка

§ 22. Појам тужилачке (активне) странке (тужиоца)

§ 23. Државно тужиоштво (као активна процесна странка у кривичном и грађанском поступку)

Глава V

Пасивна странка

§ 24. Појам туженичке (пасивне) странке (туженика и окривљеника)

§ 25. Право одбране окривљениково и опште дужности пасивне (кривичне и грађанске) странке

Поговор

Регистар садржине I и II одељка

343

СРПСКА КРАЉЕВСКА АКАДЕМИЈА

ПОСЕБНА ИЗДАЊА

КЊИГА CXXXI

ДРУШТВЕНИ И ИСТОРИСКИ СПИСИ

КЊИГА 55

Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка)

II. ОДЕЉАК.

од

Д-р ТОМЕ ЖИВАНОВИЋА

2 Издање Задужбине Драгослава Гоћевца 2

БЕОГРАД 1941

ЦЕНА 25 ДИН.

ПРЕГЛЕД
ИЗДАЊА СРПСКЕ КРАЉЕВСКЕ АКАДЕМИЈЕ

Академијине су књижаре Геце Кона А. Д. и С. Б. Цвијановића у Београду
(Бројева означених звездицом нема више на продају)

IX. ПОСЕБНА ИЗДАЊА Књ. I—CXXXI

5. Друштвени и историски списи

Књига

VII (1). — **Иларион Руварац,** Одломци о грофу Ђорђу Бранковићу и Арсенију Црнојевићу, с три излета о такозваној великој сеоби српског народа. — Б. 1896 8⁰ VIII 154. Цена 20 динара.

VIII (2). — **М. Ђ. Милићевић,** Манастир Каленић, задужбина деспота Стевана Лазаревића (1405—1426). — Б. 1897 8⁰ XVI 53 (са сликом). Цена 10 динара.

X (3). — **Димитрије Руварац,** Автобиографија протосинђела Кирила Цвјетковића и његово страдање за православље. — Б. 1898 8⁰ VI 265. Цена 15 динара.

*XI (4). — **Д-р Лујо кнез Војиновић,** Дубровник и Османско Царство. Књига прва (1365—1482). — Б. 1898 8⁰ 288. Цена 15 динара.

*XII (5). — **Д-р Драгиша Мијушковић,** Ото Дубислав плем. Пирх. Путовање по Србији у години 1829. — Б. 1899 8⁰ VI 247 (са сликом). Цена 15 дин.

*XXI (6). — **Драг. М. Павловић,** Србија и српски покрет у Јужној Угарској. — Б. 1904 8⁰ VI 180. Цена 20 динара.

*XXV (7). — **Јован Н. Томић,** Црна Гора за морејског рата (1684—1699). — Б. 1907 8⁰ V 374. Цена 30 динара.

*XXVII (8). — **Јован Н. Томић,** Град Клис у 1546 години. — Б. 1908 8⁰ IX 298. Цена 20 динара.

*XXXII (9). — **Драг М. Павловић,** Србија за време последњег аустротурског рата (1788—1791). — Б. 1910 8⁰ VIII 391. Цена 40 динара.

*XXXIII (10). — **Д-р Јован Радонић,** Гроф Ђорђе Бранковић и његово време. — Б. 1911 8⁰ XI 776 (са 8 таблица). Цена 60 динара.

*XXXV (11). — **Д-р Владан Ђорђевић,** Црна Гора и Аустрија у XVIII веку. — Б. 1912 8⁰ 179. Цена 30 динара.

*XXXVI (12). — **Слободан Јовановић,** Уставобранитељи и њихова влада (1838—1858). — Б. 1912 8⁰ XII 285. Цена 40 динара.

*XXXVIII (13). — **Ст. Станојевић** Борба за самосталност католичке цркве у Немањићкој држави. — Б. 1912 8⁰ XI 178. Цена 20 динара.

*XL (14). — **Драг. М. Павловић,** Покрет у Босни и Албанији противу реформама Махмуда II. — Б. 1913 8⁰ VIII 105. Цена 10 динара.

*XLI (15). — **Д-р Владан Ђорђевић,** Црна Гора и Русија (1784—1814). — Б. 1914 8⁰ 362. Цена 30 динара.

XLIV (16). — **Д-р Владан Ђорђевић,** Србија и Грчка (1891—1893). — Б. 1923 8⁰ 300. Цена 20 динара.

XLV (17). — **Владимир Ћоровић,** Лука Вукаловић. — Б. 1923 8⁰ 162. Цена 12 динара.

XLVIII (18). — **Милан Решетар,** Дубровачка наумизматика, I (историски део). — Ср. Карловци, 1924 8⁰ XVI 734. Цена 80 динара.

XLIX (19). — **Д-р Владан Ђорђевић,** Црна Гора и Аустрија (1814—1894). — Б. 1924 8⁰ 539. Цена 50 динара.

L (20). — **J .Péritch,** La propriété schientifique. Editions spéciales, livre L. — Belgrade, 1924 8⁰ 37. Prix 5 din.

LIII (21). — **Д-р Душан J. Поповић,** Војводина. Прилози проучавању наше земље и нашег народа. Општи део I. Бачка. Прилози проучавању етничких односа од средине XVI века до 1921 г. — Б. 1925 8⁰ VIII 155, са четири табле. Цена 25 динара.

СРПСКА КРАЉЕВСКА АКАДЕМИЈА

ПОСЕБНА ИЗДАЊА

КЊИГА CXXXI

ДРУШТВЕНИ И ИСТОРИСКИ СПИСИ

КЊИГА 55

2 Издање Задужбине Драгослава Гођевца 2

БЕОГРАД 1941

ШТАМПАРИЈА „МЛАДА СРБИЈА“, ТЕЛ. 21-352 — ВЛАД. М. АНЂЕЛКОВИЋ, УСКОЧКА 4

СРПСКА КРАЉЕВСКА АКАДЕМИЈА

Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка)

SAVEZNO IZVRŠNO VEĆE
CENTAR ZA INFORMACIONU I DOKUMENTACIONU DELATNOST
Inv. br. 9350
SIGN.

(Ревизија и синтетичка [бипартитна и персоналистичка] реконструкција процесно-правних наука)

од

Др. ТОМЕ ЖИВАНОВИЋА

II. ОДЕЉАК

(Приказано на скупу Академије друштвених наука 26. октобра 1940).

PONISTENO

Les problèmes fondamentaux du Droit procédural criminel et civil

(Révision et réconstruction synthétique [bipartite et personnaliste] des seiences juridiques procédurales)

par

THOMAS GIVANOVITCH

SECTION II.

(Communiqué à la réunion de l'Académie des sciences sociales le 26 octobre 1940).

Inv-br.
39282

3437
Ж-67-0
2

3984

§ 1. Предмет другог одељка.

I. 1. У I. одељку Основних проблема утврђена је научна и практичка потреба и могућност стварања *синтетичког система* Кривичног и Грађанског процесног права (поступка). Као што је тамо (§ 10) изнето, до сада у опште није било *систематске* научне обраде ове две правне гране, јер њихова грађа није била раздељена на један *општи* и један *посебни* део, чак ни у оном несавршеном смислу, како је то случај у осталим правним наукама ван Кривичног права. Другим речима у I. одељку утврђена је потреба и могућност деобе процесне научне грађе у један *општи* и један *посебни* део, и то у смислу правог научног система, *синтетички*.

2. Сем тога је у I. одељку Основних проблема (§§ 10 и 11) расправљено питање *основних* (највиших, последњих) *појмова* (категорија) две процесне науке и на тај начин (§ 12) *систематике* њиховог Општег и Посебног дела. Видело се је ту, да су *основни појмови* у обе процесне науке *исти* и да их има *два*, на име процесни *субјекат* и процесна *радња*.[1])

[1]) В. у *1* § 10 I о рђавом стању процесно-правне књижевности у овом погледу. Један је само истакао израз „*основни* процесно-правни појмови" (prozessrechtliche Grundbegriffe), на име *Sauer* у свом опсежном раду општег процесног значаја Grundlagen des Prozessrechts 1919. Али он наводи (147, § 9) као „*основне* процесне појмове" процесну радњу, процесну претпоставку и процесни правни однос, дакле три. Од њих три је међутим у ствари само процесна *радња* основни. За процесни *правни однос* је пак утврђено у 1. одељку (§§ 5 и 10 IV 2), да не може у опште бити основ систематике и да он није основни процесни појам. Сем тога ако би се он баш сматрао као основни, он би тада био *једини*, као што и узимају они, који га тако сматрају (в. *1* § 10 IV 2). Процесна *претпоставка* најзад је само један *општији*, а не основни процесни појам. Из овога се види, да *Sauer* није имао *синтетичку* идеју

Тако је било утврђено, да се *општи* делови ове две науке треба да разделе у *два* одељка, и то на тај начин, да из разлога (§ 11 III) изнетих *први* буде посвећен процесној *радњи*, а *други* процесном *субјекту*.

II. *Задатак* је II. одељка Основних проблема, да се утврди *појам* процесне *радње* и процесног *субјекта* и одреде њихови *елементи* и њихове *врсте*. Процесних субјеката има, као што се је видело у I. одељку (§§ 10 и 11), *три*, *суд* и *активна* и *пасивна* странка, те се у II. одељку има да утврде *посебице* и *појам* ова *три* субјекта и њихови *елементи* и *врсте*. На тај начин биће постављени *темељи* Општих делова две процесне науке са *систематиком* истих. Темељи су им дакле *заједнички* и зато учење о њима спада у *вишу* процесну науку, коју називамо *Основним проблемима* Кривичног и Грађанског процесног права (поступка), сачињавајући у њој засебан, II. одељак. Ту ће бити уједно утврђени при учењу о процесној *радњи* основи за *систематику* двеју процесних наука у њиховим *Посебним* деловима, критеријум за коју је баш природа *процесне радње* (в. *1* § 12 III).

III. У I. одељку је изнето (§ 9), како има извесних општих правила, која владају процесним *радњама* и трима процесним *субјектима* и позната су под именом **општих** *процесних принципа* (којима стоје насупрот разни **посебни** процесни *принципи*). Међу овим принципима постоји једна разлика, која је од значаја за сам задатак II. одељка Основних проблема, јер је у вези са самим *појмом* процесног субјекта и процесне радње. Та разлика постоји међу њима у њиховом *дејству* на појам процесног *бића*, на које се односе, т.ј. за које важе. Као што је пак изнето (1 § 9 II), неки се од њих (као и неки од *посебних* процесних принципа) односе на поједине од три процесна *субјекта*, а неки опет на процесну *радњу*.

Кад се у овом правцу проучи суштина разних *општих* процесних принципа, може се приметити: 1° да су *општи*

при утврђењу основних процесних појмова, већ их меша, као и остали, с више или мање општим. У осталом ни он сам не наслања излагање у поменутом раду на та три тобожња основна процесна појма (за које примећује, да би се могли означити као „процесно-правни *елементи*", што је могуће али они нису *основни* процесно-правни елементи).

принципи, који се односе на поједине од три процесна субјекта, *сви* од утицаја на сам *појам* ових, јер га својим захтевом *допуњују* и тако у *потпуности* приказују као једно *особено* правно биће, и 2° да су међу општим принципима за процесну радњу једни од утицаја на сам њен *појам, допуњујући* га, док остали постављају само извесне *формалности* за њено вршење, не односећи се на њену суштину, стојећи дакле *ван* ње, т.ј. *спољни* су процесни принципи, *формалне* су природе, а не унутарњи као први (в. § 3 I).

Из реченог излази: 1° да се *општи* процесни принципи има да поделе у две групе, у унутарње или, како се још зову, *материјалне* и у спољне или *формалне*, 2° да се према томе једни од општих процесних принципа, *унутарњи* има логички да ставе у везу као такви са самом дефиницијом *појма* процесног бића, на које се односе, пошто га *допуњују* и 3° да се на тај начин у погледу *садржине* II. одељка Основних проблема у њ', дакле у *Основне проблеме*, а не у *Општи део* двеју процесних наука, има да унесе учење о *унутарњим* општим процесним принципима, док се друга група истих, *спољни* има да излажу у *Општем делу* двеју процесних наука (поред *посебних* процесних принципа [од којих ће неки ући у *Посебни* део]). Који су принципи *унутарњи*, те се треба да доведу у везу с дефиницијама процесне радње и субјекта и излажу у Основним проблемима, биће изнето у §§ 3 III и 10 II и III.

IV. У *Систему синтетичке правне филозофије*, I. књизи (1921, на француском 1927) изнето је (§ 10 I), да се *реална подлога* за стварање овог система може добити тек синтетичком систематском *прерадом* постојећих специјалних правних наука и стварањем, методом синтезе, *виших* синтетичких правних наука. Таква једна виша правна *синтетичка наука* за *процесна* права су и *Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права* (поступка). Овај наш рад дакле поред користи, коју би требало да допринесе *научној* обради Кривичног и Грађанског поступка, је тако један од *темеља* за успешну израду *Синтетичке правне филозофије*. Он се појављује као Виши *општи* део Кривичног и Грађанског процесног права.

ОТСЕК I

ПРОЦЕСНА РАДЊА

УВОД

§ 2. Садржина и систематика I. одељка.

I. Учење о процесној *радњи* као општем појму је мање компликовано но учење о процесном *субјекту* у опште. Пре свега процесних субјеката има *три*, и њихов узајамни правни однос сачињава *правни* однос, који је главна карактеристика процеса у опште, те се о овим трима врстама процесног субјекта мора да расправља у самим Основним проблемима, *Вишем* општем делу два процесна права. Процесних радњи такође има истина неколико *врсти*, и оне се могу сем тога поделити у групе према законским *фазама* поступка од његовог почетка до краја (в. § 9). Али учење о врстама процесне радње према њиховом законском реду *следовања* (в. § 9 III) спада у учење Посебног дела две процесне науке. Учење пак о врстама процесне радње у *опште* је пре свега много мање сложено но учење о врстама процесног субјекта у *опште*, а сем тога међу врстама процесне радње у опште не постоји нити може постојати какав нарочити *правни* однос, сем да чине једну правну континуирану (в. *1* § 6 III) целину.

II. У I. отсеку се треба, идући логичким путем, најпре да говори о појму општих процесних *принципа*, који важе за процесну радњу, и о њиховој *деоби* с обзиром на природу њиховог односа ка процесној радњи (§ 3). После тога се треба да нагласи (в. *1* §§ 5 и 6) карактер *особених* правних радњи процесних радњи, циљ ових, као и њихове врсте (§ 4), од којих ће две најзначајније, и највише категорије сачињавајуће, бити засебно изложене (§ 5). Затим се има прећи (у § 6) на одређење (формалног и материјалног) појма процесне *радње*

и, у наслону на дефиницију тога појма, на систематику *општег* учења о процесној радњи (scil. *Општег* дела *две процесне науке).* Даље ће бити изнети на процесну радњу односећи се њени *унутарњи* општи принципи, на име принцип легалитета (и обратно опортунитета), одн. диспозиције, и принцип имутабилитета одн. мутабилитета (§§ 7 и 8 [за учења о принципу материјалне одн. формалне истине и правне снаге пресуде, такође унутарњим принципима процесне радње, в. § I 3]). На крају ће (§ 9) бити изнета систематика *посебног* учења о процесној радњи (scil. *Посебног* дела две процесне науке), допуњујући тако систематику *општег* учења о процесној радњи из § 6. Учења §§ 3, 4 и 5 чиниће I. главу II. отсека, док ће учења §§ 6, 7, 8 и 9 сачињавати II. главу овог отсека, пошто обухватају сам *појам* процесне радње и у вези с *њиме* унутарње опште принципе процесне радње и систематику општег и посебног учења о процесној радњи, те тако праве једну посебну на *појам* процесне радње односећу се целину према *претходећим* им учењима главе I.

ГЛАВА I

ПОЈМУ ПРОЦЕСНЕ РАДЊЕ ПРЕТХОДЕЋА УЧЕЊА

§ 3. Општи принципи за процесне радње.

I. *Процесне радње* су ради успешног постигнућа циља процеса подвргнуте извесним *општим* захтевима или принципима („правилима", „мислима", како се још [в. о томе *1* § 9] зову [неки и максимама, н. пр. принцип опортунитета]). Ти *општи* (или основни) принципи за *процесне радње* су, као што је изнето у § 1 (III), *двојаки* по својој природи. Четири од њих су **унутарњи** *(материјални), допуњујући* сам појам процесне радње. То су принципи *материјалне* истине у кривичном, *формалне* у грађанском поступку и принципи *легалитета* одн. *опортунитета, имутабилитета* и *правне снаге пресуде.* Сви други су пак **спољни** *(формални)* у односу на процесне радње, постављајући својим захтевима извесне *формалности* у погледу начина њиховог вршења и стојећи тако *ван* њиховог појма. То су н. пр. принцип усмености и писмености и принцип јавности. Само *унутарњи* ће према реченом (в. § 1 III) бити изложени у *Основним проблемима,* пошто се односе на сам појам процесне радње (док ће *формални* кривични бити изнети у Општем делу Кривичног процесног права). Но неки од *унутарњих* биће ипак изложени тек код процесног *субјекта,* на име: 1° принцип *материјалне* одн. *формалне* истине, јер су консеквенце принципа *судијске* одговорности (истражне максиме) одн. принципа одговорности *странака,* који су унутарњи принципи за процесног *субјекта* (в. о њима § 12 I 3), и 2° принцип (в. о њему § 13 II) *правне снаге пресуде,* јер је његово дејство т. зв. принцип *ne bis in idem,* који је унутарњи прин-

ципа за процесног *субјекта,* те је и он *посредно* унутарњи принцип за овога као и принцип материјалне одн. формалне истине.

II. Као што се је видело у I. одељку (§ 9), општи принципи за процесне *радње* су у постојећој књижевности помешани с општим принципима за процесне *субјекте,* и у колико се у неким радовима представљају као општи принципи баш за саме процесне радње, они се не издвајају као нешто посебно према осталим општим принципима, принципима за процесне субјекте. Отуда у постојећој књижевности није могла ни бити изведена нека класификација општих принципа за саме процесне *радње.* Ипак неки (цивилни процесуалисти) извесне од тих општих принципа одвајају од осталих као *формалне* под називом (као *Schmidt*[1]) *„форме“* (или [као *Kleinfeller]* „појавне форме“) процесних радњи, означујући остале просто као „опште принципе“ процесних радњи, али служећи се овим термином и да пода њ' у ширем његовом смислу обухвате и оне прве (нарочито *Kleinfeller,* који ово издвајање јасно истиче, примећујући, као што је горе [I] изнето, да једни „општи принципи“ организирају „спољну појавну форму“ радњи, а други њихово „унутарње биће“).[2]) Један цивилни процесуалиста *(Rosenberg),* без служења термином општи принципи, разликује (не објашњавајући разлику, која се не види),[3]) између *„форми* процесних радњи“ (где он убраја усменост и писменост и непосредност, т.ј. горе [I] поменуте *формалне* опште принципе [означујући опште принципе, које он сматра принципима, као „максиме“, н. пр. максима расправе и истражна])[1]) и *„спољних* околности судске делатности“ (где он убраја место и време судске делатности, судски говор, јавност и седничну полицију).[2]) *Birkmeyer* међу својим општим правилима за процесне радње издваја као особену групу „општа правила о *формама* процесних радња“ (где убраја усменост, писменост и непосредност, док међутим јавност убраја у општа правила о „месту процесних радњи“).[3]) *Graf zu Dohna* говори код „процесних радњи“ само о *„формама“* њиховим (књ. III), где убраја усменост и јавност, чинећи тако и он разликовање између формалних („форми“, како он каже) и унутарњих принципа, које назива просто „принципима“ (н. пр. у књ. II. 2. отс. „акузаторски принцип“).

III. Изнето је (*1* § 9), да у постојећој књижевности нема сагласности ни о томе, шта се све има да сматра као општи процесни принцип. Тај спор постоји тако и о принципима, који се тичу процесних *радњи.* Општи принципи за процесне *радње* су, пошто се односе на њих директно, а не на процесне субјекте:

1. Принцип *материјалне* одн. (у грађанском поступку) *формалне* истине.[4]) То је према горе (I) реченом један од *унутарњих* (материјалних) принципа, као и два следећа. Но његов је посебан значај и у томе, што он утиче не само на *формални,* већ и на *материјални* појам процесне радње, допуњујући њену материју. Он се тако појављује као *материјални* општи принцип у правом смислу, из чега излази, да називање свих *унутарњих* општих принципа *материјалним* није умесно. Као такав он се треба да унесе у *материјалну* дефиницију процесне *радње* (в. § 6 IV).

2. Принцип *легалитета* одн. *опортунитета.*[5])

---

[1]) В. (код прибирања доказа) § 76 („принципи“ непосредности и усмености и писмености).

[2]) § 50 III. Док се вели *„форме* појаве“ процесних радњи „одређују“ „јавношћу или тајношћу, усменошћу или писменошћу, судским говором, местом и временом радњи“, „на *унутарње* биће процеса утичу принципи“ о *односу странака* међу собом, делећи их у две групе: у прву групу убраја „једнакост процесних права“ (што је у ствари принцип процесних *странака,* а не радњи) и (такође) „однос процесних субјеката међу собом“, а у другу: 1⁰ за однос *странака ка судији* принципе правног чујења (услуха), слободног располагања процесном грађом, учешћа странака у располагању поступком, подвргнутости странака под процесно вођење судије (што би у ствари били такође општи принципи процесних странака, а не радњи), 2⁰ за однос *судије* ка *„делујућим* лицима“ и ка „процесној грађи“ поред горњих и принцип непосредности (што је у ствари такође једна *форма* процесних радњи, као што умесно узима *Rosenberg* [§ 64 I 1]).

[3]) § 64 I.

[1]) § 63.

[2]) § 24.

[3]) §§ 80—82.

[4]) Убрајају га у опште принципе за процесне радње н. пр. *v. Kries* § 37, *Gerland* § 56, *Kleinfeller* § 58. Од оних, који издвајају опште принципе процесних радњи, не убраја ту овај прицип н. пр. *Birkmeyer* § 80—85.

[5]) Тако *v. Kries* § 38 и *Gerland* § 53, док га *Birkmeyer* уноси (§ 16) у учење о објекту кривичног процеса, а *v. Kries* (§ 54) у учење о странкама.

3. Принцип *имутабилитета* одн. *мутабилитета.*[1])

4. Принцип *правне снаге пресуде.*[2])

5. Принцип *јавности* одн. *тајности.*[3]) Овај и следећи принципи су *стални* (формални).

6. Принцип *усмености* одн. *писмености.*[4])

7. Принцип *непосредности.*[5])

8. Принцип *службеног језика.*[6])

IV. Нису *општи* принципи, ни у опште, ни посебно за процесне радње, пошто не исказују ништа ни о *суштини* ни о *форми* процесних радни (в. 1 § 9 V):

1. Правило о *месту* процесних радњи.[7]) С питањем о месту ових радњи је у вези питање о *правној* помоћи (унутарњој и међународној).

2. Правило о *времену* процесних радњи.[8])

§ 4. Процесна радња као особена врста правне радње, њен циљ и њене врсте.

I. 1. Процесне радње посматране у свом скупу су, као што се је видело из реалистичке субјективне дефиниције кривичног и грађанског поступка (в. §§ 2 II 2 а и 3 II 2 а), правно нормиране радње одређених лица, процесних субјеката (правих [в. § 11 II] или неправих), које су они овлашћени или дужни, да врше, и које, повезане у целину јединством

[1]) Тако *Gerland* § 55, док га *Birkmeyer* уноси (§ 17) у исто учење као претходни принцип.

[2]) Тако *Birkmeyer* § 97, *v. Kries* § 71 II, *Ullmann* § 147, *Gerland* §§ 88 и 110, *Kleinfeller* § 70, *Rosenfeld* § 152.

[3]) Убрајају га у опште принципе за процесне радње сви у претх. пр. поменути *(v. Kries* § 36, *Gerland* § 58, *Kleinfeller* § 53 II, *Birkmeyer* § 82).

[4]) Убрајају га у своје опште принципе за процесне радње сви горе наведени *(v. Kries* § 35, *Gerland* § 57, *Kleinfeller* § 53 I, *Birkmeyer* § 82).

[5]) Сем *v. Kries*-а, који га уноси у учење о доказу (§ 48 VIII) убрајају га у опште принципе за процесне радње сви остали горе наведени *(Gerland* § 57, *Kleinfeller* § 59, *Birkmeyer* § 80).

[6]) Убрајају га у опште принципе *v. Kries* § 40, *Gerland* § 59, *Kleinfeller* § 53 I, као и (али узгред, уз принцип усмености и непосредности) *Birkmeyer* § 80 IV 2 b α.

[7]) [8]) Тако и за *место* и за *време v. Kries* §§ 35—40, 56—57, *Gerland* § 60. Прот. и за место и за време *Birkmeyer* §§ 83—84 (једно и друго без образложења, као у осталом и *Gerland).*

циља, једна за другом теку, као узајамне претпоставке одн. наставци, у законом одређеном низу следовања.[1]) Све скупа сачињавају на тај начин један „историјски догађај". Тај се скуп означава као процес, процесно поступање (Prozess, Prozessverfahren).[2])

2. Процесне радње су правно нормиране у толико, што су претпоставке за вршење ових радњи, према томе процеса као целине, затим само њихово вршење и њихова дејства у самом закону одређени. Процесна радња се на тај начин појављује као једна *особена* врста правних радњи (аката), као процесна правна радња и цео процес као једна правна целина (в. о њој 1 § 8 I).[3])

II. **Циљ** процеса и процесне радње. — 1. Процесне радње скупа, посматране саме за себе, дакле објективно у свом скупу, имају један заједнички општи циљ. То је дакле *циљ* поступка (процеса) као *целине,* т.ј. *општи* процесни циљ *(општи,* крајњи циљ процесних радњи) или просто *циљ* **процеса.**[4]) Тај циљ је *утврђење* постојања процесног правног *захтева,* т. ј. државног права (и дужности) на кривичну санкцију одн. приватног правног захтева.[5]) Он се појављује дакле као *посредни* или крајњи циљ *процесне радње.*

2. Поред поменутог треба разликовати непосредни или *први посебни* циљ *процесних радњи.* Он се, ако се хоће да противстави појму процесни циљ, може да означи просто као *циљ* процесне **радње.** У постојећој књижевности се тај посебни циљ одређује било једно-

[1]) Уп. *Gerland* § 1 III 1 а, 15 I, *Graf zu Dohna* 71.

[2]) Уп. *v. Kries* 2. Buch, *Gerland* §§ 1 III 1 а, 3. Buch.

[3]) Уп. *Gerland* § 1 III 1 а, *Florian* § XXI, I, (107: „правни су акти, јер су регулисане правом и производе правне консеквенце", а *процесни* су акти, јер се у процесу развијају).

[4]) Уп. *Sauer* 168/9 (који тај циљ [а он је „потврда права"] назива „процесним циљем у опште" или „објективним процесним циљем"). Слично *Graf zu Dohna* 71 III („вођење прцеса његовом решењу").

[5]) Уп. *Gerland* § 1 III 2 b и IV 1 а (где доказује, да је „циљ казненог поступања" „утврђење егзистенције или неегзистенције једне конкретне државне дужности [не права] кажњења").

ставно (н. пр. *Sauer:*[1]) „циљ процесне радње“ је „развијање процеса“) било као састављен из више циљева (као *Stein:*[2]) „утицање на целину и садржину процеса“), било (као што *Sauer*[3]) примећује) *казуистички* (н. пр. *Kleinfeller*,[4]) уносећи то у дефиницију процесне радње [в. § 6 I 6]). Има се наравно претпоставити *једноставно* одређење *посебног* циља, као што је то случај и с *општим* процесним циљем и што је у ствари могуће. *Посебни* циљ процесне радње (или просто циљ *процесне радње)* је (како у кривичном тако и у грађанском поступку) на име вршење дужности или права процесног субјекта. Без значаја је, да ли је то вршење, објективно (само за себе) посматрано, управљено на остварење поменутог (1) *општег* процесног циља или је за њ' без користи или чак штетно. Без значаја је такође, да ли сам извршилац процесне радње хоће да служи *општем* процесном циљу или напротив да га својом радњом омете (што се објективно може очекивати, наравно не од судских органа, већ од окривљеника и његових заступника, одн. од странака у цивилном процесу, као и од трећих лица суделовача). Поред поменутог посебног циља процесне радње може се на тај начин, насупрот њему као објективном циљу процесне радње, разликовати субјективни циљ ове радње, на име циљ, коме *конкретни вршилац* исте тежи.

III. **Врсте** процесних радњи. — 1. Процесне радње по субјекту који их врши могу се поделити у три групе: 1⁰ у процесне радње **суда** и *судија* и других судских органа, 2⁰ у процесне радње **странака** (scil. у кривичном поступку тужилац и окривљеник, у грађанском тужилац, противтужилац и туженик и [главни и споредни] умешач) и њихових заступника (scil. у кривичном поступку њихових за-

[1]) 168/9. Наглашава, да је ирелевантно, да ли поменуто „развиће“ служи „објективном процесном циљу“ (в. пр. 4) или му „на путу стоји“, и да поменутог *посебног* циља мора увек бити, јер иначе, вели, процесна радња (као тужба, пресуда), и ако постоји, нема „дејства“ (н. пр. кад јој је циљ дидактички).

[2]) Enz. 972.

[3]) 168 пр. 2.

[4]) § 51 I (160).

ступника и бранилаца, у грађанском законских заступника и *вољних* заступника [пуномоћника]) и 3⁰ у процесне радње **трећих** *лица* у *процесу,* **неправих** *процесних субјеката (доказних* лица [као сведока], обавештајних лица [Auskunftpersonen, лица чији се исказ узима,[1]) не као доказно средство, већ pro informatione, те нису сведоци] и *ма ког* трећег лица [н. пр. повређеника, подносиоца предлога или одобрења, полицијске власти, §§ 93 к. с. п.]), лица дакле чије су радње *помоћне* делатности за радње процесних субјеката.[2]) Према некима радње трећих лица нису процесне радње нити су она процесни субјекти.[3]) Разликују тако *само две* врсте процесних радњи: суда и странака. Радње трећих лица су тобож, како се[4]) каже, само „процесно релевантне“ радње. Оне на име не служе, вели *Sauer*, с нужношћу „поменутим циљевима процеса и не подлеже с нужношћу“ (као остале) „начелима о недејствености“ (scil. могу имати дејство, и ако нису у сагласности с посебним [в. II 2 пр. 6] циљем процеса). Ово гледиште се заснива, као што се види, на Sauer-овом особеном схватању циља процесне радње.

2. Процесна радња као правно нормирана циљна радња треба наравно да послужи само општем циљу, т.ј. циљу процеса (в. II 1) или бар да је за то *подобна* или томе *намењена.* Но процесна радња остаје то и онда (в. § 6 II), кад је *противна* општем циљу процесних радњи, не доприносећи му или чак ометајући га (н. пр. погрешна наредба управљања процесом, радња којом се процес развлачи, лажно сведочење и вештачење).[5])

[1]) Уп. *Birkmeyer* 422 (под 2), *Gerland* § 73 II 1, *Florian* § XXII, V (113).

[2]) Уп. *Birkmeyer* § 65 I 1 (и то су процесне радње, и ако дотична лица нису процесни субјекти), *Kleinfeller* § 51 I, *Graf zu Dohna* 71 (процесне радње се предузимају „или од странака или од суда или од трећих лица“ [од којих радњи наводи казнени предлог, доказне исказе сведока и вештака и жалбе против процесних казни реда]).

[3]) Тако *Rosenberg* 260 и сл., *Sauer* 170 (против *Bennecke — Beling*-а 281 [према коме су и процесне радње, јер се иначе не би могле подвести нигде, док би према *Sauer*-у оне биле засебна категорија]), *Rosenfeld*-а 131 (који у процесне радње убраја и сведочку заклетву, одбијање сведочења и казнени предлог).

[4]) *Sauer* 170.

[5]) Уп. *Kleinfeller* § 51 I, *Sauer* 168 и сл.

SAVEZNO IZVRŠNO VEĆE
CENTAR ZA INFORMACIONU I DOKUMENTACIONU DELATNOST
Inv. br. 9350

Процесне радње се дакле могу in concreto појављивати као *процесно* **целисходне** и *процесно* **нецелисходне.**

3. Процесне радње се предузимају било **пред** *судом* (н. пр. претрес) било **ван***судски.* Вансудски се предузимају не само извесне радње самог суда (ни записничар не ради увек у присуству суда), већ и странака (н. пр. позиви, увиђај, припремна размена списа као одговори на тужбу, извршне радње). Процесне радње се сем тога не предузимају с нужношћу у *већ заснованом* процесу (н. пр. приватна тужба у кривичном и грађанска у грађанском поступку).[1])

4. Процесне радње се састоје било у **чињењу** било у **нечињењу** (н. пр. неподношење правног лека у року или недолажење на претходно рочиште, одбијање сведоџбе).[2]) И једна и друга врста процесне радње може се састојати у каквој *изјави* (н. пр. подношење тужбе, предлог, позив, признање, одрицање, одлука) или у каквој *друкчијој* делатности (н. пр. увиђај). Схваћена у опште, т. ј. као *генусни појам,* састојала се дакле у чињењу или нечињењу, процесна радња је, као што је већ било изложено (1 § 11 I), по свом основном, генеричком елементу, исто као и свака друга радња у области права, људско телесно држање. Тако се по *основном* елементу процесна радња и схвата у процесној књижевности, у колико је у њој на то питање обраћена пажња (в. § 6 I код разних дефиниција процесне радње). Томе се елементу обично придружује (в. § 6 I о дефиницијама процесне радње) и елеменат *вољности* (или чак, ма да излишно [в. § 11 III 4], и *свесности).* Али као што је то већ било образложено (1 § 11 II 1 и III), ово објективно-*субјективно* схватање процесне радње је неумесно, пошто је моменат вољности обележје процесног *субјекта.*

5. Две *највише* врсте (категорије) процесних радњи су **претсудеће** (или *исследне)* и **судеће** процесне радње. В. о овим двема врстама процесне радње § 5.[3])

[1]) Уп. *Kleinfeller* § 51 I.

[2]) Уп. *Kleinfeller* § 51 I.

[3]) Постоји (в. § 6 I 1) и деоба процесних радњи у *просте* или једностране (т. ј. где није потребан пристанак других субјеката, као исказ сведока, одбрана [за разлику од одустанка од сведока на расправи]) и *сложене* (комплексне) или двостране или (по схватању неких) процесне *правне послове,* двостране (н. пр. одређивање браниоца или заступника) или, по некима *(Beling* § 42), и једностране (где би спадала [по *Beling* 4] чак и пресуда, као једнострана изјава воље]). Уп. *Florian* § XXI, V, (113/4), *Sabatini* n. 164 (који је против назива „једностранн" и „двострани", јер, вели, у кривичном поступку нема двостраних, већ просто сложених [комплесних] аката). В. § 6 I 1 против процесне примене теорије правног посла. Могле би се поделити и према *стадијумима* процеса и тако према садржини својој, свом непосредном циљу (као *Florian* 114/5: процесни акти, који *заснивају* процес који, *ислеђују* istruire], т.ј. доказе добављају, који га *дефинишу* и до пресуде доводе и најзад којима се пресуда *извршује).* Наводи се и деоба у *једно*субјектне и *плури*субјектне према томе, да ли су „резултат процесне делатности једног јединог субјекта или траже нужно и интегративно садејство више субјеката" *(Sabatini* n. 164); и у *офанзивне* и *дефанзивне* (в. *Цуља 1* 399).

§ 5. Предсуђеће (или исследне) и судеће процесне радње и претсуђећи и судећи судски органи (јурисдикције).

I. У *грађанском* поступку *тужби* следује рад увек *истог* државног судског органа на расправама (седницама). По поднетој тужби се не води дакле претходно ислеђење од стране једне друге предсуђеће (према тужиоцу *контролне)* јурисдикције, која би испитивала основе сумње за оправданост или неоправданост тужбеног захтева и тако *контролисала* тужбу, пре но што суд пређе на дефинитивно испитивање и пресуђење по њој. Тужба иде одмах претседнику судећег већа и овај одређује на основу ње рочиште за усмену спорну расправу (§ 325 ал. 1 г. с. п.). У колико је пак у закону предвиђено суђењу *претходеће* испитивање основаности тужбе, њега врши сам суд, на т. зв. „првом рочишту" (§ 334 г. с. п.), а за извесне веће ствари он може по „првом рочишту", дакле по већ *отпочетом* суђењу одредити једног судију за обављање т. зв. *припремног* поступка (§ 340 г. с. п.), који овај поступак врши као орган и члан дотичног *судећег* већа (§ 378 г. с. п.), а не као нека особена, *предсуђећа* јурисдикција.

II. 1. У *кривичном* поступку међутим поступак *суђења,* т. зв. *главни* поступак по правилу не може отпочети непосредно по оптужби, већ њему *претходи* исследна делатност једног *предсуђећег* државног судског органа, којом се има да

прибави довољно основа *сумње* (претпостављања, „терета“) о извршењу кривичног дела од стране извесног лица. Те, судећим процесним радњама по правилу претходеће *иследне, предсуђеће* процесне радње од стране једног државног *предсуђећег* органа сачињавају према томе, као што се је видело (1 § 2 III), један особени, од главног поступка различан део кривичног поступка, т. зв. *припремни* поступак (од чије три фазе је прва, извиђај, по правилу потребна, а друга, истрага, и трећа, међуистрага само у ужем кругу у закону одређених случајева).

2. У кривичном поступку се на тај начин, за разлику од грађанског, *процесне радње* има да *поделе,* у колико у њему има припремног поступка, у *две* основне, *највише* категорије: у *предсуђеће* или *иследне* (извиђајне или истражне) и с у д е ћ е процесне радње. Из тога излази, да у кривичном поступку постоје, за разлику од грађанског, *две* врсте судских органа (јурисдикција) са различитим функцијама: *предсуђећи* (предсуђећа јурисдикција [jurisdiction préjudicaire]) или *предсуђећи иследни* (jurisdictions d'instruction préjudiciaires), чији је задатак вршење извиђајних одн. истражних радња, и *судећи* или *пресуђујући* (пресудни) судски органи (јурисдикција суђења [jurisdiction de jugement]). Тиме је у кривичном поступку спроведен т. зв. принцип *контроле оптужбе* (le contrôle de l'accusation). Функције те **контроле** су: 1⁰ истраживање постојања процесних претпоставки (н. пр. приватне тужбе код неофицијелних деликата и надлежности), 2⁰ испитивање материјалних основа оптужбе (т. ј. постојања кривичног дела и и кривца) и 3⁰ истраживање (контрола) основа сумње (терета).[1]) *Циљ* је установе предсуђеће јурисдикције с једне стране заштита судског ауторитета („респекта судства“), који би био угрожен сувише честим ослобођењима, а с друге заштита (гарантија) грађанске слободе, која би трпела од лакомислених гоњења, јер суђење и у случају ослобођења погађа дотичног, како се умесно каже, „у његовој слободи, његовој части и његовој имовини“.[2]) Последња од три наведене функције

[1]) Уп. *Garraud* 3 п. 982 и сл.
[2]) Уп. *Garraud* 4 п. 985.

контроле оптужбе је контролна функција у *правом* смислу те речи.[1])

3. *Предсуђених* јурисдикција има *три* степена: у извиђају то су истражни судија и сресски суд, у истрази истражни судија и окружни суд и у међупоступку истражни судија (одн. [§ 203 к. с. п.] претседник већа) и, као *врховни* контролни орган како оптужбе тако и нижих контролних органа (la chambre d'accusation de la cour d'appel франц. к. с. п.), апелациони суд. У к. с. п. је у чак и у *главном* поступку, на име у фази *припреме* главног претреса предвиђена *контрола* оптужбе, коју врше претседник већа и истражни судија као његов орган (§§ 217 и 218 к. с. п.). У колико према реченом и *сресски судови,* затим *већа, претседник* већа и *апелациони* судови врше *иследну,* оптужбу *контролишућу* функцију, они то не чине као *судећи* судски органи, пошто кривична ствар још није дошла на суђење, већ као *предсуђећи.*

III. *Контроле* оптужбе у њеној (в. I 2, 3⁰) трећој, *правој* контролној функцији није било у римском кривичном поступку (ни у поступку quaestiones perpetuae), а исто тако ни у канонском праву. Порекло ове установе је у енглеском праву, одакле се је она с извесним модификацијама „аклиматизирала“ у француском праву (з. од 19. септембра, 1791), где је претрпела еволуцију у својој конструкцији и одакле је прешла у остала континентална права. *Контролну* функцију оптужбе у енглеском праву врши т.зв. *оптужна порота* (или велика порота, састављена од двадесет и три члана грађана, од којих један претседава [према франц. помен. з. је имала само осам чланова грађана, а претседавао је један члан суда, „директор пороте“]). Она оцењује основе терећења окривљеника и одлучује о његовом ослобођењу од гоњења или предаји пресуђујућој пороти (закон енглески је хтео, како вели „с ентузијазмом“ *Blakstone,* „да ниједан човек не може бити осуђен, а да није прошао двапут пред себи равним“). У француском праву је касније (у к. с. п. од 1808) укинута оптужна порота (le jury d'accusation). У њему је било до 1856 две иследне *предсуђеће* јурисдикције: *судско веће* (la chambre de conseil),

[1]) Уп. *Garraud* 3 п. 296.

чији је један од три члана истражни судија, и поред тога, као виша инстанција за злочинства (надлежност поротног суда), *оптужно веће* при апелационом суду (la chambre des mises en accusation). Од з. од 17. јула, 1856 укинута је иследна функција судског већа (иследне, предсуђеће јурисдикције су само истражни судија [le juge d'instruction]) и поменуто оптужно веће при апелационом суду за поротне ствари).[1])

[1] *B. Garraud 3* п. 991 (који жали укинуће исте, место чега је требало, вели, само реформисати иследно функционисање тога већа).

ГЛАВА II

ПОЈАМ ПРОЦЕСНЕ РАДЊЕ

§ 6. Појам процесне радње[1]) и систематика општег учења о њој.

I. 1. *Процесна радња* (у дефинисање које се процесуалисте ретко [само неколико њих] упуштају)[2]) се не може дефинисати по свом основном елемену као један правни посао (као што узима теорија правног посла). Таквих процесних радњи заиста има (н.пр. одређење браниоца од стране

[1]) Књижевност. — B. *Sauer* Grundlagen 167 и сл. *J. Goldschmidt* Prozess als Rechtslage, eine Kritik des processuałen Denkens (Abh. Berl. Jur. Fak.) 1925 (36 и сл.). *Schulze* Privatrecht und Prozessrecht in ihren Wechselbeziehungen (16, 83). Исти Z. f. Zivilprozessrecht *12* 470. *K. Hellwig* Prozesshandlung und Rechtsgeschäft 1910 (S. A., Berl. Festgabe O. Gierke) (о њему *F. Stein* Z. f. Zivilprozessrecht *41* 417). *K. Siegerl* Prozesshandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung 1929. *Kern* Zur Lehre von den Prozesshandlungen im Strafprozess, Festschrift Lenel 1923. *Rosenberg* Stellvertretung in Prozess 1908 (54 и сл.). *A. Nussbaum* die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse 1908. *F. Klein* Die schuldhafte Parteihandlung 1885. *N. Walsmann* Der Irrtum im Prozessrecht Arch. Ziv. Prax. 102 (1907) 1 и сл. 17 и сл.

[2]) Н. пр. чак ни *Birkmeyer* (в. § 65), *v. Kries, Ullmann* и други кривични процесуалисти писци укупних дела (изузев *Beling-a)*. Од цивилних се тиме баве *Kleinfeller* (страначка радња) и *Rosenberg* (в. ниже). Уп. *Sauer* 167. Међу итал. процесуалистима на то обраћа пажњу *Florian* (§ XX 1, III, 109/10). Али констатујући, да је „садржина" процесних аката „врло разноврсна", вели, да му, „ако се хоће да тражи неки заједнички елеменат", изгледа, да се он може састојати само у томе, да је кривични процесни акт израз какве психолошке делатности субјектове". Примећује и сам, да је овај „заједнички" елеменат „тако слаб, тако емпиријски и безбојан, тако деликатан", да се не може у опште искористити за систематику". В. и *Цуља 1* § 114, 1.

окривљеника или заступника), али такве нису све. Сем тога процесне радње судских органа и државног тужиоштва такве у опште нису, јер су оне за њих позивне *дужносне* радње. Једна *општа* дефиниција процесне радње као *правног посла* особене врсте није дакле могућа, и ако су све процесне радње правно нормиране радње.[1])

2. Према једном схватању *процесна радња* би била свака радња, која је предузета *због* процеса или *у циљу вођења* процеса.[2]) Против тога схватања се је умесно приметило, да би онда биле процесне радње и пут на процес (рочиште), прибављање уверења о сиромашном стању, обавештавање о процесној грађи.[3])

3. Према другом једном схватању, даном за страначку процесну радњу, али где се и остале могу подвести, *процесна радња* је „свако спољње, на *свесној вољи* почивајуће држање, *које је у претпоставкама и дејствима регулисано од процесног права,*“ или, како се каже краће, „свако процес формирајуће дејствовање“.[4]) Проблем (страначке) процесне радње састоји се, према овом схватању, у томе, да се она издвоји од радњи *грађанског* права, јер су ове друкчије регулисане у својим претпоставкама и дејству, те једна иста радња не може бити и процесуална и грађанско-правна. Није на име, вели се у том смислу, меродавно за појам процесне радње то, што једна радња има *процесна* дејства, јер таква дејства могу произвести и грађанско-правне радње (н.пр. отуђење спорне ствари) и обратно има процесних радњи, које производе опсежна дејства у грађанском праву (н.пр. прекидање застарелости као дејство подизања тужбе), па ипак остају оно, што су. Да би извесна радња с *процесним* дејством била процесна

[1]) Уп. *Gerland* § 1 III 1 в. В. и *Florian* 113/14 (у опште против примене приватно-правне теорије правног посла у кривичном процесном праву [правни посао је, вели, према цивилистима, „изјава приватне воље у области права управљена на практичне циљеве“, а у кривичном процесу „приватна воља не располаже таквим доминијумом“]).

[2]) Тако *Stein* IV 1 b, пред § 128.

[3]) Уп. *Rosenberg* 182, § 59, 2 a.

[4]) Тако *Rosenberg* § 59 („појам страначке радње“).

радња, потребно је, да је процесно право нормира по њеним претпоставкама и дејствима, а она то остаје, ма имала пред тога и грађанско-правне последице.

4. Схватајући (в. *1* § 7) процес (на место *Bülow*-љеве теорије правног односа [која, постављена према „приватно-правном шаблону“, „раскида везу између процеса и процесног предмета“])[1]) као један правни положај (ситуацију, Rechtslage) *Goldschmidt* формулише у смислу те дефиниције процеса и појам процесне радње. Наглашава најпре, да је процесна радња за „процесуални начин правног посматрања“ оно, што је биће за „материјално-правни начин правног посматрања“, и да она није „једина јуристичка чињеница процесног права,“ т. ј. једина чињеница која може произвести „процесуално-правну ситуацију“, већ само „централна“ међу осталима (какве су чињенице и н. пр., вели, с једне стране смрт странке и отуђење, које има за предмет res или actio litigiosa, а с друге стране постојање доказне исправе и присуство ког сведока при каквом правном послу [и ако ове чињенице, додаје, могу имати правно дејство произвођења процесне правне ситуације само „у вези с каквом процесном радњом, која је већ предузета или се још има да предузме“]). Процесне радње су, вели, прелазећи на одређење њиховог појма, „такве радње странака или судије, које формирају процесни *правни положај*, т.ј. које заснивају, мењају или поништавају процесуалне изгледе, могућности, терете или ослобођења терета.“[2]) Разликује потом страначке и судијске процесне радње.

5. Примећујући, да се „процесноправни суд вредности“ наслања на процесне радње, *Sauer* наглашава, да појам процесне радње стоји „у средишту процесног права“. Према њему процесна радња (где, као што се је видело [§ 4 III 1], он не убраја радње трећих лица, већ само суда и странака) је „процесноправно регулисано, ка процесном развићу[3]) у однос стојеће *хотимично држање* процесних субје-

[1]) 149—150 (§ 14).

[2]) 363 (§ 24).

[3]) Scil. ближем, *посебном* циљу (в. § 4 II 2), циљу процесних радњи.

ката (суда или странака) према ком другом процесном субјекту *у процесу* или за *припремање истога*".[1]) И он (в. 3) увлачи дакле хотење изрично у појам процесуалне радње, покушавајући, безуспешно (као што је било изнето [1 § 9 III]), да то уклони разликовањем између воље (Wille) и хотичности (Willkürlichkeit).[2]) Сем тога (слично *Kleinfeller*-у [в. ниже 6]) он ту уноси, као што се види, и посебни циљ процесне радње (в. ниже II пр. 4).

6. Према цивилном процесуалисти *Kleinfeller*-у *процесна радња је* „процесноправно релеванто делање". Он ову дефиницију развија ради објашњења и даје другу. Процесна радња је, вели, „остварење воље, које је непосредно управљено на (scil. на *посебне* циљеве процесних радњи по њему [в. § 4 II 2]) почетак, извођење, управљање, довршавање процеса, на решење инцидента или има за циљ извесно располагање процесном грађом пред судом".[3]) И он дакле уноси (в. 3 и 5) *хотење* у процесну радњу и поред тога (в. 5) *посебне* циљеве, које јој придаје.

II. И код процесне радње треба одвојити њен *формални* од њеног *материјалног* појма. Циљ процеса (општи процесни циљ, изнет у § 4 II 1, у коме и лежи њена материја, не у њеном *посебном* циљу [в. § 4 II 2]), не може на име бити унет у неки њен *једноставан* појам, т.ј. појам који би обухватао *све* њене састојке, и форму и материју (као што смо то утврдили за кривично дело, кривца и кривичну санкцију [в. Основни проблеми Кривичног права §§ 17 II, 25 I и 30 II]).[4]) Пре свега би при таквом поступку била *занемарена* било форма било материја процесне радње, према томе да ли би се прва

[1]) 167 (II 1)

[2]) 170/1. Тако и *Цуља I* § 114, 1.

[3]) § 51 I.

[4]) *Sauer* наглашава (168), да циљ спада у „суштину" процесне радње („пошто се, вели, радња без циља по правилу не може замислити"), али да стоји ван појамних обележја, те се не може унети у „дефиницију процесне радње". Међутим он то ипак у неколико чини, као што се види из његове (в. I 5) дефиниције те радње. Разликујући на име између циља процеса *у опште* и циља процесне *радње*, он овај други, ако не први, уноси у дефиницију у форми односа радње ка њему. — Уноси циљ и *Цуља* 1. с.

или друга узела за *основни* елеменат. Сем тога, као што је речено (§ 4 II 2), процесна радња то остаје, и ако би била *противна* циљу процеса (општем процесном циљу, т.ј. и ако не доприноси или чак одуговлачи разрешење или чак развијање процеса и тако утврђивање постојања процесног захтева), те се при конструкцији *једноставног* појма процесне радње не би ипак могла имати једна дефиниција, која би обухватила *сву* процесуалну реалност. Најзад за ограничење процесне радње од других јуристичких радњи *довољан* је њен формални појам. Но у *материјални* појам процесне радње се мора ипак да унесу као *атрибутивна* обележја некоја од њених (в. III) формалних обележја, јер се она иначе не би могла ограничити од других радњи. *Материјални* појам процесне радње мора дакле (исто као материјални појам н.пр. кривичног дела) бити материјално-*формални*.

III. **Формални** *појам процесне радње*. — Као у опште једно од обележја појма процесне радње мора да буде генусно, основно. *Основно* обележје процесне радње је *људска радња* извршена за *заснивање* спора или у *већ заснованом* спору од лица на њу *овлашћеног* или *обвезаног*. Овоме елементу се има да придруже као атрибутивни елементи процесне радње: 1° предвиђеност те радње у закону (принцип *легалитета* процесне радње), 2° подређеност исте одређеним *општим принципима, на њу односећим се* општим процесним принципима (в. § 3 III), 3° извршеност исте на одређеном месту и у одређено време и 4° везаност њена за одређене претпоставке, т. зв. процесне претпоставке. *Процесна радња* у *формалном* смислу је према томе у *закону предвиђена, одређеним општим принципима подвргнута, на одређеном месту и у одређено време извршена и за одређене претпоставке привезана људска радња извршена за заснивање спора или у већ заснованом спору од лица на њу овлашћеног или обвезаног.*

1. *Основно* обележје процесне радње је сложено из три обележја:

а) Прво је обележје његово *људска радња*. Она може бити, као што се је видело (§ 4 III 4), чињење или нечињење

(телесни покрет или пропуштање телесног покрета, позитивна или негативна). Њен субјекат (процесни активни субјекат) је физичко или правно лице, које је процесни субјекат (в. о врстама овога § 11).

б) Извршење радње за *засновање* процеса или у *већ заснованом* процесу је друго његово обележје.

в) *Овлашћеност* или *обвезаност* вршиоца радње на њу је треће његово обележје.

2. Савремено кривично процесно право је (од 19. века) само *законско* право, и зато се *предвиђеност* радње у закону има сматрати као елеменат процесне радње (први њен *атрибутивни* елеменат). Принцип процесне законитости установљен је као и принцип легалитета кривичног дела (кривца и кривичне санкције) за заштиту грађанске слободе од самовоље државне власти. Он је како законски (§ 1 ал. 1 к. с. п.) тако и уставни принцип (чл. 7 уст.).

3. У § 3 III наведено је осам *општих принципа,* подвргнутост којима је елеменат процесне радње (други њен *атрибутивни* елеменат). Као што се је ту видело, једни су од њих *унутарњи,* те им је место у *вишем* процесном учењу, т. ј. Основним проблемима (ма да се неки од њих [в. ниже V 2] има да изложе у отсеку посвећеном процесном *субјекту).*

4. У закону су одређени и *место* и *време* вршење процесних радњи и зато је извршеност исте на том месту и у то време њен елеменат (трећи *атрибутивни* елеменат). С обзиром на захтев вршења процесне радње на *одређеном* месту постоји т. зв. (унутарња и међународна) *правна помоћ.*

5. За вршење процесних радњи у закону су одређени извесни услови, т. зв. процесне *претпоставке,* и отуда је везаност за ове елеменат процесне радње (њен четврти *атрибутивни* елеменат).

IV. **Материјално-***формални* појам процесне радње. — 1. *Материјална* дефиниција процесне радње треба да садржи као основно обележје *материју* (садржину) процеса. Ова лежи у процесном циљу (в. о њему § 4 II 1). Но на *садржину* процеса, т. ј. на процесни циљ утиче међу унутарњим општим принципима за процесну радњу, као што се је видело (§ 3 III 1), принцип *материјалне* одн. *формалне* истине (в. о њему

§ 12 II 3). Он допуњује садржину процесне радње, те се у њену материјалну дефиницију има и он да унесе *уз* циљ процеса.

2. Да би се процесна радња потпуно ограничила, потребно је према реченом (II), да се у материјалну дефиницију исте унесу и *атрибутивна обележја* њене формалне дефиниције. Потпуна дефиниција материјална мора дакле да буде *материјално-формална.*

3. Процесна радња у *материјално-формалном* смислу је сходно горе реченом у *закону предвиђено утврђивање с материјалном* одн. *формалном истинитошћу постојања правног (кривичног* одн. *грађанског) захтева заснивањем спора или у већ заснованом спору од стране лица на то утврђивање овлашћеног или обвезаног.* Као што се види, ова дефиниција, у коју улазе као њени *атрибутивни* елементи сва три атрибутивна елемента формалног појма процесне радње, односи се, т. ј. обухвата својим *основним,* материјалним елементом процесне радње *свих* процесних субјеката.

V. Систематика **општег** *учења о процесној радњи* (I. *одељка* **Општег** *дела Кривичног* одн. *Грађанског процесног права).* — 1. Систематика општег учења о процесној радњи, се има наравно да заснује само на *елементима* ове радње, пошто нема никаквих учења о њој, која би се наслањала на те елементе, а не би припадала ни у једно посебице (као н. пр. код кривичног дела учење о његовом јединству с гледишта кажњивости). Учење о процесној радњи у *Општем* делу две процесне науке се има према томе да подели у *пет* глава. У сваку појединy од њих уђи ће учења о оним предметима, која по својој особености спадају у укупно учење о дотичном елементу процесне радње.

2. О општим процесним принципима *материјалне* одн. *формалне* истине и *правне снаге пресуде,* који утичу на појам процесне радње, *допуњујући* тај појам непосредно, *посредно* појам процесног *субјекта* (услед чега им је као *унутарњим* место, за разлику од осталих, *спољних,* у *вишем* процесном учењу, Основним проблемима), ће бити говора, као што је објашњено у § 3 I., код процесног *субјекта* (в. § 10 II 1 и 2).

VI. За систематику *посебног* учења о процесној радњи, т. ј. **Посебног** *дела* Кривичног одн. Грађанског процесног права в. § 9.

§ 7. Принцип легалитета одн. опортунитета кривичног гоњења и диспозиције грађанске тужбе.

I. 1. У *грађанском* поступку је *тужба* изјава воље овлашћеног, на коју се изјаву он може слободно *одлучити*. Тужилац има, како се каже, право *диспозиције* тужбом. Постоји изузетак у неколико само у случају *законског* и *генералног* заступништва. За овако на тужбу овлашћеног на име не важи, да тужбу може и не подићи, ма да постоји напад на право заступљеног и у опште какво приватно потраживање овога, али је ипак ова његова *обавеза* правна обавеза само према *заступљеном* физичком или правном лицу, а не према *држави*.

2. У кривичном поступку је код кривичних дела по *приватној тужби, одобрењу* и *предлогу* несумњиво, да сваки од ова три акта може да буде изјава *слободно* донете воље. Код официјелних деликата међутим, где је тужилац *државни* тужилац, дакле један *државни* орган се пак тако не мора узети. A priori изгледа чак, да се тако и не може узети, пошто државни тужилац има за функцију остваривање *државног* права на казну, а заштита друштва од криминалитета, a priori изгледа, захтева, да се казна увек примени, чим постоје кривично дело и кривац и нема основа, који је ниште.

II. Право *кривичног гоњења,* према томе јавне тужбе (оптужнице) припада, као што је изнето, код официјелних деликата држави и она само делегира *вршење* истог *државном тужиоцу* одн. даје извесним органима (особито суду) само право иницијативе, импулзије.[1]) Питање се је сходно горњем (I) разматрању поставило, да ли се *државном* тужиоцу треба да повери и право *диспозиције* покретањем гоњења и потом подношењем оптужнице (јавне тужбе), тако да он по свом нахођењу, и ако по својој савести налази, да постоје

[1]) Уп. *Garraud 1* п, 90.

кривично дело и кривац (да постоји довољно стварних основа за гоњење), може то да учини или пак „из разлога (обзира) целисходности“ да не учини (н. пр.[1]) због дејства кривичног поступка на јавност, због незнатности штете или безначајности ствари [у опште или особито код крађе] или што је извршилац пристао, да накнади штету повредом ствари нанету), или напротив треба да он буде *обвезан* ipsa lege, да гоњење предузме и оптужницу подигне, чим за то постоје законски услови. Решењем питања у првом смислу се поставља т. зв. *принцип* **опортунитета**, а у другом **легалитета**.

III. У прилог принципа *легалитета* наводи се, да је он консеквенца тога, што је сама *дужност* државе, да казни (у опште примени кривичну санкцију), *апсолутна,* а не другим којим државним циљевима подређена,[2]) или како се још каже, што се признање тога принципа налаже „категоричком наредбом материјалних казнених закона“, те би увођење принципа опортунитета значило „измену средством формалног права материјалног кривичног права“, „његово коригирање“.[3]) Сама форма казнених закона је дакле *безусловно* императивна („казниће се“, а не[4]) „може се казнити“), те је тако саобразна принципу *легалитета.* Сем тога се принцип легалитета намеће потребом остваривања *идеје правде* (т. ј. једнакости за *све),* која се излаже опасности наравно при принципу опуртунитета.[5]) Могућност једностране примене закона кршила би тако ауторитет оптужне власти (која се томе „само онда не излаже, кад одговорност за подношење тужбе

[1]) Уп. *v. Kries* 267, *Gerland* 159 (§ 53 I 2).

[2]) В. *Birkmeyer* 69 (под 2) (упућујући [у пр. К 1] за питање везе између „супротности *легалитетског* и *опортунитетског* принципа са супротношћу *апсолутних* и *релативних* теорија кривично-правних“ и везе између оне супротности и „раздвајања кривичног гоњења и кривичне судбености“ на v. *Holzendorf*-a Oportunitätsprinzip у R. L. 3, изд. 953, *Ultmann*-a Lehrbuch des österreichischen Strafprozessrechts, 2. изд. 1882, 260—262 и *Glaser*-a *1* 218 пр. 7; и најзад за питање везе оне супротности с државно-тужилачким монополом и прекидањем овога на *Oppenheim*-a Nebenklage 15).

[3]) В. *Kries* 267 (§ 38 I).

[4]) Уп. *Birkmeyer* 72 под α.

[5]) *Gerland* 159 (§ 53 I 1).

у појединoм случају сноси право, а не сама та власт").[1]) Признање принципа опортунитета значило би, наводи се још, стварање једног општег *основа ништења права на казну*, неопортуности, и то тако да би о постојању истог имао да одлучује *само* државни тужилац, а не *суд*.[2])[3]) У прилог пак принципа опортунитета се наводе многи разлози, који налажу да гоњење може изостати.[4])

IV. И при принципу *легалитета* државном тужиоцу је у ствари ипак остављена у неколико *слобода* у оцени, да ли ће почети гоњење и оптужницу поднети или не, јер дужност гоњења и подизања оптужнице не може бити апсолутна (безусловна), чим је извршено какво кривично дело, већ постоји само ако се по извиђају и оцени доказних чињеница *нађе*, да има *довољно* основа за осуду.[5]) Та се слобода наглашава и у к. с. п., који је прихватио принцип *легалитета* у § 44. Према овој одредби државни тужилац „мора" у „сваком случају, кад је какво кривичног дела учињено", да отпочне кривично поступање, сем ако „по његовом *уверењу*" извршено дело, које би било предмет кривичног поступка, „није кривично дело" или „кад нема *доказа* потребних за *успешно* вођење кривичног поступка". То се исто наглашава и у § 96 у погледу подношења непосредне *оптужнице* или место ње предлога отварања истраге, јер се захтева, да државни тужилац *„нађе"*, да има *„довољно* разлога, да се отвори кривично поступање против одређеног лица" (као и § 3 ал. 2 з.

[1]) *Gerland* 159 (§ 53 I 2).

[2]) B. *v. Kries* 268 (§ 33 I), *Gerland* 159 под 2. Према некима (в. *Birkmeyer* 73 пр. К 12) би тиме била уступљена државном тужиоштву „једна врста права аболиције".

[3]) Уп. и *Garraud (1* п. 90 I) у прилог принципа легалитета (право на казну припада само „друштву", те се само друштво може одрећи „јавне тужбе", које право „оно врши" дајући амнестију и установљавајући застарелост).

[4]) Уп. *v. Kries* 268 пр. 1 (као коров, вели, ничу), позивајући се на *Sundelin*-а GS *14* 357 као и (који још даље иде) на *Hauschtek*-а Die Organe der Rechtspflege 27 и *Mayer*-а Kommentar zur österr. St. P. O. *1* 107, § 31, 11.

[5]) Уп. (за нем. к. с. п., који је примио принцип *легалитета*) *Ullmann* 213, *Birkmeyer* 69, *Gerland* § 153 I 1 (и у *популарном* оптужном поступку би се, вели, принцип легалитета могао спровести за приватног оптуживача, и ако је ту „гарантија за његово провођење мања").

о држ. туж., где се захтева, да се „јавна оптужба" подигне [и иста „заступа"], „ако има основа").

1. У закону се дакле, као што је умесно примећено (за нем. к. с. п.),[1]) постављају, сходно теоријском схватању принципа *легалитета*, две *претпоставке* за гоњење и оптужницу у смислу принципа легалитета. Разлог је за постављање истих то, што гоњење и оптужница без изгледа на успех худе угледу саме државе, те се већ у њеном сопственом интересу мора да избегавају, а сем тога се то налаже и заштитом правне сигурности грађана.[2]) Те две претпоставке су, као што се види:

а) Треба пре свега да по *уверењу* државног тужиоца (или његовом нахођењу) постоје *кривично дело и криваац*, и према томе да не постоји неки основ искључења истих. Потребно је дакле, обратно говорећи, да по његовом уверењу не постоје *правне* сметње за гоњење и оптужницу. Ако би се постављењем овог захтева хтело, као што неки тврде,[3]) да каже, да државног тужиоца треба од гоњења да задрже и *фактичке* сметње, онда би заиста били у толико пре узети у закону у обзир и разлози *целисходности* при одлучивању о гоњењу и оптужници. Али и тада се принцип *легалитета* не би *приближио*, као што неки узимају, принципу *опортунитета*, јер би наведени разлози *целисходности* били чисто *процесуални*, док код принципа *опортунитета* разлози *целисходности* стоје ван *процесног* права и (с обзиром на положај зависности државног тужиоца од владе) особито су политичке природе.[4])

б) Треба затим да државни тужилац *нађе*, да има „*довољно* доказа" (или, како се још каже у закону, „основа", „разлога") за гоњење одн. оптужницу. Ту се дакле такође даје места узимању у обзир разлога *целисходности*, али је и ту у питању чисто *процесуална* целисходност, те се тиме, као

[1]) B. *Birkmeyer* 70 (под 1).

[2]) Уп. *Birkmeyer* 70 (под а).

[3]) Уп. *Birkmeyer* 50 (под b).

[4]) Уп. *Birkmeyer* 70 (по b), *Ullmann*. 213 род а).

ни у горњем сличају, чи у колико не крњи принцип легалитета.[1])

2. У закону се, као што се види, наглашава, да и државни тужилац има да поступа у оцени умесности гоњења и оптужнице по свом *уверењу* (одн. нахођењу). Но државни *тужилац* има (в. § 23) свог *претпостављеног,* чијих се упутстава мора да придржава. Питање се према томе појављује, каква упутства државни тужилац може у овом погледу добијати од њега.[2]) То могу наравно, сходно принципу *легалитета,* бити само упутства, која се заснивају на *процесним* фактичким и правним чињеницама, а не на самовољи (пристрасности) или на жељама претпостављеног, које се могу претпостављати или нагађати. Потчињеном, с чијим је уверењем упутство претпостављеног у супротности, остаје, да конфликат избегне тражењем замене, као што се опет претпостављени може послужити правом деволуције и супституције.

V. Што се тиче **садржине** принципа *легалитета,*[3]) државног тужиоца дужност „покретања" кривичног поступка и подношења оптужбе, постављена у § 44 к. с. п., значи дужност вршења (§§ 91 и 92 к. с. п.) *извиђаја* (посредством истражног судије, среског суда или полицијских власти), да би на основу истога могао оценити, има ли довољно разлога за отварање кривичног поступања против одређеног лица подношењем непосредне оптужнице (јавне тужбе) или отварањем истраге, или се поступак има обуставити (§§ 96 и 109 к. с. п.). Принцип легалитета обухвата дакле пре свега дужност *оточињања* извиђаја, а затим дужност *подношења оптужнице* или *предлога* (захтева) *отварања* кривичне *истраге.*

1. Но сходно горе (под IV) реченом то не значи, не само да оптужница мора бити подигнута, већ чак ни да извиђај мора бити покренут, пошто за то треба да су испуњена два наведена (в. IV 1) услова, а он може и без извиђаја стећи уверење, да нема ових услова (в. §§ 44 ал. 2 и 53 ал. 1 к. с. п.).

[1]) Уп. *Birkmeyer* 70 (под а).

[2]) Постављено од *Glaser- 2* 143 и сл.

[3]) Уп. (за нем. к. с. п.) *Birkmeyer* 70 (под 2).

2. То не значи ни то, да државни тужилац, који је покренуо кривично поступање, од истог не може одустати, било у току извиђаја или истраге било чак од поднете оптужнице. Принцип *имутабилитета* не важи за државног тужиоца у к. с. п., противно владајућем гледишту (в. о овоме принципу и његовој примени на државног тужиоца § 8).

VI. Изузеци *од принципа* легалитета. — 1. Од принципа легалитета чине се у законима (и материјалним и формалним) *изузеци.* Случајеви, у којима је признат[1]) принцип *опортунитета,*[2]) су:

а) У погледу злочинства извршених у *иностранству* од *странца* према *страној* држави или *странцу.* Ту је за предузимање гоњења потребно (§ 7 к. з.), да га нареди министар правде (врховни шеф државног тужиоштва) (в. § 23).[3])

б) У погледу кривичних дела из §§ 5—7 к.з., ако за које од тих кривичних дела у законима земље, у којој је извршено, *није* прописана казна. И ту се гоњење може предузети само на захтев министра правде.

в) У погледу кривичник дела *млађих малолетника.* Ту државни тужилац може учинити изјаву судији за млађе малолетнике, да не налази основа за предузимање кривичног поступка, ако је кривично дело тако незнатно, да гоњење није „у јавном интересу ни у интересу будућег владања и моралног развитка" млађег малолетника (§§ 442 ал. 3 ст. 3 к. с. п. [в. и § 443 т. 1, према ком и сам суд може тада изрећи обуставу поступка]).

2. Што се тиче *садржине* принципа *опортунитета,* изузетно у горе наведена три случаја примљеног, наглашава се:[4]) (1°) да је у закону остављено нахођењу државног тужиоца (одн. министра правде) само то, да ли се за дело треба да

[1]) Уп. *Birkmeyer* 72, *Ullmann* 214.

[2]) Случај кривичних дела по *предлогу* и *одобрењу* није изузетак, јер су предлог и одобрење акти, не самог државног тужиоца, већ овлашћеника одн. оштећеника, који их даје и овај је у том погледу раван приватном тужиоцу код кривичних дела по тужби.

[3]) Уп. (за § 4 ал. 2 нем. к. з.) *Birkmeyer* 72 под а, *Gerland* 161 под 2. В. код њих и за изузетак код т. зв. *објективног* поступка.

[4]) Уп. *Birkmeyer* 73 (под b).

гони, а не и то, да ли се има да гони за једну одређену *јуристичку* квалификацију тог дела и кривца (суд може, кад се државни тужилац одлучи на гоњење, да изрече пресуду за дело против кривца у ма којој *другој* квалификацији истих), и (2⁰) да државни тужилац има право не на *произвољан* избор између гоњења и негоњења (као приватни тужилац у кривичном и тужилац у цивилном поступку), већ само на оцену с обзиром на *јавне* интересе, да ли је гоњење опортуно или не (као што је то у § 442 изрично наглашено [но где се узима у обзир за оцену душевна *недозрелост* окривљеника, о коме је реч у том §-у, и његов интерес будућег владања и моралног развитка]).

VII. За обезбеђење („контролу") *спровођења* принципа *легалитета* служи одредба §-а 53 к. с. п. (право приватног учесника, да сам покрене кривично поступање одн. да га сам продужи, ако државнн тужилац неће да предузме гоњење, одн. одустане од отпочетог гоњења или поднете оптужнице).[1] В. § 8 III.

§ 8. Принцип имутабилитета и мутабилитета.

I. Према принципу *имутабилитета* по сваком државном *кривичном* захтеву *мора,* чим је већ *поднесена јавна* тужба (оптужница), доћи до *пресуђења.*[2] Или, како се то с обзиром на процесне субјекте друкчије изражава, суделовачи у *кривичном* спору немају, за разлику од суделовача у *грађанском* спору (где је могућ одустанак тужиочев [повлачење тужбе, § 322 г. с. п.], као и поравнање), право *располагања* (диспозиције) *кривичним* захтевом (предметом кривичног спора) од подизања *јавне тужбе* (action publique, öffentliche Klage), у оптужници (Anklageschrift) састојеће се.[3] Питање о принципу *имутабилитета* је од значаја поглавито за даље спровођење принципа *легалитета* по поднетој јавној тужби (оптужници),

[1]) Уп. *Birkmeyer* 70 под 3.

[2]) Уп. *Gerland* 167 (§ 53 I 1).

[3]) Уп. *Birkmeyer* 74, § 17 I (наглашавајући, да је ово располагање нешто друго но располагање формама и средствима кривичног поступка [в. о овоме § 11]).

тако да се појављује као *консеквенца* питања о принципу *легалитета,* т. ј. није потпуно самостално учење.[1])

II. Владајуће је гледиште (заступљено и у франц. теорији и пракси и у нем. к. с. п),[2]) да се од већ поднете *„јавне тужбе"* не може *одустати.* То се према горе реченом сматра у немачкој књижевности као особен процесни принцип, принцип *имутабилитета* (и у колико је у питању *државни тужилац,* а не само повређеник и окривљеник, за које се и по себи разуме у осталом, да [в. V] немају право диспозиције државним кривичним захтевом, добровољним потчињавањем истоме без пресуде),[3]) док у француској као *други став* принципа легалитета.[4]) Државни тужилац може, вели се у смислу овог принципа, чинити у току поступка („инспиришући се својом савешћу и интересом истине") предлоге (конклузије) повољне за окривљеника, али се тим предлозима (који у осталом нису претпоставка за судску одлуку) ствар не одузима од суда (овај се тиме не „десезира" поднете му тужбе).[5])

[1]) *Birkmeyer* и *Gerlaud* расправљају о принципу имутабилитета одвојено од принципа легалитета као о потпуно *самосталном* принципу, узимајући ту у посматрање и окривљеника и оштећеника. Остали као и франц. писци (в. *Garraud* 1 п. 90) расправљају о могућности одустанка од јавне тужбе у учењу о принципу легалитета, и чак не употребљујући назив принцип *имутабилитета.*

[2]) § 156 (који гласи: „Јавна тужба се не може повући по отварању истраге").

[3]) Уп. *Birkmeyer* 79 под 3 (и de lege ferenda), *Gerland* 114 под ξ (чим је, вели, ствар пред судом, слободно право располагања државног тужиоштва престаје; поднета тужба [Klage] не може се према томе тргнути по отвореној судској истрази), 167 (ако он ипак да изјаву повлачења [као каква се природно не може да сматра предлог за ослобођење], оваква се изјава наравно, вели, као правно без дејства у опште не може да узме у обзир), *v. Kries* 264.

[4]) В. *Garraud 1* п. 90 I (то је, вели, константна јуриспруденција, а *К.* с. узима чак, да државни тужилац не може одустати од поднете ревизије (pourvoi en cassation). *Laborde* схвата друкчије немогућност одустанка, не дакле као консеквенцу принципа легалитета: она је по њему дејство партиципације кривичних судова у вршењу јавне тужбе (на шта *Garraud* [1 190 p. 4] одговара, да судови суделују у вршењу јавне тужбе „судећи по њој", као државно тужиоштво „вршећи је", али у принципу ко „врши" тужбу може одустајући спречити суд да суди, и та баш моћ не припада државном тужиоштву).

[5]) В. *v. Garraud 1* п. 90 I, *v. Kries* 264.

У прилог принципа имутабилитета се наводи не само, да је он консеквенца принципа легалитета, већ и то, да би давањем државном тужиоцу права одустајања од оптужбе њему тиме била дата могућност, да произвољно осујети дефинитивно ослобођење или осуду, и осуда би тако зависила од тога, да ли је он беспрекидно сматра нужном.[1])

III. Принцип *имутабилитета* је у погледу *државног тужиоца* у супротности са ratio legis принципа *легалитета*, јер га крњи и даје му чак само формалан значај (и ако владајуће гледиште, у заблуди, противно тврди, сматрајући га као његову *консеквенцу)*. Опасност могућности произвољног осујећења од стране државног тужиоца дефинитивног ослобођења или осуде, која се наводи као разлог у прилог принципа имутабилитета, отклања се, као што се је видело (§ 7 VII), установом „контроле спровођења принципа легалитета“ у облику (§ 53 к. с. п.) права приватног учесника, да сам преузме гоњење или да га продужи на место државног тужиоца, који исто одбија или је одустао од њега или од оптужнице.

IV. У к. с. п. је начелно примљен принцип *мутабилитета*. То излази већ из прописа §-а 1 к. с. п., да се кривични поступак може „не само покренути, него и *провести* само по захтеву овлашћеног тужиоца“. Државни тужилац може дакле према к. с. п. не само да обустави отпочети *извиђај* (кад нађе, да нема „основа за гоњење“ [§ 96 к. с. п.]) и да „повуче свој захтев за гоњење“ по отпочетој *истрази*, коју онда истражни судија обуставља решењем (§§ 108 ал. 1 и 109 ал. 2 к. с. п.), већ има право да одустане и од поднете *оптужнице* (јавне тужбе). То излази и из § 276 к. с. п. Но према § 276 (в. и § 272 ал. 1 к. с. п.) државни (као и приватни) тужилац може од оптужбе одустати само *до* изјаве претседника, да је претрес *завршен*. То значи, да од тог тренутка тек важи принцип *имутабилитета*. Али то више није принцип имутабилитета у *правом* смислу, јер је од поменутог тренутка ствар већ дефинитивно завршена. Остаје само изрицање пресуде (§ 272 ал. 2 к. с. п.) и употреба правних лекова. Ове пак државни тужилац може изјавити и у

[1]) В. *v. Kries* 264 под 2.

корист окривљеника (§ 324 ал. 2 ст. 1 к. с. п.) или их може у опште не поднети (§§ 39 т. 5 и 324 к. с. п.), а ако би били и поднети на *штету* окривљеника, државни тужилац, као и приватни, може (§§ 325 ал. 3,[1]) 334 и 341 к. с. п.), противно[2]) принципу *имутабилитета*, од њих и одустати.

V. Сходно међутим суштини принципа *легалитета* дужност гоњења не може бити *отклоњена* некојим актом *располагања* кривичним захтевом конкретног кривичног спора (диспозиције) од стране државног тужиоца, учињеним на основу његовог *споразума* с окривљеником, или од стране самог окривљеника или приватног учесника. У том погледу важи дакле принцип *имутабилитета*.

1. Акт *диспозиције* кривичним поступком од стране *државног тужиоца* у сагласности с *окривљеником (директна* диспозиција кривичним поступком) био би споразум (поравнање) са њиме, да га не гони или да од гоњења одустане, или да не изјави правни лек, ако испуни извесне услове (н. пр. плати оштету или учини поклон каквој јавној установи).[3])

2. Акт *диспозиције* кривичним поступком од стране *окривљеника* било би његово *признање (индиректна* диспозиција кривичним поступком). Акт признања не ослобађа дакле државног тужиоца дужности гоњења, нити он има права, да одустане на основу тога од предузетог гоњења, т. ј. признање, како се каже, нема „диспозитивну снагу“ у поступку.[4]) То проистиче из саме процесуално-правне природе признања, јер је оно само једно од доказних средстава, те о његовој вредности као и о вредности других има тек суд да одлучи.

3. Исто је тако диспозиција приватног *учесника* кривичним поступком без правне вредности у погледу постојања дужности гоњења државног тужиоца (н. пр. опроштај или његово одрицање приватног учесништва у поступку).

[1]) Но ако се у инстанцији правних лекова о правном леку одлучује на основу усменог (в. § 347 к. с. п.) претреса, може се по отпочињању претреса према ал. 4 §-а 325 к. с. п. одустати од правног лека само с пристанком државног тужиоца.

[2]) Уп. *Доленц* 99 (друкчије).

[3]) Уп. *Birkmeyer* 74 (§ 17 I 2), *Garraud I* 190 (п. 90 I).

[4]) Уп. *Birkmeyer* 75 (§ 17 I 2 bα).

4. Код кривичних дела по *приватној* тужби и *предлогу* (не и одобрењу) приватни тужилац и предлагач имају право диспозиције кривичним поступком, државним кривичним захтевом дакле, пошто се тужба и предлог могу (§ 89 к. з.) повући (у чему се, како се каже, огледа старо схватање кривичног дела као напада на првом месту на појединца). Принцип *имутабилитета* не важи на тај начин у овом поступку, али ипак код тужбе само до завршетка главног претреса, а код предлога до почетка главног претреса (§ 89 к. з.). За поступке (као немачки), где важи у погледу државног тужиоца принцип *имутабилитета,* ова два случаја се наводе као *изузеци* од тога принципа. Као даљи изузетак се помиње *аболиција,* пошто се, веле, и њоме суду одузима могућност одлуке (и њоме се „модифицира" принцип имутабилитета).[1])

VI. Принцип *имутабилитета* важи и у толико, што *јавна тужба,* у оптужници састојећа се, одређује у *стварном* погледу *предмет* поступка, те мора да постоји *идентитет дела* између пресуде и тужбе. *Суд* нема дакле право *диспозиције* у погледу самог *дела* (проузроковања последице, природног феномена), које је у оптужници изнето, и ако није везан (в. и § 273 ал. 1 ст. 3 к. с. п) за *правну* квалификацију тога дела у оптужници обележену (за „правно схватање" државног тужиоца дакле).[2]) Но ни државни тужилац не може на место једног *дела* у оптужници изнетог да стави какво *друго* дело, већ само може оптужницу да прошири додавањем другог дела окривљениковог, ако је оно откривено у току главног претреса (§§ 266, 273 ал. 2 ст. 2 и 284 к. с. п.).[3])

§ 9. Систематика посебног учења о процесној радњи (Посебног дела Кривичног и Грађанског процесног права).

1. I. У § 6 је изнета (под V) систематика *општег* учења о процесним радњама, т. ј. учења о процесној радњи као *основном,* генусном (врховном) појму, које сачињава *први* одељак *Општег* дела Кривичног одн. Грађанског процесног права. Другим речима ту је изложена систематика учења о *појединим елементима* појма процесне радње. У *Посебном* делу Кривичног одн. Грађанског процесног права се пак има да изучавају, као што је изнето (*1* § 12), *поједине процесне радње,* које сачињавају кривични одн. грађански поступак (у субјективном смислу, scil. као скуп одређених радњи [процесних радњи] процесних лица [в. *1* § 8 II]).

2. Као што је изнето (*1* § 12 III 3), систематика *Посебног* дела се мора да заснује на природи процесних *радњи,* пошто се у току развијања процеса само оне *мењају,* док процесна *лица,* која се у њему појављују, остају више или мање *иста.* Остаје према томе да се одреди *критеријум* за класификацију процесних радња, који ће тако бити основа *систематике* Посебног дела две процесно-правне науке, т. ј. *особеност* у природи процесних радњи, на основу које се оне треба да разврстају.

II. 1. *Особеност* у природи (суштини) разних процесних *радњи,* на основу које се оне има логички да разврстају у излагању *Посебног* дела Кривичног одн. Грађанског процесног права, може се открити онда, кад се оне посматрају у своме *скупу,* као чисто правна (јуристички појам процеса) или као реално-правна (реалистички појам процеса) *целина.* Посматрајући их тако, види се, да је та *особеност* њихово *укупно* **континуирано** (продужено) *развијање* од почетка до краја поступка. Континуитет (непрекидност) значи, да се процесне радње временски развијају непрекидно једна из друге, т. ј. да једне другима у степенима (постепено) претходе и следују. Тим *континуитетом* (на чије је постојање без утицаја евентуално *заустављање* процеса услед разних сметњи [н. пр. одгађање или прекидање главног претреса]) се ствара *времена* веза међу процесним радњама, која *довршава* њихово *унутарње,* циљно јединство. Из тога пак проистиче, да има извесан *ред,* по коме се у поступку као целини има да врше поједине процесне радње. Тај *ред* је одређен законским нормама. Закон пак ред следовања одређује према *непосредном* (в. § 4 II 2) *циљу* појединих процесних радњи, и то је у

[1]) В. *Birkmeyer* 77 (под а и b) и 79 (под а), *Gerland* 167 (§ 55 II 1 и 2).

[2]) Уп. *Gerland* 167, § 55 I 2 а (§§ 264 ал. 1 и 206 нем. к. с. п.).

[3]) Уп. *Gerland* 1. с. (§ 266 нем. к. с. п. [потребан је окривљеников пристанак на предлог државног тужиоца, да буде предмет *истог* пресуђења *ново* дело, за које је он у току главне расправе окривљен]).

осталом њихов *нужни логички* ред следовања. Тај **ред** *следовања* процесних радњи је на тај начин *посредно* она *особеност*, која треба да се узме за *основу* систематике *Посебног* дела.

2. Кад се проучи законско развијање *кривичног* поступка од почетка до краја, види се, да је законодавац овај поступак разделио у одређене *стадијуме* (в. *1* § 2 III). Ти стадијуми иду један за другим и обухватају, сваки поједини од њих, већи или мањи низ процесних радњи. Уз то је закон уједно тачно одредио, *које* процесне радње *спадају* у *поједине* стадијуме (под санкцијом обично губитка права на вршење истих [у колико није изузетно допуштено,[1]) да се ове или оне могу извршити у *свако* доба поступка или накнадно у каснијем стадијуму]) и којим се *редом* има да изврше у кругу појединих стадијума (процесних отсека). То се означава као *принцип* (максима) **концентрације** процесних радњи у поједине отсеке. Он је примљен, и ако с мање компликованости због природе *грађанских* ствари, и у *грађанском* поступку,[2]) који је (в. *1* § 3 III) подељен такође у три стадијума. Њиме се омогућава речени *континуитет* процесних

[1]) В. *Birkmeyer* 559 (под 2).

[2]) Уп. *Birkmeyer* 559 (под 2 [који при употреби израза *концентрација* има неосновано у виду само предузимање поједине радње у одређеном стадијуму, а не и у закону одређен низ њиховог *следовања* у дотичном стадијуму, издвајајући законска правила о томе под 37), *v. Kries* 255 (само помињући *концентрацију*, и то поводом принципа усмености [„усменост захтева извесно *концентрисање* процесне грађе; расправа не сме бити расцепкана у више далеко један ван другога лежећих делова"]), *Rosenberg* 179 (под 3 имајући у виду само што могуће бржи ток цивилног поступка средством „*концентрације* расправе и концентрације тврђења [т. зв. *концентрациона максима*]"). В. и *Kleinfeller* 193. Но он пориче неосновано за цивилни поступак, да се „тежење, да се на једном месту процесна грађа збије, а на другом спречи развијање процеса", може означити као „истицај неког поступком владајућег једноставног начела (*концентрационе* максиме)." Наводи као аргуменат, да је „напротив г. с. п., да би се добила прегледност процесне грађе, вишеструко дао суду, према од странака предузетом гомилању или спајању изношења, право (§§ 145, 301, 303, 304, 578, ал. 2; даље §§ 275 ал. 1; 528 ал. 2, 590 ал. 2) *раздвајања*, дакле *одбио* концентрацију". *Kleinfeller* узима дакле за аргуменат ово само *изузетно* право раздвајања, а које у осталом само има за циљ, да спречи процесне злоупотребе и конфузије. В. и *Цуља 1* § 110.

радњи и тако исто брже завршење поступка у циљу доношења поуздане судске одлуке.

III. Из горњег излази, да се **системакика** *Посебног* дела Кривичног и Грађанског процесног права има да заснује на *законском* р е д у *следовања* појединих процесних *стадијума* и појединих *фаза* тих стадијума. Он се има дакле да раздели у отсеке, од којих ће сваки обухватити по један стадијум, а отсеци у главе, од којих ће свака обухватити по једну фазу, и стадијуми и њихове фазе ће у излагању ићи једно за другим по њиховом законском реду следовања.

У том погледу се кривични и грађански поступак не подударају потпуно. Као што се је видело на име (§ 5 I), у грађанском нема предсудећих или извиђајних процесних радњи и према томе *предсудеће* јурисдикције. Отуда док ће *Посебни* део Кривичног поступка имати да се подели од свог почетка до *пресуђења* у два *паралелна* основна дела, од којих ће један обухватити *припремни* поступак, а други *главни* поступак, у *Посебном* делу Грађанског поступка цео период од почетка процеса до *пресуђења* ће спадати у један исти отсек, који се има поделити у две главе, једна за *припремни*, а друга за *главни* стадијум.

ОТСЕК II

ПРОЦЕСНИ СУБЈЕКАТ

УВОД

§ 10. Садржина и систематика II отсека.

I. Процесних *субјеката* има, као што је изнето у I. одељку (§§ 5 и 6), три: један је *тужилац*, други *тужени*, а трећи *суд*, који има да пресуди између њих. *Тужилац* и *тужени* сачињавају, као што се је видело (§§ 5 II 2, III и IV и 6 II и VI), *процесне* странке, активну одн. пасивну, и то тек од *заснивања* процесно-правног односа (в. § 6 II), а дотле су странке у *неправом* (или *непотпуном*) смислу. Њихов заједнички *генусни* појам је дакле појам процесна *странка*.

Из реченог излази, да *генусно* посматрајући има у процесу *две* највише врсте процесног субјекта *паралелне* једна другој: *суд* и *странка*. *Тужилац* и *тужени* су им *подређени* појмови дакле, а не паралелни појму *суд*. На тај начин после учења о процесном *субјекту* у опште, другом највишем или основном процесном појму уз процесну *радњу*, коме ће бити посвећена прва глава I. отсека, овај отсек се има да раздели у две нове главе, које ће бити друга и трећа у том отсеку. Прва ће од њих две бити намењена *суду*, а друга *странци* у *опште*, т. ј. као *генусном* појму за *тужиоца* и *туженог*. Овим главама ће следовати нове две главе, четврта и пета по реду у II. отсеку, посвећене двема врстама процесне странке, и то једна *тужиоцу* или *активној* странци, а друга *тужженоме* или *пасивној* странци.

II. За *грађански* поступак је с обзиром на *приватно*правну природу његовог објекта логички несумњиво, да мора бити *три* засебна субјекта, тужиоца, туженог и суда и тако је увек и било. То не важи за *кривични* поступак. Пошто

је његов објекат један *државни*-правни захтев, а *држава* је себи присвојила право кажњења и може га вршити само посредством својих *судова*, логички је могуће замислити, да је *суд* у исто време *тужилац* и да је тужени прост објекат процесни, тако да би у кривичном процесу било само *једног* субјекта. *Раздељеност* три кривично-процесне функције, гоњења, окривљеништва и суђења није дакле неизбежна, и, као што ће се видети (§ 12 I), у историјском развитку кривичног поступка није је од увек ни било. До те одвојености је довело увођење извесних општих, на процесне субјекте односећих се принципа. Ови принципи *утичу* на тај начин на сам *појам* процесног субјекта, т. ј. *унутарњи* су (§ 3 I), на процесне *субјекте* односећи се принципи. Ти општи процесни принципи су **инквизиторски** и његова супротност **акузаторски** принцип. *Стапање* њихових *елемената* је довело до *одељености* три процесне функције. Међу овим елементима се у кривичном поступку налази принцип **судијске** *одговорности (инквизициона* максима), чија је супротност принцип *одговорности странака* у грађанском поступку. Ова два принципа се појављују тако, заједно с инквизиторским и акузаторским, и као принципи, који односећи се на сам појам процесног субјекта, *утичу* на њ, т. ј. *унутарњи* су (в. § 3 I). Отуда је и њима систематско место уз принцип инквизиторски одн. акузаторски у *вишем* учењу о процесном *субјекту* у опште, дакле у *Основним проблемима*. Они ће према томе заједно с инквизиторским и акузаторским принципом бити изложени у следећем §-у, намењеном учењу о *одвојености* функција три процесна субјекта. Уз њих ће бити изложен и принципи *материјалне* одн. *формалне* истине, јер су њихова консеквенца, те *посредно* утичу на појам процесног *субјекта*, и ако се по својој *непосредној* природи односе на процесну *радњу*, те би им код ње било места.

III. Процесни *субјекат* је *својство*, које се добија *подношењем* одређеног кривичног одн. грађанског *захтева*, а овај има за *подлогу* кривично дело и кривца одн. какав приватно-правни основ. Могло би се логички замислити, да се по *једном истом* основу може бити процесни субјекат *понова* у *новом* процесу, као што је то и било некад у току

историјског процесног развитка (в. § 13 I). Савремено право то забрањује, и то је т. зв. принцип *ne bis in dem*. Принцип *ne bis in dem* је дакле један од *општих* процесних принципа, који се односи и *утиче* на сам појам процесног *субјекта*, *унутарњи* је (в. §§ 1 III и 3 I). Зато се о њему треба да говори такође у *Основним проблемима*, у учењу о процесном *субјекту* у опште. С њиме у вези се ту треба да расправља (а не у учењу о процесној радњи) и о *општем* процесно-правном принципу *правне снаге пресуде*, пошто је он само једно од дејстава овог принципа, чије би место иначе било у учењу о процесној *радњи* у опште, јер се на ову односи и утиче на њен појам. В. о њима § 13.

ГЛАВА I

ПРОЦЕСНИ СУБЈЕКАТ У ОПШТЕ

§ 11. Појам процесног субјекта.

I. Кривични и грађански поступак су, као што се је видело (1 §§ 2 II 2а и 3 II 2а), скуп *радњи* одређених *лица*, т.зв. процесних *субјеката*. *Процесни субјекат* је *извршилац процесне радње у процесу, који има право или и дужност вршења такве радње и ову је радњу вољно извршио.*[1]) Ово је, као што ће се ниже (II) видети, дефиниција процесног *субјекта* у *ширем* смислу. Ту спадају поред суда, тужиоца и туженога и помоћни органи извиђајних власти (општинске, полицијске и друге државне власти у смислу §§ 47 и сл. к.с.п., као и сресни судови у смислу § 95 к. с. п.), приватни учесници, браниоци, законски заступници, блиски сродници окривљеникови у случајевима у закону одређеним, сведоци, вештаци, пријављивачи и извршни органи судских пресуда (гл. 22 к.с.п.).

II. Но међу поменутим процесним *субјектима* постоји једна значајна појамна разлика, тако да се морају разликовати *две врсте* процесног субјекта. Ова разлика се састоји у томе, што су једни од њих *субјекти* троструког процесно-

[1]) Уп. *Gerland* § 15 I 1. Међу ретким (кривичним и грађанским) процесуалистима, који дефинишу процесног субјекта као генус, *Birkmeyer* (131, § 26 I) га дефинише најпре с гледишта процесног права *располагања* (в. ниже III) и тек из тога издваја „праве" процесне субјекте од „неправих" (в. ниже III 3 б). Једну (несинтетичку) дефиницију дао је још *Geyer* (13, под 2: „лица, којима припада било расправа било вођење процеса и изрицање пресуде").

правног односа, односа који сачињава суштину (в. *1* §§ 5 I и 6 I и II) поступка, док остали стоје *ван* тог односа. Субјекти су оног односа према већ (ibid.) реченом *тужилац* и *тужени*, између којих постоји *спор* о једном правном захтеву, и *суд*, који тај спор има да реши. Они су према томе процесни субјекти у *ужем* смислу, прави или главни процесни субјекти, док су сви остали *(друга* врста процесног субјекта у *ширем* смислу) само *неправи* или *помоћни* процесни субјекти.[1]) Отуда се назив *процесни субјекат* употребљава једино, да се означе *прави* процесни субјекти, и отуда се у *Општем* делу Кривичног и Грађанског поступка о њима једино и мора да расправља. Излагање о другима може остати за *Посебни* део, с чијим предметима, т.ј. с појединим процесним радњама су у нераздвојној вези. Но из горњег излази уједно, да су поменути *прави* процесни субјекти наравно то у *потпуном* смислу тек (в. *1* § 6 II) од *заснивања* процесно-правног *односа* (в. § 10 I). Дотле су дакле сви троје *непотпуни* прави процесни субјекти, те су и *тужилац* и *тужени* дотле процесне *странке* само у *неправом* (или *непотпуном)* смислу (као и у целом неспорном [в. *1* § 3 VI 3] поступку).

III. Положај три *права* процесна субјекта, тужиоца, туженога и суда у кривичном и грађанском поступку, посматран као целина и упоређен са положајем у истоме *осталих* суделовача, указује на још једну важну појамну *разлику* између ове две врсте процесних субјеката (која је у осталом нужна консеквенца оне прве горе изнете). Она се састоји у томе, што *само суд, тужилац* и *тужени*, а не и *остали* суделовачи располажу по *сопственој одлуци* својим процесним *радњама* (пресуђивањем, гоњењем и одбраном, т. зв. главним делатностима или функцијама поступка, „формама и средствима" истога), т. ј. могу из своје *сопствене* одлуке извршити их или их не извршити, и ако с разним ограничењима. То се назива њиховим **формалним** или процесуалним *правом располагања (диспозиције* [prozessuales Verfügungsrecht]). То право располагања је дакле чисто *процесне* садржине, на-

[1]) Тако *Berkmeyer* § 15 I 1 (на основу критеријума ниже под III изнетог).

супрот т. зв. **материјалним** праву диспозиције, т. ј. праву располагања државним кривичним одн. приватним захтевом (објектом кривичног одн. грађанског поступка), које право у кривичном поступку, за разлику од *грађанског,* процесни субјекти, сходно принципу легалитета (в. § 7), немају (изузимајући случај поступка по *приватној тужби,* предлогу и одобрењу), ма да се отпочети поступак не мора довршити и пресуда донети, сходно принципу *мутабилитета* (в. § 8 IV). С обзиром на поменуто *процесно* право *правих* процесуалних субјеката они се дефинишу као у *поступку суделна лица, која имају процесно право располагања.* Но ово није ни пуна ни права дефиниција *правог* процесног субјекта. Таква дефиниција се има дати у наслону на горњу (I) дефиницију процесног субјекта у *ширем* смислу. *Прави* или (в. II) просто *процесни субјекат* је *извршилац процесне радње у процесу, који има право или и дужност вршења такве радње с процесним правом располагања и ову радњу је вољно извршио.* У појму (scil. правог) *процесног субјекта* садрже се, као што се види, четири елемента:

1. *Извршилац* процесне радње у процесу је прво обележје. Потребно је дакле на првом месту (*основни* елеменат), да је неко извршио *процесну* радњу (чињење или нечињење), и то за отпочињење *процеса* или у *већ отпочетом* процесу. Без значаја је, да ли је он *непосредни* извршилац или само посредни, т. ј. посредством другог лица, заступника (вољног или нужног), у колико је заступништво допуштено (не за суд и државно тужиоштво).

2. Својство лица, које има *право* или и *дужност* вршења дотичне процесне радње је друго (атрибутивно) обележје процесног субјекта. Без значаја је дакле, да ли је вршење радње *право* или *дужност.*

3. Притежање процесног права *диспозиције* је треће обележје процесног субјекта. Оно одликује *правог* од *неправог* процесног субјекта. Ко у процесу суделује вршењем какве радње по одлуци неког *другог,* или је заступник овога, правог процесног субјекта, и као такав је неправи процесни субјекат или је (в. међутим б за друкчије мишљење) у опште неправи процесни субјекат (као сведок и вештак).

а) Кад је реч о процесном *праву* располагања, као и о карактеру тог права располагања, без значаја је да ли је одлучивање *вољно* (као што је случај с приватним тужиоцем) или *дужносно* (као код државног тужиоштва),[1]) као и у опште да ли је вршење процесне радње *право* или чак *дужност* за субјекта. Неосновано је према томе схватање *Gerland*-ово, да се о *праву* располагања (Verfügungsrecht) може говорити само, кад је у питању вршење не *дужности* на радњу, већ *права* на радњу. На основу тога он узима, да је општа особеност процесних субјеката (мислећи — ту в. ниже — само на *праве* у нашем смислу) не право располагања, већ *сопствено одлучивање* на радњу, која је њихово право или пак дужност, другим речима делање „на основу сопственог одлучивања" било вршење радње једна дужност или право. У том смислу он дефинише ближе (в. I. пр. 1 за његову прву дефиницију) процесне субјекте као „у поступку суделујућа лица, која самостално радећи могу или морају чинити употребу средстава поступка".[2]) Нетачност ове дефиниције види се и из ниже под б изнетог. Она обухвата и неке (в. б) *неправе процесне* субјекте (као законске заступнике и сроднике окривљеникове).

б) Горе (I) су као *неправи* процесни субјекти наведени и *сведоци, вештаци* и *подносиоци кривичне пријаве.* Узима се међутим (и *Birkmeyer*[3]) и[4]) *Gerland*), да су они просто „процесни *објекти,* процесна средства", а не процесни субјекти. Као разлог наводи *Gerland,* у смислу своје нетачне опште дефиниције (в. а) процесног субјекта, то, што поменута два прва не делају у процесу самостално, на основу сопственог одлучивања, а односно пријављујућег повређеника, да пријава, и ако води процесу, стоји „сама као таква" ван истога. Но из тога се само види нетачност његове поменуте опште дефиниције процесног субјекта, оставив на страну то, што се под њу тешко могу подвести и помоћни судски органи и браниоци н. пр. *Birkmeyer* пак не наводи никакав разлог. У осталом њихово сматрање поменутих лица као простих про-

[1]) Уп. *Birkmeyer* 132 под 2.
[2]) § 15 I 1 и 2.
[3]) *I* 32 (под 2).
[4]) § 15 I 1.

цесних објеката или средстава не одговара ни достојанству њихове људске личности, као ни процесној еволуцији, која је довела до појмова процесни субјекат и странка.

в) *Окривљеник* је (за разлику од *оптуженика)* према горе (II) реченом *прави* процесни субјекат, али *непотпун*. Неки за извршиоца у тем *стадијуму* његове процесне егзистенције неосновано узимају (в. б), да је *(Birkmeyer)* „више или мање прост процесни *објекат*, и ако већ с извесним правима странке".[1])

4. *Вољност* извршења процесне радње је четврто, последње обележје процесног субјекта. Као што се је видело у 1. одељку (§ 11 III), процесна радња то остаје и онда, кад није вољно извршена (због чега се не може ни дефинисати као *вољно* телесно држање или[2]) као „изјава *воље*"), и зато је (§ 11 III 3) поред других разлога, потребно, да се процесни субјекат издвоји као *особено* процесно-правно биће, у чији би се појам унела вољност, обележје које и по својој *психичкој* природи спада у његову суштину.

а) *Вољности*, према томе процесног *субјекта* неће бити пре свега онда, кад извршилац процесне радње није *подобан* за вољност. Подобности за вољност неће бити, кад постоји неки основ душевне поремећености, патолошке или непатолошке природе, затим, од других основа који искључују подобност за вољност (урачунљивост), сила и претња и у опште принуда, а односно малолетства доба узраста, које захтева по процесном праву заступништво (н. пр. малолетство до ненавршене шеснаесте године према § 87 к. з.) за подношење приватне тужбе и предлога.[3]) Кад је услед којега од наведених основа подобност за вољност само смањена, елемента вољности опет неће бити, према томе ни процесног субјекта.[4])

б) Затим вољности неће бити, и ако је субјекат подобан за њу, онда, кад воља није озбиљно изјављена, већ у шали.[5])

в) Као што се је видело у I. одељку (§ 11 II 1), вољност претпоставља свесност, те је сувишно (суперфетација) захтевати, да је *вољна* радња *свесно* извршена.

[1]) 326 под 2 и 147.
[2]) Тако је дефинише *Graf zu Dohna* 72.
[3]) В. Основи Кривичног права, Општи део §§ 66 и 67.
[4]) В. Основи § 68.
[5]) Уп. *Graf zu Dohna* 72.

§ 12. Одељеност функција три процесна субјекта (акузаторски и инквизиторски поступак; принцип судијске одговорности [истражна максима] и његова консеквенца принцип материјалне истине; принцип одговорности странака и његова консеквенца принцип формалне истине).

I. У *грађанском* поступку по самој природи његовог *објекта* функција *тужиоца* (грађанског гоњења) је *одвојена* и била је то увек историјски од функције *пресуђивања*. Та *раздеоба* процесних функција постоји и у савременом *кривичном* поступку, и ако није неизбежна по самој природи његовог објекта. Као што је на име пређутно наговештено за савремени кривични поступак (в. *1* § 2 II), у њему се функције *гоњења* (оптужбе), *одбране* и *пресуђивања* врше свака од *засебног* процесног субјекта: тужиоца, окривљеника и суда. И суду и тужиоцу је дата дакле *само* једна од три *главне* функције кривичног поступка (као и у грађанском поступку). *Главна* је одлика савременог кривичног поступка, посматрајући га историјски, баш та одвојеност функције г о њ е њ а од функције п р е с у ђ и в а њ а (т. зв. **акузаторски** *принцип* или систем [грађанског и кривичног поступка]). Отуда се за њ' према некадањем, дакле са гледишта *историјске* перспективе изрично истиче, да је он а к у з а т о р с к и (оптужни) поступак. Кривични поступак је с овом својом главном особеношћу имао на име за *претходника* у историји (в. ближе § 22 V 1) т. зв. **инквизиторски** (или *истражни) поступак,* који је био заснован на принципу *стојености* функције *гоњења* (и чак *одбране)* са функцијом *пресуђивања,* тако да је суд био *једини* процесни субјекат.[1])

[1]) Уп. *Birkmeyer* 132 (под 2 и 3 а), особито (procédure accusatoire и inquisitoire) *Garraud 1* п. 7 и сл. (који наводи [п. 14] као „две доминантне црте" *инквизиторског* поступка: „тајну анкету" [да би се открио кривац"] и „употребу питања" [„да би се добило његово признање"], истичући [п. 47], да је Енглеска „једина сачувала у својој процедури гарантије, које су имале друге нације европске у једном моменту своје историје: акузаторски систем, публицитет, оралитет дебата" [и поред борби с утицајима, вели, римског и канонског права] и да се за опстанак *акузаторног* система у њој дугује „колико оданости старим обичајима и упорству [l'opiniâtreté], који карактеришу њен народ, толико индивидуалистичким и либералним осећањима, која му чине част").

II. У савременом *акузаторском* кривичном поступку примењене су међутим извесне добре стране *инквизиторског* поступка, јер одговарају јавно-правном карактеру права кажњења (у опште права на кривичну санкцију):

1. Пре свега и *тужилац* је, као и суд, *државни* орган.

2. Затим *тужилац* и *суд* раде по *службеној* (званичној) дужности (ex officio), независно дакле од воље повређеника као и од воље окривљеника (који се према томе не може подвргнути кривичној санкцији драговољно пре одлуке судске о државном кривичном захтеву) (т.зв. **официјални** *принцип).*

3. а) Даље *суд* је по *службеној* дужности обвезан (§§ 3, 100, 152 ал. 4 ст. 2, 159, 254, 269 ал. 2, 324 ал. 2 и § 333 ал. 1 ст. 3 к. с. п.), да се *сам* постара о *прибирању* чињеница и доказа (од чега је учињен изузетак за поступак по з. о шт. у чл. 86) ради утврђења *основаности* државног кривичног захтева. То је т. зв. *принцип* **судијске** *одговорности,* судског *активитета* или **инквизицијска** *(истражна) максима.* Овај се принцип од неких представља као наличје, т. ј. нужна консеквенца *официјалног* принципа (в. 2). Он је супротност принципу *одговорности* **странака,** судског *пасивитета* или *максими* **расправе** грађанског поступка, према којој суд при одлуци има да се придржава *само* чињеница и доказа *поднетих* од *странака.*

б) Примена принципа *судске* одговорности или *истражне* максиме у кривичном поступку *треба* да има за консеквенцу утврђење пуне, *праве истине* о кривичном делу и кривцу, добијање дакле сазнања, које се поклапа у највећој могућој мери за стварним стањем (са „историјском истином"). Захтев за добијање пуне истине у *кривичном* поступку се назива *принципом* **материјалне** *истине,* насупрот *принципу* **формалне** *истине грађанског* поступка. Њих два би, будући привезана за процесну *радњу,* требало, као што је речено, излагати код ње. Излажу се овде само због утицаја, који врше на појам (на процесне субјекте односећих се) принципа судске одговорности и одговорности странака, чије су консеквенце. Нужност принципа *материјалне* истине у кривичном поступку *материјално* проистиче из природе *кривичног захтева,* објекта овог поступка. Пошто је на име кривични захтев један *јавно-*

правни захтев, државни захтев примене *казне* и *мере безбедности,* а ове санкције имају одређене циљеве *општег* интереса, и тако претпостављају *стварно* извршење кривичног дела и постојање кривца, без чега оне не би биле санкције, већ насиље, појављује се по том основу, ако не по самој истражној максими (в. а), у кривичном поступку *нужним* од воље странака потпуно независно утврђивање истине, т. ј. утврђење поменуте *пуне* истине, зване због тога *материјалном* истином.[1]) Отуда је у *кривичном* поступку окривљениково *признање* без вредности само по себи, ако није поткрепљено и другим околностима у извиђају нађеним (§§ 159 и 254 к. с. п.), за разлику од онога, што важи, сходно ту вредећем принципу *формалне* истине (који је у грађанском поступку ипак у неколико подвргнут извесним ограничењима, изведеним из кривично-процесног принципа *материјалне* истине [в. н. пр. ниже пр. 3 под 4⁰]), у *грађанском* поступку (§ 362 г. с. п.) за признање *странке* (т. зв. *диспозитивно* признање, кога дакле у кривичном поступку нема и које обвезује на т. зв. sententia agnitoria). Кривични судија не сме у опште (као „истраживалац историје") ни под каквим претпоставкама бити *обвезан* (принуђен), да нешто *сматра* за истинито, ако то сам није утврдио као тачно.[2])[3])

---

[1]) Уп. *v. Kries* § 37 I, *Birkmeyer* 66, *Glaser I* 35.

[2]) Уп. *v. Kries* § 37 I 1.

[3]) Из тога проистичу у *кривичном* поступку и друге консеквенце поред непостојања *диспозитивног* признања. Тако: 1⁰ странке се не могу одрећи процесних прописа постављених у циљу обезбеђења тачног исхода утврђења чињеница (н. пр. заклињања сведока [за разлику од грађанског поступка, § 432 ал. 2 г. с. п.] и прописа о непосредности поступка [за разлику од грађанског поступка, §§ 492 и 538 г. с. п.]); 2⁰ не може се одбити (у инстанци суђења), да се изнесу чињенице, које се треба да докажу, приговори и доказна средства, зато што би то било доцкан, или због отсуства на процесу (као у грађанском поступку, н. пр. §§ 334, 335, 493 г. с. п.); 3⁰ суд није везан за предлоге не само туженог, већ ни државног тужиоца (и поред његовог предлога ослобођења или примене блажијег закона, суд може изрећи казну одн. применити строжији закон), и ако по к. с. п. (§§ 53 и 219 ал. 3 и 4 [за разлику од нем. к. с. п., § 154]) државни тужилац има иначе право (§ 269 ал. 2 к. с. п. [в. и § 324 ал. 2 к. с. п.]), да одустане од оптужнице у току поступка пре почетка главног претреса (но у накнаду за то §§ 53 и 219 ал. 4 к. с. п. овлашћују приватног учесника, да остане при од државног ту-

Изузетци од принципа *материјалне* истине у кривичном поступку налазе се само у мандатном поступку код иступа (в. § 278 прој. з. о ист.) и у споредном кривичном законодавству, у колико оно садржи *презумпције виности.*[1])

4. Најзад *кривични* поступак је *инквизиторски* у *припремном* поступку, свом првом делу. То истина не важи у потпуности за истрагу и међуистрагу, у колико се у њој појављују сва три процесна субјекта, дакле и суд (§§ 98 ал. 4, 108 ал. 2 и 5, 109 ал. 4, 110 и 119 ал. 5 к. с. п.), т. ј. у колико већ у том делу поступка постоји, и ако у условној и неразвијеној форми, према томе у неправом смислу, онај троструки, за акузаторски кривични поступак карактеристични *јавно-правни* однос.[2]) *Инквизиторски неограничено* уређен део поступка је само *извиђај,* јер је извиђајна власт (државни тужилац, с помоћним му органима [§ 91 и сл. к. с. п.]), једини субјекат, а окривљеника још нема, већ највише (в. § 96 ал. 1 к. с. п.) осумњиченика.

жиоца подигнутој оптужници); 4⁰ у погледу позивања сведока и одређења вештака суд није везан за предлоге странака, поднете за главни претрес (у смислу § 217 к. с. п.), ако нађе, да то позивање одн. одређење нису потребни, и може сам позвати на претрес и нове сведоке и вештаке (§ 218 ал. 2 и 3 ст. 2 к. с. п. [но и у г. с. п., изузетно од максиме расправе, претседник већа има право, да позове сведоке од странака непредложене, § 247 ал. 1 т. 4 г. с. п., и да по службеној дужности нареди од странака непонуђено вештачење, §§ 247 ал. 1 т. 4 и 459 ал. 2 г. с. п.]); 5⁰ суђење неприсутном (in absentia) на претресу је, за разлику од г. с. п. (в. горе 1⁰ за прописе о непосредности поступка), допуштено само изузетно и, с обзиром на противност таквог суђења принципу материјалне истине, с извесним ограничењима (у поступку пред судијом појединцем [§ 373 ал. 2 ст. 1 к. с. п., в. К. п. пр. 1 код § 373 и пр. пред § 405] и пред среским судом [§ 389 к. с. п.]). Уп. за нем. к. с. п. *v. Kries* § 37 I, *Birkmeyer* 66.

[1]) Уп. *v. Kries* § 37 II. — В. Основи Кривичног права, Општи део § 58 V о презумпцијама виности.

[2]) Само превиђајући ово се тврди за цео немачки *припремни* поступак, да је *инквизиторски,* налазећи *(Birkmeyer* 146 под II и 336 под 3), да у њему има само два *процесна субјекта,* тужиоца и окривљеника, или чак (идентификујући неосновано појам гонећег и гоњеног процесног *субјекта* с појмом *странке* и оглашујући на основу тога [§ 11 II 3 в] окривљеника за прост процесни *објекат) само* тужиоца.

III. Кривични поступак у Законику о суд. крив. п., као и у осталим савременим к. с. п., је дакле, ако се посматра као *целина,* т. ј. и по својим *допунским* одликама уз главну, у ствари *мешовит* поступак, *акузаторско-инквизиторски* (први пут као систематска целина конструисан у француском Законику о кривичном поступку од 1808). С обзиром пак на то, што главну суштину таквог поступка сачињава његово *акузаторско* уређење, он се може краће назвати, и тако се и назива, просто *акузаторским* поступком. Но овај краћи назив је, као што је умесно примећено, могућ само под условом, да се при томе *акузаторски* и *инквизиторски* поступци имају у виду, не као *историјске* појаве, већ као две *логичне* форме поступка, пошто се само с логичког гледишта наведене особености *инквизиторског* поступка, унете у савремени кривични поступак уз главну акузаторску суштину овога, појављују уједно као особине *акузаторског* поступка.[1])

IV. О немогућности, да се буде два пут, *поново* процесни субјекат у истој кривичној или грађанској ствари, т. зв. принципу ne bis in idem, и о принципу правне снаге, на који се он наслања, в. § 13.

V. Вишина странака и неправих процесних субјеката у процесу проширује *обим* овога и сама собом, како и тиме што нужно отежава судски задатак прибирања и извођења доказа. Обим процеса као скупа радњи може наравно бити анормално повећан, и кад има само радњи активне и пасивне странке, још и другим процесним узроцима (као злоупотребом права призивања сведока и вештака, узимањем више правозаступника [бранилаца], дугим оптужницама и говорима на претресу, разним жалбама и рекурсима у току процеса, противтужбама). То повећавање обима процеса може узети и такве размере, да настају ч у д о в и ш н и *процеси* (procès *monstres).* Они често без стварне потребе с гледишта циља процеса развлаче пресуђивање ствари, а то је наравно од штете како с гледишта утврђења *материјалне* одн. *формалне* истине тако и с гледишта рационално и економски целисходног функционисања правосуђа, као и с гледишта судских

---

[1]) Уп. *Birkmeyer* 133 и сл., *Ullmann* § 5.

трошкова. За кривични поступак ирационално развлачење је посебице штетно зато, што оно утиче неповољно на државну казнену функцију, која, да би се постигао циљ кривичних санкција и тако да би била од користи, треба „брзо да интервенише". Ово све је дало повода, да се на дневни ред XI Међународног конгреса за кривично право и казнене заводе (одржаног 1935 у Берлину) стави на дневни ред питање *„чудовишних процеса"*, као друго законодавно питање („Које су мере препоручљиве, да би се скратили процеси звани „чудовишним процесима"). У резолуцији Конгреса предложено је пет разних „мера", како би се „избегло сувише дуго трајање дебата у казненим пословима" и „одстранило све, што није неопходно за манифестацију истине" (али, како се у тој резолуцији вели, „у оквиру испитивања мера подобних, да убрзају кривични поступак у *опште*, респектујући увек права одбране", јер се „не би могла правдати материјална различност процедура утврђена према претходној оцени вероватног трајања дебата").[1])

§ 13. Непоновимост својства процесног субјекта у истој ствари (ne bis in idem). Принцип правне снаге пресуде.

I. Принцип је савременог поступка, да нико не може бити процесни *субјекат* два (више) пута по *истом* извршењу, делу (Tat, Begangenschaft) одн. по истој грађанској ствари (in eadem re). Чим је спор завршен дефинитивно, т. ј. *правноснажном* судском одлуком, исто дело (иста ствар, aedem res), у погледу којег је био постављен захтев у том спору под извесном правном квалификацијом његовом, не може више бити *основ* новога захтева. Нова сукцесивна гоњења немогућа су не само по истом, већ ни по неком *другом* кривичном закону, т. ј ни у форми каквог *другог* кривичног дела, које би било у идеалном стицају с кривичним делом, под квалификацијом којега је дело (извршење) било основ ранијег,

[1]) Actes du Congrès pénal et pénitentiaire international de Berlin (août 1935) 1936, vol. 1 b 44/5. В. о поменутим мерама, које конгрес предлаже, наш извештај о њему у Арх. 1936.

пресуђеног кривичног захтева. Тај принцип (и римског и канонског, не и инквизиторског поступка), који захтева не само правичност (scil. неправичност излагања окривљеника понова невољама кривичног поступка), већ и стварање правне сигурности у погледу спорних правних односа (која би патила, ако би се правни односи могли увек поново подвргавати судском одлучивању), према томе одржање правног поретка, назива се принципом *„не двапут у истоме"* или *ne bis in idem* (bis de eadem re ne sit actio).[1])

II. Принцип ne bis in idem (који је постављен *изрично* у § 276 к. с. п. одн. у § 334 ал. 2 г. с. п., а прећутно у одредби § 214 ал. 1 к. с. п. одн. § 507 ал. 1 г. с. п. о правној снази пресуде и у одредби § 359 ал. 1 к. с. п. одн. § 624 ал. 1 г. с. п. о изузетном допуштању поновљења [обновљења] поступка)[2]) се представља као једно од *„дејстава"* (Wirkungen, консеквенца) „принципа" или „института" (постављеног у одредби § 412 ал. 1 к. с. п. одн. § 507 ал. 1 г. с. п., где се помиње само „пресуда", пошто је у гл. 22 к. с. п. одн. у 2. отс. 1. гл. 3. дела г. с. п. реч о извршењу пресуде, али што важи наравно и за решења, закључке и наредбе судске, у опште за судске одлуке)[3]) *правне снаге пресуде*, и у опште судске одлуке (Grundsatz der Rechtskraft, autorité de chose jugée, auctoritas rei iudicatae).[4])

[1]) Уп. *v. Kries* (против разлога правичности) § 71 I, *Birkmeyer* 681 (под IV [циљ поступка и интерес државе и окривљеника захтевају га]), *Ullmann* 627 (не узима у обзир разлог правичности [в. ту и историју овог правила]), *Plank* 132 (в. ту и за историју), *Laborde* п. 1272 (истичући и разлог правичности, „хуманитета"), *Rosenberg* 517 (под 2). Према *v. Kries*-у и *Ullmann*-у (са *Schanze Z. 4* 452) „разлози правичности" су обратно само довели до прекидања принципа, до допуштења изузетака. У колико је правни поредак, вели *v. Kries*, више саграђен на „строгом праву", у толико он чвршће стоји на принципу правне снаге.

[2]) Уп. за нем. к. с. п. (где је принцип само прећутно постављен) *Birkmeyer* 682 (под 2).

[3]) Уп. *Birkmeyer* 676 (под 4), *Rosenberg* 513 (под 2).

[4]) В. н. пр. *v. Kries* 593 (§ 71 I), *Rosenfeld* 522 (под b [представљајући принцип ne bis in idem кад *средство* за остварење негативне и позитивне функције — в. III 3 — правне снаге]), *Bötticher* Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft (1930) 167 и сл., *Birkmeyer* 673 (под 2: „правна снага и њена дејства"), 681 (под IV [где представља међутим ова два принципа одвојено, и ако се не изјашњава изрично о њиховом односу]).

III. *Правна снага* (Rechtskraft) је *својство* (или [како се овде још вели од цивилних процесуалиста] *дејство)* пресуде (одлуке), да за *пресуђену* (у опште одлучену) ствар *ствара право:* res iudicata ius facit (у коме се својству на тај начин садржи *фикција* [Улпијанов афоризам, l. 25 D. 1, 5: res iudicata pro veritate accipitur).[1]) То је *материјално*-правни смисао правне снаге пресуде,[2]) њено дејство у материјалном праву. Отуда се правна снага у том смислу схваћена зове *материјалном* (или *унутарњом)* правном снагом пресуде. У *процесно*-правном пак смислу (т. зв. *формална* [или *спољна]* или *процесна* правна снага) правна снага је *својство* пресуде (на име [од саставних делова, елемената њених само] целе пресудне формуле [tenor-a sententiae или диспозитива] безусловно т. ј. у њој садржане одлуке о захтеву, а не [по себи] и одлука садржаних у разлозима пресуде)[3]) и у опште судске *одлуке* (без обзира на њену садржину), да (§ 412 ал. 1 ст. 2 к. с. п.) није *више* или да *у опште* није нападљива (scil. кад се више не може или у опште не може *побијати)* пред *вишом* инстанцом *(редовном* [као што се у § 412 ал. 1 ст. 2 к. с. п., за разлику од § 507 ал. 1 г. с. п., изрично вели] правним лековима дакле), у *целини* (т. зв. *тотална* правна снага), или у појединим састојцима одлуке у њој садржане (т. зв. *парцијална* правна снага), *ни од ког* суделовача у процесу *(апсолутна* или *права* правна снага) или само од *појединих* од њих *(релативна* или *неправа* правна снага),[4]) или

[1]) Уп. *v. Kries, Birkmeyer* l. c., *Kleinfeller* 232/3 (§ 70 [којим „дејством" пресуде се, вели, судски ауторитет упоређује са законодавчевим, и ако се с њим — в. III — не изједначава]). *Kleinfeller* узима у цивилном поступку поводом афоризма res iudicata pro veritate accipitur, да се не фингира, да је садржина пресуде истинита, већ да тај став значи, „да је у пресуди, утврђено право снагом судског ауторитета стварно право, без обзира на ограничења за правну снагу постојећа".

[2]) Уп. *Birkmeyer* 675, *Bennecke* 706, *Kleinfeller* 233 и 234 (под III), *Rosenberg* 513 под 2.

[3]) Уп. *Birkmeyer* 674 (под I 2).

[4]) Уп. *Ullmann* 628 (да није „даље"), *Birkmeyer* 677 (да није „у опште" или „више"), *Laborde* (да „није" или да није „више подложна правним лековима" [voies de recours]), *Цуља I* 631, *Rosenberg* 512 под 1 (§ 151 [„нападљивост је *својство* одлуке, које јој припада без обзира на њену садр-

(одређеније) да је њоме о њеном предмету дефинитивно одлучено.[1]) У к. с. п. и г. с. п. је дата у истом смислу, и ако непотпуно, дефиниција правне снаге. Према § 412 ал. 1 ст. 2 к. с. п. пресуде имају правну снагу („пресуде стају на правну снагу"), „кад се више не могу побијати редовним правним леком или ако правни лек по закону у опште није допуштен", а према § 507 ал. 1 г. с. п. „пресуде, које се не могу више побијати правним леком, постају правноснажне, у колико..".

1. а) *Формална* и *материјална* правна снага су према томе два *самостална* правна појма. То се види и по томе, што друга није увек последица прве, јер све одлуке немају садржину, која је подобна за материјалну праву снагу. Но ипак су она два појма нераздељиво спојена (или како се још каже, „унутарње сродна"), пошто је формална правна снага неизбежна *претпоставка* (и времени почетак) материјалне.[2])

б) Појам *ненападљивости* (непобијимости) одлуке, који сачињава тако суштину *формалне* правне снаге и према томе појам формална правна снага није дакле идентичан с њеном *непроменљивошћу* (или ненападљивошћу) *у опште,* већ је то само она њена непроменљивост (ненападљивост), која је последица недопустимости употребе редовних правних лекова (непроменљивост вишим инстанцама дакле).[3])

жину"), *Kleinfeller* 233 (под *формалном* правном снагом разуме се *искључење нападљивости,* према томе „искључење даљег вођења процеса у вишој инстанцији"), *Gerland* 433 (под 1), *R. Schmidt* 884 (под IV [кад „није више нападљива"]). — Назива се *проширеном* правном снагом пресуде случај, кад пресуда има правну снагу и у погледу *лица,* која *нису* суделовала у поступку, али су „материјално суделовачи" (н. пр. у погледу приватног тужиоца, који није подигао приватну тужбу). В. *Birkmeyer* 678, под 3 (за § 375 нем. к. с. п.). — С обзиром на могућност *поновљења* кривичног поступка (и *ванредног* ублажавања казне) говори се о *привременој* и *трајној* правној снази (в. *Birkmeyer* 678 под 4).

[1]) *Стране* пресуде немају по себи правну снагу, већ само ако је то у закону особено прописано (уп. *Birkmeyer* 677). Случајеви правне снаге страних кривичних пресуда одређени су у §§ 8 т. 1 и 2 и 76 ал. 3 к. з.

[2]) Уп. *Rosenberg* 513 (под 3), *Kleinfeller* 233 (под 1).

[3]) Уп. *Rosenberg* 513 под 1 (она је „дакле непроменљивост [Unabänderlichkeit], особито вишим инстанцијама"), *Gerland* 294 (под b).

в) Тако исто треба разликовати између појма *ненападљивости* одлуке и према томе појма формалне правне снаге и *неопозивљивости* исте, пошто би опозивљивост, да је допуштена, спадала у надлежност суда.[1])

г) Појам *правна снага* се не треба да меша с *извршношћу*. Ова је даље дејство одлуке, стварајући за овлашћеног право остварења посредством надлежног државног органа у одлуци садржане заповести. Да су то два засебна појма, види се по томе: (1) што има одлука и кривичних и цивилних, које су извршне, а немају још правну снагу, и обратно које су правноснажне, а нису извршне, (2) што правну снагу могу имати само одлуке, док извршност и друга акта и (3) најзад што се правна снага и извршност не поклапају увек ни у погледу њиховог *проширења* на *трећа лица*, јер се извршљивост кадкад наређује у цивилном поступку и против трећих лица без распростирања правне снаге на њих и обратно кадкад правна снага дејствује и против трећих лица, а искључена је извршљивост против њих (проширење правне снаге не значи дакле проширење извршљивости).[2])

2. Као што се види, **материјална** *правна снага* је дејство пресуде у *материјалном* (кривичном одн. грађанском) праву и то се дејство састоји у *стварању права* у конкретном правном случају *садржином* пресуде (или, како вели цивилни процесуалиста *Kleinfeller*, у право стварајућој обвезности

[1]) Уп. *Rosenberg* 512 под 1 (Unwiederruflichkeit, прописана особито, вели у § 318 нем. г. с. п.). В. и 513 под 2, где упућује на *Bötticher-a* (Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess 1930, 30 и сл.), о односу неопозивљивости с једне и формалне и материјалне правне снаге с друге стране и против мешања неопозивљивости и материјалне правне снаге у административно-правној доктрини, као и *(Bötticher* 72 и сл.) против „у учењу о правној снази много употребљеног појма *везивање* (Bindung), који је појам, вели, „двозначећи и услед тога даје повода за гдекоји неспоразум", јер он означава „час неопозивљивост, час, као у учењу о материјалној правној снази и у највише других случајева, као у § 211 и 276, да се судови у даљем или будућем поступку не смеју ставити у противречност с одлуком, да одлуку морају узети за основу", примећујући да *Bindung* у § 318 има оба значења.

[2]) В. о овоме за нем. цив. поступак *Rosenberg* 513 (под II 1 [за Vollstreckbarkeit]).

садржине[1]) одлуке). Пресуда је на тај начин, како каже *Rosenberg* за цивилни поступак, „основ за цивилно-правно изображење (Gestaltung) односа странака у погледу спорне ствари", тако да „правилна пресуда потврђује досадање правно стање, стварајући један *нов* (прибављања или губитка) *основ*, а неправилна изображава то стање, *гасећи* у заблуди поречено право и производећи *постанак* у заблуди признатог права".[2])

а) **Материјално-***правна теорија материјалне правне снаге.* — У наслону на своје горње ближе изражавање материјалне правне снаге, дефинисане као право *стварајуће* дејство пресуде, *Rosenberg* вели, да ова теорија правне снаге нема „законску основу", називајући је с другима *материјално*-правном (или материјалном) теоријом (материјалне) правне снаге. Налази, да је она у *противречности* пре свега с *процесним* правом, за шта износи више разлога, на првом месту да она укида границу између *декларативних* и *конститутивних* пресуда, „јер даје правомењајућу снагу, која принадлежи само изображавајућој пресуди (Gestaltungsurteil), свакој пресуди чинидбе или утврђења (Leigstungs-oder Feststellungsurteil)".[3]) Затим наводи, да је ова теорија у противречности и с *материјалним* правом, износећи за то више разлога, н. пр. да би онда „*постанак* утврђених права морао да *датира* од правне снаге пресуде", тако да би при тој „апстрактној основи пресуде" н. пр. једном правноснажно утврђеном стварном праву у рангу претходила друга стварна права пре правне снаге постала (и заложна права, јемства и положај преимућства из § 61 нем. стеч. п., који принадлеже првобитном праву, морали би бити изгубљени за право из пресуде).[4]) Најзад износи, да материјална теорија не може да постигне „ни циљ, који је сама себи ставила", на име „да материјални правни основ доведе увек у сагласност с непра-

[1]) 233 (под 1), додајући, да правна снага „спречава, не нов *процес* о истој ствари, већ одступајућу одлуку у новом процесу".

[2]) 518 (под 1).

[3]) *Rosenberg* 518 (под a).

[4]) *Rosenberg* 518 (под b).

вилним утврђењем пресуде". Наводи за то као пример, да при овој теорији јемац или заложни дужник „може приметити према неправилном утврђењу главног дуга, да он није јемчио или залогу дао за тражбину пониклу из пресуде, већ за главни дуг, чије постојање он као пре може оспоравати".[1])

б) 1° **Процесуална** *теорија материјалне снаге пресуде.* — Насупрот схватању (материјалне) правне снаге као *право стварајућег* дејства пресуде, т. зв. *материјалној* теорији (материјалне) правне снаге, изнето је друго једно материјално схватање правне снаге, које се назива *процесуалном* теоријом (материјалне) правне снаге (заснована од *Stein*-а и *Hellwig*-а и заступана од многих цивилних процесуалиста). Према овој теорији правноснажна пресуда нема „никаквог утицаја на *матерајално* право", т. ј. дејство *стварања права.* Суштина се правне снаге састоји према њој „у томе, што је сваки будући судија *везан* за пресудно утврђење и обвезан, да исту ствар у истом смислу одлучи."[2]) То *не* значи, вели се, *неоспоримост*, т. ј. да се више не може правоснажно признато оспоравати, а правоснажно поречено тражити, дакле искључење *нове* расправе (као што је то била у римском процесном праву т. зв. *консумпција* тужбе [т. зв. *негативна* функција правне снаге]), јер правна снага тек онда долази практички до изражаја, кад се признато оспорава, поречено тражи. Правна снага не спречава „*поновљену* одлуку", већ само „*одступајућу* одлуку", и доследно странке су „везане за правноснажну одлуку, у колико не могу тражити противречну одлуку". *Rosenberg* прихвата начелно („у опште") ову теорију. Износећи, да и према *Reichsgericht*-у пресудом „суд не *ствара* право, већ само утврђује, шта је према *закону* право", он је представља као теорију, која одговара с једне стране суштини процеса, „који треба само да изнађе", а с друге суштини пресуде, „која треба само да утврди". Наводи у прилог ње и то, што она не познаје никакву разлику између правилне и

1) *Rosenberg* 519 (под b). Он износи, да горе изложени први и други разлог вреде и против теорије *M. Pagensteher*-а (Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 1905 и његов реферат о томе у Jahrb. d. Verw. R *1*, 1907, 325]), „и ако она у многоме уноси битне поправке".

2) В. *Rosenberg* 519 (под 2).

неправилне (в. горе) пресуде, „која води само немогућим и баш правном снагом пресеченим објашњењима о тачности пресуде".[1])

2° Горњу *процесну* теорију правне снаге *Rosenberg* исправља само у томе, што она по њему неосновано заступа „могућност, чак нужност поновљене *одлуке* истог питања", и „само пориче допуштеност *одступајуће* одлуке", т. ј. поставља *везаност* државног органа одлуком. По њему се напротив „суштина *правне* снаге пресуде" састоји „у искључењу *сваке нове расправе* и *одлуке* о правноснажно утврђеној правној последици".[2]) То значи, да у сваком поступку пред државним органом („изузев кривичног судију") „правноснажно утврђење" не подлежи више „оцењивању" и има се „без испитивања законитости" да „стави за основу новој одлуци". Само је, вели *Rosenberg*, *„једна последица тога"*, „што су државни органи, особито судови, и странке оглашени за *везане* одлуком": први, јер „не смеју више *одлучивати* о правноснажно утврђеној правној последици", а „странке и други правном снагом погођени, у колико ову правну последицу" не могу више *оспоравати*, т. ј. захтевати и постићи *одступајућу* одлуку о њој".[3]) У смислу ове своје нешто *уже*, строго *процесне* теорије *Rosenberg* дефинише **материјалну** *правну снагу* пресуде као *„меродавност њене садржине"* (scil. за разлику од *формалне* правне снаге, јер суштину ове сачињавајуће „својство ненападљивости одлуке" одлуци ту припада *„без* обзира на њену *садржину")*, т. ј. у њој изреченог утврђења постојања или непостојања од једне странке тражене правне последице у сваком *другом* поступку, у коме ова последица стоји у питању.[4]) Зато се она, додаје, и назива

1) 520 (под 3).

2) 520 (под 3), позивајући се на *E. Bötticher*-а (Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess 1930) 128 и сл. (који то износи, вели, „подробно и самостално"), *E. Nieman*-а (Der Steuerverwaltungsakt 1930) 138/39, *P. Götzmann*-а (Grundurteil und Rechtskraft, Diss. 1930). 46 и сл., *K. Hofmann*-а (Über das Wesen und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft, Diss. 1929) 32/4 и *Baumbach*-а Z P O § 322.

3) L. c.

4) 513 (под 2).

утврђујућим *дејством* (Feststellungwirkung) одлуке. Као примере наводи случајеве, кад је у првом процесу на тужбу утврђена својина или наследно право или обвеза на оштету, па се тужи за издавање тужиоцу или заоставштини припадајуће ствари или за плаћање суме оштете. Тада је, вели, „у границама правне снаге свако тврђење странака и свако извођење доказа и свака одлука о својини, наследном праву, дужности накнаде не само излишна, већ *недопуштена*, својина и т. д. се напротив од судије без даљега има да стави за основу његовој одлуци“, и „само о осталом су потребни и тврђења и извођења доказа, утврђивање и одлука“.[1]) Кад је пак *спорни предмет* у другом процесу *исти* као у првом, било што, вели, победилац првога процеса исто утврђење још једанпут тражи, било што побеђени тражи утврђење контрадикторне супротности, тужба се као „*недопуштена*“ има да одбије, пошто је расправа и одлука о истом тражењу *недопуштена*, „другим речима пошто је *процесна* претпоставка, да о спорном предмету није правноснажно одлучено“.[2]) *Rosenberg* примећује, да је тобож само „страх од нападане *негативне* функције правне снаге“ омео, да се дође до сазнања о суштини правне снаге у његовом смислу, т. ј. у смислу искључења сваке нове расправе и одлуке. Страх, да се при његовом схватању правне снаге, „понова уведе консумпција римског процесног права и негативна функција правне снаге“, је, како он вели, навео неке,[3]) да неповољно оцене ову теорију (коју је још пре њега заступао, како наводи, само *Schwartz*).[4]) Тај страх је пак, каже, потпуно неоснован, јер док римска консумпција чини, да *исчезава* цивилно тражбено *право*, ма који излаз узео процес, правна

[1]) 513 (под b [позивајући се затим на законске текстове и одлуке *Reichsgericht*-a]).

[2]) 521 (под b).

[3]) *F. Stein* Ueber die Vorausetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage (1903) 83 (износећи — 522 — једну примедбу овога, за коју вели, да је у њој садржина тачна, али да не погађа ни мишљење *Schwartz*-ово [в. сл. пр.] ни његово).

[4]) J. C. *Schwartz* Absolute Rechtskraft und heutiges Deutsches Recht, у Festgabe Dernburg (1900) 334 и сл.

снага по његовој теорији „оставља *материјално* право потпуно нетакнуто, искључујући само поновну расправу и одлуку о њему“, а то „служи не негативној, већ баш позитивној функцији правне снаге“.[1])

3. Из владајућег (особито у кривично-процесној књижевности) схватања *материјалне* правне снаге, означеног као *материјално*-правна или *материјална* теорија ове правне снаге проистиче, да суштина *материјалне* правне снаге лежи у *материјалном* (кривичном одн. грађанском) праву. Зато се овај смисао правне снаге и назива у осталом *материјалном* правном снагом насупрот *формалној*. Кад би т. зв. *процесна* теорија материјалне правне снаге била тачна, онда би се њоме у ствари стварала једна друга врста *формалне* (процесне) правне снаге, поред постојеће, пошто би према њој, нарочито према *Rosenberg*-овој варијанти, суштина материјалне правне снаге лежала *ван* материјалног права, у самом процесном праву. Теорија о *процесној* материјалној снази садржи тако једну контрадикцију in adiecto. Сем тога при њеном схватању материјалне правне снаге као немогућности друкчије одлуке (или још више *[Rosenberg]* немогућности нове одлуке), материјална би снага била, будући једно *чисто* процесно дејство, *консеквенца* формалне правне снаге, а не *независна* установа.

Но није тачан ни сам разлог наведен од присталица процесуалне теорије материјалне правне снаге против теорије назване материјалном. Дејство праве снаге пресуде, да *ствара* право, је несумњиво у кривичном поступку. Извршењем кривичног дела држава стиче заиста право на санкцију, али само апстрактно, у опште, а не једно у појединостима одређено право. Тек правноснажна кривична пресуда има дејство *ства-*

[1]) 522 (под 2). *Rosenberg* примећује, да присталице прве процесне теорије правне снаге обично немају у опште јасну представу о њеним „консеквенцама“ (најаснији је, вели, *Lent* [Die Gesetzkonkurenz *1*, 1916, 307, 314, 319]), јер долазе до истих решења као присталице материјалне теорије. Тако, вели, према *Lent*-у „*приговор* правне снаге [по свом *заснивању*“ је *процесуално* помоћно средство, а по свом дејству *материјално*, док је по њему и „према претпоставци и дејству чисто процесуално“, наводећи ради приказивања тога четири групе случајева (522/3).

рања права на одређену санкцију (*конститутивна* пресуда). У осталом тако је и у грађанском поступку, па ма пресуда била декларативна и била она „правилна“ или „неправилна“. Тачно је, да, како вели Reichsgericht, на који се *Rosenberg* позива, *суд* не *ствара* право, већ утврђује, шта је *по закону* право. Али то у ствари значи, да пресуда у *конкретном* случају ствара право, пошто је оно *дотле* било спорно, била она декларативна и била „неправилна“. У том *ширем* смислу т. зв. *материјална* теорија материјалне правне снаге и разуме израз *стварање* права, а не *искључиво* у конститутивном смислу.

Оно што једна и друга процесуална теорија наводи као суштину материјалне правне снаге је само *процесна* консеквенца њена, т. ј. дејства пресуде, да ствара право. Та процесна *консеквенца* материјалне правне снаге, т. ј. дејства *стварања* права (**позитивне** *функције* правне снаге) је немогућност, не *новог* процеса, дакле *поновљене* одлуке, већ **одступајуће** *одлуке* о истом питању (**негативна** *функција* правне снаге).[1]) У томе налази, као што се је видело, *прва процесна* теорија суштину материјалне правне снаге, док друга варијанта ове теорије (*Rosenfeld*-ова) иде даље и искључује могућност *сваке* нове расправе (процеса) и одлуке, што би у ствари била *негативна* функција правне снаге (консеквенца тужбе) у смислу *римског* процесног права, противно тврђењу *Rosenberg*-овом, који ипак хоће да нађе, као што је поменуто горе (в. 2 б 2⁰), неку разлику.

IV. У ствари принцип **ne bis in idem** се појављује као *консеквенца* принципа *правне снаге* само у колико су у питању *завршени* процеси. У колико су на име у питању *незавршени* процеси, из њега проистиче, да се о делу, по коме је процес заснован, не може нов заснивати, т.ј. да се не могу *истовремено* више процеса *водити* (по истом делу [изршењу]).[2]) Из тога пак излази, да принцип ne bis in idem премаша по обиму принцип правне снаге, те да се, посматран као целина,

[1]) Тако *Kleinfeller* 233 (под 1), в. горе 2 пр. 1.

[2]) Уп. *Birkmeyer* 681 (под IV 1 b „консумпција тужбе у подизању тужбе“).

а не у деловима, појављује као *самосталан* процесни принцип, који се као такав само укршта с принципом правне снаге (*укрштени* појмови).

V. Принцип *ne bis in idem* не допушта нов *кривични* процес, кад су у питању (не просто одређена „кривично-правна стања“ конкретног дела и извршиоца, за која је гоњење било везано, већ) исто *дело* и исти *извршилац* (подстрекач одн. помагач), т.ј. кад постоји *идентитет* дела и извршиоца, одн. у *грађанском* поступку иста *сторна ствар* против *истог лица* (туженика) *од истог лица*.[1])

1. а) 1⁰ У питању је у *кривичном* поступку *исто* **дело** (de eadem re agitur), кад је у новом процесу, дакле у новом јавно-правном захтеву у питању *исти* „историјски догађај“ („чињенично стање“), а без значаја је, што му је измењена *правна* квалификација (н. пр. као превара место као утаја, или нарочито као тешка крађа место као проста).[2]) Потребно је за неидентитет, да су измене дела такве, да се оно појављује као „*сасвим други* историјски догађај“.[3]) Идентитет извесног *дела* остао би према томе непромењен, ако би се у новој оптужби за то дело учиниле *фактичне* (стварне) модификације конкретног бића (као у погледу места, времена и средстава извршења), било издвајањем извесних чињеница, било додавањем у првој оптужби ненаведених нових чињеница, било изменом везе раније наведених чињеница, било навођењем нових доказних средстава.[4]) Чак је и последица радње по пресуди наступела без утицаја на идентитет дела (в. 3) као и (в. 2⁰) накнадно измењена виност за идентитет кривца.[5])

2⁰ **Извршилац** кривичног дела је пак *исти*, кад се у новом процесу *исто* лице („људска индивидуа“) појављује

[1]) Уп. *Birkmeyer* 683 (под 3: „претпоставке ne bis in idem су: да се због истог дела против истог извршиоца вишеструко хоће да процесира“), *Ullmann* 629/30, *Kleinfeller* 240 (под b).

[2]) Уп. *Birkmeyer* 684, *Ullmann* 629/30.

[3]) *Birkmeyer* 684.

[4]) Уп. *Birkmeyer* 684, *Ullmann* 629.

[5]) Уп. *Birkmeyer* 684, *Ullmann* 629 пр. 2.

као окривљеник, па ма и под новом правном квалификацијом, наступелом у следству измене било у основном елементу кривца (н. пр. као помагач место као саизвршилац) било у виности (н. пр. као убица с предумишљајем место умишљени као раније), било у објективним личним условима кривичне одговорности.[1]) Идентитет лица наравно не постоји, ако се отпочне нов поступак против другог лица (саизвршиоца или саучесника) због истог дела.[2])

2. У *грађанском* поступку је у питању *иста* спорна ствар (исти приватно-правни захтев), кад је у извесном процесу *захтев,* о коме се у њему треба да одлучи, *исти* као *захтев,* о коме је у ранијем процесу одлучено. За ову истоветност је потребно, да постоји: 1⁰ истоветност *чињеничног стања* (основе), 2⁰ истоветност процесних *субјеката* (изузев случај процесног наследништва) и 3⁰ истоветност предлога, тражења (petitum partis).[3]) Као пример за одсуство идентитета тражења, према томе спорне ствари наводи се случај, кад је у првом процесу било одлучено о ништавости тестамента у прилог законских наследника против тестаменталних наследника, а у другом процесу се тражи давање легата, или кад је предмет првог процеса био какав захтев изведен из извесног правног посла, а у другом се тај правни посао побија.[4])

3. Из горњег проистиче, да принцип правне снаге и ne bis in idem не могу бити условљени тиме, да ли је суд, који је раније судио, имао пуну слободу у том смислу, да није, како се каже, никаквим *стварним* или *правним* основом био

[1]) Уп. *Birkmeyer* 685.

[2]) Уп. *Birkmeyer* 685 (§ 97), *Ullmann* 630. — Умесно се од неких *(Planck* Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens 1857) не допушта суђење по истом делу *другом* лицу, кад је постојање права на казну против првог нужна претпоставка права на казну против другога, а први је ослобођен. То је случај онда, кад је „његов извршилац оглашен, да није учинио кривично дело". Но ово формулисање случаја је услед тадашње Бипартиције неодређено. С гледишта Трипартиције има се рећи, да се не може судити једном суделовачу, кад је други суделовач правноснажно ослобођен због тога, што је утврђено, да дело није кривично дело (н. пр. превара).

[3]) Уп. *Kleinfeller* 241 (под 3).

[4]) *Kleinfeller* 241 (под 3).

ометен у слободи оцењивања. Тако (стварна сметња) ако је неко осуђен за тешку телесну повреду, па је касније повређени услед те телесне повреде умро (§§ 178 ал. 2 и 179 ал. 2 к. з.), кривични поступак се ипак не би могао понова отпочети.[1]) Или (правна сметња), ако се је препрека састојала у томе, што је по једном од више казнених закона, под које дотично дело спада (идеални стицај), потребна приватна тужба, а она није била подигнута, већ се је гонило по другом закону, ex officio или обратно, не би се дотичном извршиоцу могло ипак поново да суди.[2])

VI. 1. *Одсуство правне снаге* (res iudicata) пресуде по делу је (негативна) *процесна претпоставка* (у свим поступцима, па и у мандатном).[3]) Кривично гоњење се не може према томе (као „консумовано" правно пресуђенем стварју) отпочети, и ако је отпочело и дошло је до претреса, оптужба се има (ex officio или по exceptio rei iudicatae) пресудом одбити (§ 276 к. с. п.), као што се у грађанском поступку приговор правоснажно пресуђене ствари може поднети још на првом (претходном) рочишту (§ 334 ал. 2 г. с. п.) и тужба на основу тога или по службеном узимању у обзир пресудом одбити.

2. На правноснажност пресуде суд се мора да обзире по *службеној* дужности (§§ 335 ал. 3 и 507 ал. 2 г. с. п.).[4]) Правна снага је дакле институт *јавног* права.[5]) Њу морају узимати у обзир с в и државни органи, кад пред њих дође правноснажно одлучено, а не само *цивилне* судије. Кривични

[1]) Уп. *Birkmeyer* 684, *Ullmann* 629 пр. 2.

[2]) Уп. *v. Kries* 595, *Birkmeyer* 680 под а (једно од дејства „консумирајуће снаге правноснажне пресуде" је „искључење предузимања кривичног гоњења од стране државног тужиоштва у приватно-тужбеном поступку, чим је овај једном закључен правноснажном пресудом"). Неодређено *Ullmann* 630.

[3]) Уп. *v. Kries* 465 (под 8: „у истој ствари донета правноснажна пресуда противи се новом поступку"), *Ullmann* 263 (под II f: „негативна процесна претпоставка" је и да казнена тужба није „консумована са res iudicata"), *Rosenberg* 521 под b [в. и горе III b 2⁰]).

[4]) Уп. за кривични поступак *Gerland* 436 (под b [„по службеној дужности се има узимати у обзир]).

[5]) Уп. *Rosenberg* 523 (под b).

суд међутим не везује правноснажна цивилна пресуда (§ 4 ал. 2 к. с. п.).

а) Одсуство правноснажности пресуђене ствари је према томе *апсолутна* процесна претпоставка, т. ј. независна од тога, да ли ће се некоја странка на њу изрично позвати или ње одрећи, од воље *странака* дакле. Страначко одрицање правне снаге и у опште уговарање о њој је на тај начин без вредности, тако да правноснажна пресуда задржава, како се каже, „своје важење вечито“ (изузев случај повраћаја у пређашње стање и ако наравно странке у цивилном пуступку спорну ствар, у колико она подлежи њиховом располагању, друкчије не регулишу и поред правноснажне пресуде о истој [чиме оне не раде contra rem iudicatam]).[1][2]) То одговара циљу установе правне снаге, стварању процесом правне извесности у јавном интересу.[3]) Апсолутна правна снаге је (под утицајем *v. Bülow*-љевим) опште призната (насупрот ранијим схватањима).[4])

б) Из службене *обвезаности* суда, да *истражује,* да ли ствар није већ правноснажно пресуђена, проистиче, да је дејство правне снаге у погледу важења нове пресуде *апсолутно,* т. ј. да је пресуда *ништавна.*[5]) По једном мишљењу (заступљеном у нем. г. с. п., § 579) дејство правне снаге треба да је апсолутно за *знајућег* судију, а *релативно* према *незнајућем* судији, тако да у овоме случају нова пресуда in aedem re није ништавна, већ да она ранију пресуду потискује и да може бити одстрањена само реституционом тужбом.[6]) Пресуда „незнајућег судије“ постоји, кад је нова пресуда до-

[1]) Уп. *Rosenberg* 532 под b (наводећи, за цивилни поступак, да странке могу уговорити, да правноснажна одлука о једној тражбини важи и за неку другу нетужену тражбину [чиме се, вели, не врши преношење дејства правне снаге, проширење ове, већ се само *садржајно* та тражбина утврђује, уговором, поравнањем, о чијем закључењу и дејству се може путем процеса водити спор и пресуда донети]).

[2]) Уп. *Kleinfeller* 240 (под b), *Rosenberg* 523 (под b [који с обзиром на *апсолутну* природу правне снаге налази, да није основано говорити о *приговору* правне снаге]).

[3]) Уп. *Kleinfeller* 240 (под b).

[4]) Уп. *Rosenberg* 523 (под b).

[5]) Уп. *Gerland* 436 (под b).

[6]) *Kleinfeller* 240 (под b).

нета „у следству незнања судијиног о постојању раније пресуде или његове заблуде о значају правне снаге или о једнакости спорне ствари.“[1])

Ово се означава као *средње* схватање (средњи пут). Оно се заснива на томе, што се обавезно судско узимање у обзир правне снаге раније пресуде тумачи тако, да суд мора само да узме у обзир по службеној дужности правну снагу раније пресуде и онда, ако се странке на њу не позивају, а не у том смислу да судија мора по службеној дужности да „*истражује* постојање правноснажне пресуде“.[2]) Из овога схватања *Kleinfeller* изводи против теорије „правозаштитиог захтева“ *(1* § 6 II 3 a 2⁰) доказ, „да објективно право не познаје никакав *правозаштитни захтев*“, јер кад би овога било, он би био „апсорбован правном снагом“ безусловно, пошто држава „не може зајемчити захтев на двоструко гоњење за истим правом“.

VII. *Дејство* правне снаге је само на *првом* месту за и против *странака*, а не *искључиво* у погледу њих, као што би то изашло из римске формуле rès iudicata ius facit inter *partes.*[3]) Речено је већ (VI 2), да правна снага обвезује сваки суд, који би имао да одлучује о истој ствари или о допустимости правног лека, и сваку другу државну власт, а преко њих саму државу. У грађанским стварима пак дејство правне снаге иде у одређеним случајевима и за и против и *других* лица ван странака и државних органа (општих [наследника] и посебних последника, који су као такви ступили у правне односе, кад је спорна ствар дошла пред суд, као и против других лица у одређеном случају по ком основу грађанско-правном или процесуалном или и једном и другом), а у неколико случајева она дејствује, слично законским прописима, чак према *сваком* (н. пр. пресуда по тужби за развод или поништај брака или за утврђење постојања или непостојања брака).[4])

[1]) *Kleinfeller* 240/1.

[2]) *Kleinfeller* 241 (под 1).

[3]) *Kleinfeller* 242 (под VI).

[4]) В. *Kleinfeller* 242 и сл. (под 1—5).

Из реченог излази, да у *нормативном* погледу принцип res iudicata ius facit не значи, да је пресуда *извор* права сличан *закону,* да је она, као што је тврдио *v. Bülow,*[1]) један lex speciaiis, пошто свака пресуда не дејствује према *свима.* Овај принцип изражава само то, да правноснажна пресуда садржи једну *обвезу,* заповест, а не и то, за које се све лица у њој нешто наређује.[2]) Правна снага дејствује по правилу само између странака (оставив на страну суд и друге органе власти), није дакле нешто апстрактно, генерално као законска снага, већ конкретно, индивидуално.[3]) *v. Bülow* је за своје изједначавање пресуде са законом наводио као разлог, да је закон само нешто „неготово", „план" или „пројекат" „будућег жељеног правног поретка", који тек судија ствара својом пресудом постављањем у њој норме, која важи за поједини случај. Но из овога би произашло, као што се је приметило од неких, да *постанак* објективног и субјективног права зависи од *исхода* поступка, у колико се пресуди не прида повратна снага, та да на тај начин суд мора да одлучује и странке да делају без права.[4])

[1]) Gesetz und Richteramt 1885.

[2]) Уп. *Kleinfeller* 242 (под VI).

[3]) Уп. *Rosenberg* 517 (под II).

[4]) Уп. *Rosenberg* 517 (под II).

ГЛАВА II

СУД

§ 14. Појам суда.

I. *Суд* у опште је социјални организам за вршење правосуђа.[1]) У савременом праву судови су само *државне* (или самоуправне) установе. Суд је дакле у савременом праву *државин орган,* који јој служи за вршење *правосуђа.*[2]) Израз суд има два смисла: *државно-правни* или *административни* (или „организаторски") и *процесни* или суд као *изричућа* власт.

1. *Суд* у **државно-***правном* (административном) смислу је суд посматран као правна *целина,* а то је државно (или самоуправно) *надлештво* (власт, завод, установа, тело), *у коме се врши правосуђе* (в. III 1а и 2 о појму и садржини правосуђа).[3]) Суд у том смислу, дакле као једно државно надлештво по-

[1]) Уп. *Rosenberg* § 19 (пред I).

[2]) Уп. *Kleinfeller* § 16 (под I).

[3]) Уп. *Birkmeyer* 154 (под 1 [„у државно-правном смислу"]), *Kleinfeller* § 16 (пред I [и II]: „у административном" или *„организаторском"* смислу [дефинишући „судове" у том смислу чисто персонално: као „више лица обухватајуће установе, из којих се образују судови у *процесном* смислу, тако да се ови појављују као одељење оних"]), *Hellwig 2* § 74 I (имајући у виду само судије [„завод" као „пленум свих припадајућих му судија"]), *Rosénberg* § 39 под 1 (означујући, као и претходни, овај смисао суда као његов „административни" или *„организаторски"* смисао, вели, да је суд у том смислу „судски завод", суд „као целина", а то је „административно тело, у коме суд као изричућа власт [Spruchbehörde] сачињава једно одељење").

јављује се у *личном* погледу као скуп свих (као јединство) лица, која улазе у састав тога надлештва (власти), вршила она функцију правосуђа (судије) или не (као помоћно особље), цело *судско тело* дакле.[1]) Свако такво надлештво има[2]) одређену област, зграду, претседника одн. старешину, известан број судија и судског особља, писарницу, благајну (рачуноводство) и при себи, обично, државно тужиоштво и затвор. Суд као *надлештво* не врши правосуђе (ни спорно ни ванспорно), већ судску *администрацију* (н. пр. давање мишљења [§§ 25, 38 и 48 з. о ур. ред. суд.]), а правосуђе се, као што се види из дефиниције, *у њему* само врши.[3])

У *државно* правном (административном) смислу је употребљен израз „суд" н. пр. у §§ 4, 8 и 18 з. о ур. ред. суд. и §§ 7 и 488 к. с. п. и §§ 34 и 36 г. с. п.

2. *Суд* у **процесном** (или *процесно*-правном)[4]) смислу (као процесни субјекат) или као[5]) *изричућа власт* је суд као *у процесу делајућа власт*, а то је *оделење суда* (веће [колегијални суд] или *једно* лице [судија појединац]), које је позвано, да *правосуђе*, поверено суду као *надлештву* (дакле суду у *административном* смислу обавља у појединим случајевима.[6]) Суд у овом смислу) појављује се у *личном* погледу као скуп *лица* (веће) одн. *лице* (судија појединац), чија је функција *вршење правосуђа* у појединим случају.[7]) Сачињавају га дакле *судије*, док суд у *државно-правном* смислу обухвата (в. 1) и судску *писарницу* и *државно тужиоштво* (које је

[1]) Уп. *Birkmeyer* 154 под 1.

[2]) Уп. *Rosenberg* § 19 I 1.

[3]) Уп. *Rosenberg* § 19 I 1, *Hellwig 2* § 74 I.

[4]) Тако *Birkmeyer* 154 (род 2).

[5]) В. *Rosenberg* § 19 под I 2 (Spuchbehörde или erkennendes Gericht [в. за ове називе VIII 2 пр]).

[6]) Уп. *Birkmeyer* 154 (под 2 [слично]), *Rosenberg* § 19 I 2 („као изричућа власт [Spruchbehörde]" или, како још вели, у „процесном смислу" суд је „оделење судског завода [Gerichtsanstalt]), *Kleinfeller* 53 под I („у процесном смислу" суд је „за вршење судбености [Gerichtsbarkeit, вели као претходни, док *Birkmeyer:* правосуђе Rechtspflege] позван, за овај циљ делајући орган [закључујући или изричући суд]"), *Hellwig 2* § 74 I.

[7]) Уп. *Birkmeyer* 154 (под 2).

ипак засебна, судско-управна установа).[1]) Суд у *процесном* смислу је веће окружног, апелационог или касационог суда, судија појединац код окружног суда (или окружни суд као инокосни суд) и сресни судија (§ 8 ал. 2 к. с. п.) као судија појединац (као извиђајни судија, судија за млађе малолетнике, судија појединац [сресни суд инокосни суд]).[2])

а) Свако такво оделење суда као надлештва *представља* у **процесу** *делајући* (сресни, окружни, апелациони одн. касациони) суд, није дакле *орган* суда као **надлештва** (које као да би по себи било позвано да суди, па га из њега образовани одбор заступа).[3])

б) Кад има *више* већа одн. судија појединаца, они се не појављују сваки као *различити* суд, већ сваки представља један и *исти* суд, који се тако појављује као умногустручен.[4])

в) У овом смислу се разуме израз *суд* у законима, где год је у питању *процесна* делатност, пошто *цело* судско тело (надлештво) не дела у процесу као *такво*, већ у својим већима или преко судије појединца (н. пр. §§ 6 и 7 з. о ур. ред. суд. и [у ком смислу је ту скоро искључиво и употребљен] у к. с. п. и г. с. п. [§§ 224 и 225 к. с. п. и §§ 282 и 371 г. с. п.]). То важи за израз *суд*, где год се у закону каже „претседник суда" или „већа" (н. пр. §§ 85 и 212 ал. 2 к. с. п. и §§ 319 и 334 г. с. п.) или просто „претседник" (н. пр. § 204 к. с. п. и 361 г. с. п.), и у том смислу су ови изрази у к. с. п. и г. с. п. (за разлику од з. о ур. ред. суд.)

[1]) Уп. *Kleinfeller* 54 (под II).

[2]) Уп. *Kleinfellnr* 54 (под II).

[3]) Уп. *Hellwig* 56 под I. *Birkmeyer* (155, под 3) узима, да свако поједино судско оделење *„репрезентира* својом делатношћу судско тело, коме припада" (scil. суд у *„државно*-правном смислу"), „као што обратно, вели, судска тела додељену им надлежност могу остваривати само својим судским оделењима." У тој *репрезентацији* он налази узрок томе, што два разна појма суда у закону већином прелазе један у други. Његово схватање, као да судска оделења репрезентирају суд у *административном* смислу потиче отуда, што он у дефиницију суда у (како он каже) државно-правном смислу уноси, као да је суд у том смислу власт, која има за функцију вршење правосуђа, место да каже, да је то власт, у којој се врши правосуђе.

[4]) Уп. *Hellwig* 56 (под I).

искључиво и употребљени.[1]) Тако се ту има да разуме израз „суд“ (одн. „претседник суда“ и т. д.) и у случају сумње.[2]) У к. с. п. и г. с. п. израз суд у наведеном смислу се односи било на суд, који се *већ бави* кривичном одн. грађанском стварју или у њој суделује (н. пр. §§ 98 и 99 к. с. п., § 201 г. с. п.), било на суд, који се је њоме *раније бавио* (н. пр. §§ 339 и 99 к. с. п., § 159 г. с. п.), било на суд, који је у појединoм случају надлежан, али се стварју *још није* бавио (н. пр. § 16 к. с. п., § 321 г. с. п.).[3])

II. Судови у *процесном* смислу, као *процесни субјекти* дакле (в. I 2) имају за функцију вршење *правосуђа*, изрицање права, правде (iuris dictio, jurisdiction [термин, који у француском праву означава[4]) и сам судски орган], Rechtspflege, Rechtssprechung]). Та функција је њихова д у ж н о с т као и[5]) *право* (но в. III 1).

По једном мишљењу *(Kleinfeller)* сам суд, који суди, није *носилац* права вршења правосуђа и дужности с тиме скопчаних, јер суд није, вели се, правно лице. Носилац је тога права *судија*, који суди, а ако суди веће (колегијум), опет је не веће, већ сваки поједини *члан* већа носилац тог права, а само је ово њихово право ограничено тиме, што сваки поједини члан може пуноважно делати једино у садејству с другим члановима. И за надлежност се у том смислу каже, да није „ни овлашћење, ни скуп права и дужности, чији би носилац био *суд*“.[6])

Владајуће умесно мишљење[7]) је, да је, као што је горе речено, носилац права вршења правосуђа сам *суд*, а не судеће судије. Судови заиста нису, вели се *(Hellwig)*, правна лица (с особеном правном способношћу), пошто су они само државни органи за вршење правосуђа, али су судска над-

[1]) Уп. *Rosenberg* § 19 I 2, *Birkmeyer* 155 (под 2).
[2]) Уп. *Birkmeyer* 155 (под 3).
[3]) Уп. *Kleinfeller* 54 (под I).
[4]) *Garraud 2* n. 500 и сл.
[5]) Уп. *Birkmeyer* 163 (под 1 [„право и дужност“]), *Gerland 1* 6 I 1 a.
[6]) *Kleinfeller* 16 III.
[7]) *Hellwig* (2 56 под II) га изрично заступа и образложава. Прећутно *Birkmeyer* 162 (под 2), *Gerland* 41 (под 1 b), *Rosenberg* § 10 I 2.

лештва ипак с *јавно*-правног гледишта самостална (јавно-) правна личност (публицистичка правна личност), која је, као трајна државна институција, у име државе (в. ниже [*изведена* судска власт]) носилац права (власти) вршења правосуђа.[1]) Поједине судије се могу мењати, па и сви отпасти или бити спречени, али суд и тада остаје, као што вели *Hellwig*, „као власт исти“.[2]) Да је сам суд носилац власти суђења, излази из тога, што *субјекат* процесно-правног односа, *процесни* субјекат може бити наравно само *суд (судећи*, т. ј. суд у *процесном* смислу), а не судија или судије, које сачињавају веће.[3])

1. Поједини чланови *колегијума* (већа) су с претседавајућим само *органи* суда, и то подоргани и споредни органи, као што су органи суда и чланови судског *особља*, споредни органи суда. Главни органи суда су *веће* и судија *појединац*, и они су представници (репрезентанти) суда и у том својству *непосредно* суд *заступају*.[4])

2. У случају *замене* („заступништва“) једног судије другим због спречености (§§ 9, 19, 37 и 45 з. о ур. ред. суд. [према којима се при годишњој расподели судија на послове у исто време одређује свакоме судији, „ко ће га замењивати у случају спречености“]) судија *заменик* се не појављује као *заступник* замењеног судије, јер он не врши права *овога*, не ступа по његовој *вољи*, већ по законском основу спречености, нити дела у његово *име* (а то се види и из тога, што је замена могућа и у случају смрти, премештаја и из других основа).[5]) Судија *заменик* је просто орган суда, и то, ако је судија појединац, он је главни и једини орган инокосног суда и његов *(ванредни)* представник и заступник, а ако је члан већа, он сачињава место спреченог с осталим судијама веће, које је главни орган и непосредни заступник суда (в.1), и

[1]) В. *Kleinfeller* 56/57 (под I).
[2]) 256 под II.
[3]) Уп. *Hellwig* 2 57.
[4]) Уп. о овоме *Hellwig* 57.
[5]) В. о томе *Kleinfeller* 57.

појављује се заједно с њима као *споредни* орган суда.[1]) Ако се судија заменик ипак назове *заступником* замењеног, то може бити само у том смислу, да се назначи, да је његов положај *привремен,* пошто престаје, чим спречени може поново да суделује у правосуђу или чим нов на место спреченог буде одређен.[2])

3. У новије време се предлаже (и XI Међународни конгрес за казнене заводе и кривично право 1935 и IV. Међунуродни конгрес за кривично право 1937), да се судовима да извесна функција и *после* правноснажне пресуде у *извршењу* казни и мера безбедности *лишења* слободе. Та би функција била *надзор* над извршењем ових санкција, који би (по владајућем мишљењу) вршио одређени судија, т. зв. *надзорни* судија (le juge de surveillance [која установа већ постоји у итал. к. з., чл. 144]).[3]) Ова функција судова не спада у судску *администрацију,* пошто није административне природе, већ у функције суда у *процесном* смислу, као *допуна* његове редовне *процесне* функције.

III. 1. Судови врше (в. II) функцију правосуђа, пошто место *државе* као фиктивне личности мора да дела неки њен орган, а државни поглавар је у (физичкој и стручној) немогућности, да сам обавља ову суверену државну функцију.[4]) Иначе наравно *право* (и дужност)[5]) вршења правосуђа (iurisdictio [jurisdiction, Rechtspflege или Rechtssprechung]) непосредно припада држави. Она има то право не само у *кривичним* стварима, где је она носилац права на казну, већ и у грађанским,[1]) јер правни поредак ствара њена воља и његово одржање је претпоставка њене егзистенције. На основу тога се разликује између *оригинерног* (изворног) права вршења правосуђа *(оригинерне* или *врховне* јурисдикције [правосуђа], iurisdictio sublimis или generalis), које припада само држави,[2]) и *дериватívног* (изведеног, пренесеног [iurisdictio derivata или iudicialis]), које припада судовима и који га врше „по налогу и у име државе".[3])

а) *Право вршења правосуђа* (de la juridiction, der Rechtspflege), изрицања права (iuris dictionis, der Rechtssprechung) или правде (de la justice) се означава у немачкој књижевности особеним називом, на име изразом *Gerichtsbarkeit,* коме би одговарао израз *судбеност (судственост,* судност, суђе). *Судбеност* (судственост) се дефинише као „*право* и *дужност* вршења *правосуђа.*" Под правосуђем (Rechtspflege) и према томе и под судбеношћу (Gerichtsbarkeit) се има разумети (в. и 2) поред функције *изрицања* права или **процесног** *(правог,* у *ужем* смислу) *правосуђа* (у грађанском поступку поред парничног и ванпарничног процесног правосуђа) још и *судска* **административна** (в. 2 за њена два састојка) функција.[4]) Извесни писци израз *правосуђе* (Rechtspflege) сматрају међутим као синоним израза *судбеност* (Gerichtsbarkeit

[1]) В. *Kleinfeller* ibid.

[2]) В. *Kleinfeller* ibid.

[3]) В. о овоме ближе Основи Кривичног права, Општи део 2 § 93 III 2.

[4]) Уп. *Birkmeyer* (162, под 2) за ово мотивисање преноса јурисдикције на суд (против *Glaser*-а [*I* 14, под 3 и 4), који с кривично-процесног гледишта износи као разлог то, што ни за окривљеника ни за државу није равнодушно, да ли пресуда „наводи тачно или нетачно основ, због којега је некоме наметнута казна затвора", те се држава мора „одрећи тога, да своје право кажњења слично другим јавно-правним овлашћењима врши по сопственом одмеравању, да *сама себи* узима право", већ мора оставити „од ње независном учињеној судској власти" вршење овога права и ставити је у положај, да између ње и окривљеника донесе непартајичну одлуку").

[5]) Уп. *Birkmeyer* 162 (под 2).

[1]) Уп. *Kleinfeller* § 13 под I (који узима, да је вршење правосуђа само право, а не и дужност државе, пошто је, вели, одржање правног поретка, који је „садржина државне воље", „услов постојања за државу", „претпоставка њеног самоодржања, дакле *нужност,* никаква *дужност*".

[2]) Ово право је некад поред државе имала католичка црква и у *световним* стварима. В. *Birkmeyer* 165 под а (све до з. о ур. суд. од 27. јануара, 1877 оригинерно право вршења правосуђа цркви признато у *световним* стварима остало је у извесним немачким покрајинским државама у *грађанским* стварима с пуноважним „грађанским" дејством пресуде), *Kleinfeller* § 15 I 1 (напомињујући, да је црквеним судовима од њиховог средњевековног права у грађанским стварима од појачања државне власти било одавно пре поменутог закона остала само надлежност у стварима брака и заручења).

[3]) Уп. *Birkmeyer* 165 (под 2), *Graf zu Dohna* 41 (под 1 b).

[4]) Тако *Birkmeyer* 162 под 1 („право и дужност вршења правосуђа и то особито изрицањем права" [durch Rechtsprechung]), *Gerland* 16 I b, *Rosenberg* § 10 I (die Gerichtsbarkeit је „на остварење правног поретка управљена државна делатност и један део *егзекутиве,* која се треба да издваја од законодавства"), *Kleinfeller* § 13 I.

[в. горе I 2 пр. 6]),[1]) а то је у опште случај у француској књижевности, тако да правосуђе, la juridiction, т. ј. вршење правосуђа *прећутно* у себи садржи своје обележје *права* како је и пре 19. века (и у римском праву) схватан латински израз iurisdictio (iurisdictio est ius dicendi [dicentis] officium).[2])

б) Пошто у *савременом* праву само *држава* (не и црква) има *оригинерно* право вршења правосуђа, *деривативо* право вршења правосуђа је данас искључиво *непосредно* од *државе* изведено. У старом праву (и римском), а у Немачкој све до поменутог з. о ур. суд. од 1877, постојало је међутим и *посредно* од државе изведено право вршења правосуђа. То је било т. зв. *патримонијално* (iurisdictio patrimonialis или realis) или *приватно* правосуђе (или судственост [Privatgerichtsbarkeit]), насупрот *службеном* правосуђу (Amtsgerichtsbarkeit, iurisdictio officialis или personalis), т. ј. од државе пренетом на *њене* сопствене судове. *Патримонијално* правосуђе је од државе, по *приватно-правном* основу, као *право* (не просто ради вршења) пренето правосуђе на *господара имања* (iurisdictio patrimonialis[3]) у ужем смислу) или на *сталешког* господара или на *градове* и *корпорације* (нарочито универзитете) и *од ових* ради вршења истога на судове. Укидање овог правосуђа је било последица новог схватања о једнакости грађана пред државом, јер та једнакост захтева, да државној власти сваки буде непосредно потчињен, а не посредством приватног овлашћења једног другог грађанина.[4])

2. Али ако је *држава* пренела власт вршења правосуђа (или [в. 1а] судбеност) на *судове,* ипак је се није могла лишити потпуно. Неко мора на име да створи *стварне услове* за изрицање правде.[5]) То је *први* (почетни) задатак (функција)

[1]) В. о томе и *Rosenberg* § 10 I 1 (мешање појмова Gerichtsbarkeit и Rechtspflege у процесном смислу).

[2]) L. 1 (10, 14, 18, 20) D. 2, 1 (de jurisdictione). — Уп. *Birkmeyer* 162 (под 1).

[3]) Звано тако с обзиром на приходе, које је од тога он имао, те је спадало у његова имовинска права.

[4]) В. о патримонијалном судству *Birkmeyer* 165/6 (под b), *Kleinfeller* § 15 I 1.

[5]) Уп. *Rosenberg* § 10 I, *Birkmeyer* 162 (под 3).

правосуђа (Rechtspflege), или, како се још каже (в. 1), судбености (Gerichtsbarkeit). Обављати га може само неко трећи, *држава,* а не сам суд, т. ј. биће које се има да створи и одржава. У тај задатак спада стварање и уређење судова, постављање судија и судског особља, регулисање пословног реда судова, одржавање и надзор (контрола) судова, судија и судског особља. Функција вршења тих права и дужности назива се *управом судством* (Justizverwaltung).[1]) Држава је на тај начин пренела на судове само *други* задатак (другу функцију) *правосуђа,* на име *процесну* функцију, т. ј. вршење правосуђа у конкретном случају, изрицање правде (Rechtssprechung), *правосуђе* у **правом** (ужем) смислу, насупрот претходном, т.ј. управи судством (преко министарства правде) или *правосуђу* у **неправом** смислу.[2]) Судска *администрација* појединих *судова* као *надлештава* (т. ј. судова у [в. 1] у *административном* смислу) спада такође у правосуђе у *неправом* смислу. На тај начин је први главни састојак правосуђа у *неправом* смислу управа *судством* (надлежност министарства правде [§§ 96 и сл. з. о ур. ред. суд.]), а други *судска* управа (надлежност администрације самих судова као надлештава).

§ 15. Системи унитета и дуалитета судства.

I. За однос између *кривичног* и *грађанског* судства могућа су два система: *систем* **унитета** оба *судства* и *систем* **дуалитета** или диференцијације истих. Систем (принцип) *унитета* значи *истоветност особља* (персонала [scil. судија]) за суђење у кривичним и грађанским

[1]) Уп. *Birkmeyer* 163 под I, *Rosenberg* § 10 I, *Gerland* § 16 I 2 a.

[2]) Уп. *Gerland* § 16 I 1 b (који такође означава „функције из другог задатка судбености" као „*праве* функције правосуђа"), *Birkmeyer* 162 (под 1). *Rosenberg* (§ 10 I 2) назива прву врсту „судствености", правосуђа судбеношћу (Gerichtsbarkeit) у „*ужем* смислу" или у „*субјективном* смислу" (која се, вели, назива и Justiz, Rechtspflege, Gerichtsgewalt, richterliche Gewalt), а другу, неправу, *судском управом* (Justizverwaltung [звана, вели, и Justizhoheit и Gerichtsherrilichkeit]), док *Kleinfeller* (§ 13 1) назива прву обратно судбеношћу (Gerichtsbarkeit) „у објективном смислу", а другу судбеношћу у „субјективном смислу" (или Justizhoheit).

стварима и *истоветност* начина његове организације.[1]) Према систему *дуалитета* пак треба да постоји *засебно,* искључиво за *кривичне* и искључиво за *грађанске* ствари *именовано* судско *особље* с особеном одговарајућом организацијом, евентуално и са засебним судским *надлештвима.*

1. У старом процесном праву владао је систем *унитета.* На крају 18. века било је предлога за увођење система *дуалитета.* У следству тога је законодавство француске уставотворне скупштине (1789) створило *засебне* судове за кривично правосуђе, и тако је остало до новог француског законодавства (к. с. п. од 1808).[2]) У савременом праву влада систем *унитета* са извесним изузецима. Тако у Енглеској постоје (у неким градовима) особени полицијски судови за лака кривична дела. У неким државама постоје за најтежа кривична дела поротни судови, а у Енглеској и за грађанске ствари. За суђење војним лицима по кривичним стварима (злочинствима и преступима) постоје свуда особени, војни судови. У неким земљама има особених кривичних судова за заштиту државе.

2. По данас владајућем систему *унитета* судства при сваком судском надлештву се дакле именују судије за дотични суд *у опште.* Но крајем сваке године се врши нова *расподела* судија, те тако судије не морају остати стално на истом послу, већ се сваке године могу мењати (§§ 9, 19, 36, 37 и 45 з. о ур. ред. суд.). Сем тога могуће је при среским, окружним и апелационим судовима, да исти судија одн. судије једног оделења (већа) раде и по кривичним и по грађанским предметима (изузев по к. с. п. судију појединца при окружним судовима, који је надлежан искључиво за *кривичне* предмете). Само се Касациони суд мора делити (§ 45 з. о ур. ред. суд.) у засебно кривично и засебно грађанско оделење, али се у тим оделењима могу судије мењати сваке године (и поред одредбе §§ 37 и 45 пом. з., да се при расподели судија узима у обзир „стручна спрема").

[1]) Уп. *Garraud 2* п. 501 и сл.
[2]) Уп. *Garraud* п. 501 и сл.

II. Систем *унитета* се неповољно оцењује, нарочито од кривичних процесуалиста (још у старој књижевности). Видело се је, да су противници његови имали крајем 18. века успеха, али само привремено и у једној земљи у ванредним приликама. Против њега се наводи, да се он заснива на „нетачном гледању на улогу судија, која је различна у процесу кривичном и у процесу грађанском."[1])

1. Пре недавне појаве *Криминологије* с њеним разним дисциплинама критика се је могла заснивати само на чисто правним разматрањима. Постоје на име значајне *правне* разлике између кривичног и грађанског поступка.

Између кривичног и грађанског процеса постоји пре свега дубока разлика у *особености* њихових *објеката* (кривичног и грађанског захтева). У кривичном процесу се захтева *казна* (касније, по појави мере безбедности и ова), дакле једно зло, и то од стране *државе* као *јавно*-правног, сувереног бића, док је у грађанском у питању једно *приватно*-правно тражење (захтевање отклањања цивилног неправа, изрицање оштете или неке друге санкције) у корист приватног лица, или (неспорно судство) захтев просто предохране приватног лица од цивилног неправа (в. *1* § 3 VI). Но ово је само *формално*-правна разлика. Главна и за питање, о коме је реч, меродавна *јуристичка* разлика између два поступка је особеност *основа* захтева у једном и другом. У *кривичном* су тај основ кривично дело и кривац, дакле потпуно *особене* појаве у правном свету, битно различне од основа захтева у *грађанском* поступку. У *грађанском* поступку се код *спорног* поступка истина претпоставља такође (в. *1* § 3 VI 1) постојање једног *неправа* (стварно постојећег или за које тужилац тврди де постоји), али је ту главно оно *право,* на које се напада (стварно, облигационо и т. д.), а не сама деликтна акција уперена против њега, и још мање *делинквент.*[2])

[1]) *Garraud 2* п. 504.
[2]) В. о приватним деликтима *Б. Благојевић* Посебни део облигационог права (1938) 269 и сл.

Из наведене две чисто јуристичке разлике између два поступка проистиче различност *стручне спреме* потребне за судију у кривичном и грађанском поступку. Првоме је потребно добро познавање кривичног, другоме грађанског права, а тешко је очекивати од просечног судије темељно владање једном и другом граном права, како због обимности дотичних законодавстава и правних наука, тако и с обзиром на то, што се тешко сусрећу истовремено *диспозиције* за ове две тако дубоко различне правне дисциплине. Сем тога треба имати на уму посебице за *кривични* поступак потребу *психолошког* знања и искуства за правилну оцену психолошких елемената *кривца*. Кривичном судији је дакле нужно поред *чисто правног* и *психолошко* знање и искуство, док је у грађанском поступку без значаја психолошка страна пасивног субјекта (изузев у неколико код *вануговорних* деликата).

2. Свему горњем придружује се у новије време други, значајнији аргуменат за потребу издвајања *кривичног* правосуђа од *грађанског*. Савремено кривично право се на име ради утврђења истине не задовољава с утврђењем чисто формалних психолошких елемента кривца (умишљај, нехат ит.д.). Улази се напротив у његову *душу*, као извор *криминалитета*, и с тиме и у целокупну његову *физио-биолошку* структуру. Због тога су се појавиле различне *криминолошке науке* уз *Кривично право* (Криминална психологија, психијатрија и т. д.). Сем тога се улази у испитивање везе *социјалне* средине и криминалитета (Криминална социологија, етнологија, антропогеографија). Постављају се даље и *педагошки* проблеми за васпитавање и поправљање осуђеника (Криминална педагогија). За циљеве истраге посебице се појављују *техничка* и *тактичка* питања (Криминална техника, тактика и хемија). Улажење у све ове проблеме захтева наравно напоран рад, а без тога, без те **специјализације** за *кривично* правосуђе, данас се не може замислити прави *кривични* судија, истраживалац истине у кривичном правосуђу. Данас се појављује према томе као неизбежна потреба *издвајање* кривичног судства од грађанског, тако да се судије именују само за *кривичне* или само за грађанске ствари,

па чак и издвајање самих судских *надлештава*, кривичних и грађанских. Другим речима појављује се данас као нужно, да се примени систем **дуалитета** или диференцијације (или функционалне *специјализације*) и тако **деконцентрације** кривичног и грађанског правосуђа. Апсолутна пак претпоставка за то је *(функционална* и *стручна)* **специјализација** *кривичног* судије. У том смислу се је изјаснио и I. Међународни конгрес за Криминологију у Риму 1938 у резолуцији по питању „Улога судије у борби против криминалитета и његова криминолошка спрема".[2])

§ 16. Монократски и колегијални систем уређења процесних судова.

I. *Суд* се (у *процесном* смислу) може састојати из *једног* судије, т. зв. судија *појединац* (инокосни) или из више, т. зв. *колегијални* суд (судијски колегијум). Постоје дакле *два* система уређења *судова:* **монократски** *(бирократски), унитета* судијског или појединачно-судијски и **колегијални**.[2])

1. У прилог првог система се наводи као његово преимућство над колегијалним већа *брзина* поступка, пошто при њему многе процесне формалности отпадају. Затим се упућује и на то, да овај систем пружа већу гарантију за *правилност* оцене ствари и одлуке. Будући на име да судија сам води процес, његова је одговорност за правилност одлуке јача но код колегијалног судије, те се у њему ствара јаче *осећање* судске процесне одговорности, а то га наводи на крајње напрезање способности и појачава снагу одлучивања.[3]) С гледишта кривичног поступка разлог брзине поступка је

[1]) Предложено је оснивање постуниверзитетских криминолошких курсева поред курсева на криминолошким институтима универзитетским (а било је предлога и за оснивање криминалистичких академија или чак факултета). В. о томе ниже § 17 II и наш рад „Улога судије..." под I-IV *(стручна* специјализација кривичног судије) и V (његова *функционална* специјализација).

[2]) Уп. *Glasson 1* n. 34, *Birkmeyer* 210 (под I), *Kleinfeller* § 16 I, *Rosenberg* 53 (§ 19).

[3]) Уп. *Birkmeyer* 210 (под 1), *Kleinfeller, Rosenberg* 1. c.

нарочито важан, пошто је *дејство* казне све јаче, у колико брже следује делу.[1]) Као преимућство *монократског* система над колегијалним се наводи и то, што он омогућава оснивање више судова у земљи но колегијални и тако скраћивање одстојања странака од суда, што је од материјалног значаја за народ и повећава непосредност поступка.[2])

2. У прилог пак *колегијалног* система наводи се као преимућство *темељније улажење* у ствар при таквом саставу суда. Он даје на име прилике за узајамно допуњавање и исправљање и отклањање пренагљеног одлучивања, те тако омогућује већу правилност одлука, пошто три или пет судија више запазе („више виде и чују") и имају већи обим знања и искуства но један судија.[3]) Сем тога се узима умесно, да примена система *слободне* судијске оцене доказа захтева за заштиту странака од самовољне субјективне оцене истих (против чега је давао извесну гарантију стари систем *доказних правила*), да је суд колегијално састављен, пошто се више судија узајамно контролишу.[4]) Посебице с гледишта *кривичног* поступка се у прилог *колегијалног* система наводи и то преимућство, да судски колегијум због узајамног контролисања својих чланова улива више поверења окривљенику у његову непристрасност но судија појединац као самодоносилац одлуке.[5]) Примећује се с кривично-процесног гледишта и то, да *инквизиторском* поступку само *монократски* систем одговара, док је природи *акузуторског* поступка врло подесан и *колегијални* систем и да ће савремени процес или поједини његови стадијуми у колико више имају у себи инквизиторског елемента, у толико више нагињати *монократском* систему.[6])

3. И *монократски* и *колегијални* систем имају дакле добрих и рђавих страна. Но ипак је јасно, да *колегијални*

[1]) Уп. *Birkmeyer* 210 (под 1).

[2]) В. *Birkmyer* 210 (под 3). Уп. и *Glasson 1* 89 (омогућава повећање положаја и бољи избор судија).

[3]) Уп. *Birkmeyer* 211 (под 4), *Kleinfeller, Rosenberg, Glasson 1* 189.

[4]) Уп. *Birkmeyer* 211 (под 7).

[5]) Уп. *Birkmeyer* 211 (под 4).

[6]) Уп. *Birkmeyer* 211 (под 5).

систем даје више гарантија за праведност судских одлука. Зато се он треба у главном или у основу бар да примени. Треба се несумњиво искључиво да примени за тежа кривична дела и кривце (особито за злочинства) и за грађанске ствари веће вредности или по себи *значајније*, и то у *свим инстанцијама*. За *лакша* пак кривична дела и за грађанске ствари *мање* вредности или по себи *мање* значајне или где је потребна већа *брзина* може се применити *монократски* систем. Но и у овим случајевима не треба га применити неограничено, већ само за *прву* инстанцију и под условом, да се *колегијалном* суду (ово у толико пре, ако је суд прве инстанце колегијални) више инстанције да право оцењивања правилности и праведности одлука судије појединца и у *стварном* (чињеничном) и у *правном* погледу, јер се само онда странкама пружа извесна накнада за немање гарантија, које даје *колегијални* систем.[1])

За припремни кривични поступак се међутим треба да примени *монократски* систем с обзиром на *предсудски* карактер овог поступка и његово *инквизиторско* уређење, као и већ с обзиром на потребу што веће брзине вођења истога. Но и ту се код *тежих* кривичних дела (особито злочинстава) дефинитивна одлука (стављање под оптужбу) треба да задржи за *колегијални* суд.[2]) И за припремни поступак у *грађанским* стварима важи исто.[3])

II. Као што из горњега излази, потребно је створити за организацију правосуђа, *цивилног* и *кривичног*, један **мешовити** *(еклектички)* систем у горњем смислу. Тако је и учињено у разним законодавствима,[4]) и за *кривични* и за *грађански* поступак (као и у к. с. п. и г. с. п.: *сремски* судови [специјализирани за одређене мање предмете] су *монократски*

[1]) Уп. *Birkmeyer* 211 (под 6) и 212 (под е)

[2]) Уп. *Birkmeyer* 211 (под а), *Rosenberg* 53 (§ 19).

[3]) Уп. *Rosenberg* 53 (§ 19 [који препоручује прихватање одредбе § 239 аустр. г. с. п., према којој прво рочиште, „предтермин" држи судија појединац]).

[4]) Уп. (за немачку судску организацију у овом погледу по кривичним и грађанским предметима) *Birkmeyer* 210 (под II), *Rosenberg* 53 и сл., *Kleinfeller* 54 (под II), (за француску) *Garraud* 316 и сл., *Glasson 1* п. 34.

уређени [§ 5 г. с. п. и § 8 ал. 2 к. с. п.], „инокосни суд"; *окружни* судови за грађанске предмете [§ 5 г. с. п.] *колегијално* уређени [зборни судови у већима], за теже *кривичне* [§ 8 ал. 3 к. с. п.] такође [и као *друга* грађанска и кривична инстанција за *среске* судове], за *лакше* пак *монократски* [судија појединац]; *припремни* кривични и грађански поступак [и прво рочиште у грађанским предметима] су *монократски* уређени [гл. 8, 9 и 15 к. с. п., §§ 334 и 340 г. с. п.]).

У најновије време се за *колегијалне* судове предлаже у немачкој књижевности т. зв. *принцип* **вође** (Führerprinzip), у духу ауторитативног система државног уређења.[1]) Према овом принципу претседник судећег колегијума (већа) би принципијелно имао право одлучивања.

§ 17. Учешће лајика и специјализираних експерата у кривичном и грађанском правосуђу.

I. Пошто је у савременој правној држави *судија* скоро искључиво везан за закон (с узгредним, у случају празнине, важењем *обичајног* права у грађанском законодавству и с индиректним важењем истога у кривичном законодавству), а познавање закона захтева научно правно образовање, изгледа излишним питање, да ли треба дати учешћа у правосуђу, кривичном и грађанском, *правним* **лајицима** („лајичком елементу"). Питање о њиховом учешћу се може поставити наравно само за *колегијалне* (зборне) судове. Но и за њих (оставив на страну *избране* [арбитражне] судове, који већ по разлогу свог установљења могу бити само лајички) оно се може поставити само с ограничењем. Примећује се на име за *грађанске* ствари, да су многобројни случајеви истих „потпуно далеко од разумевања лајика, те увођењем ових они не би били унапређени, већ напротив ометени". Код кривичних

[1]) В. за овај принцип *Oetker* Fragen der Strafprozessreform (Die Tragweite des Führerprinzips), у G S 106 (1935) 183; *Schwartz* Bausteine zum Strafprozess im nationalsozialistischen Staat, у G S *105* (1934) 33; *Dahm* Bemerkungen zur Reform des Strafverfahrens (I. Führerprinzip und Kolegialgericht, II. Legalität und Oportunität), у Z 54 (1934) 394.

ствари се је пак увек узимало и у законодавству спроводило, да учешће лајика може бити од користи само код злочинстава, за које би био надлежан *поротни* суд, и код иступа и лаких преступа, где би био надлежан *присежнички* суд.

1. У прилог увођења *лајика* у правосуђе у опште, т.ј. *кривично* и *грађанско* наводи се, да се **чињенична** *грађа* бар у извесним специјалним грађанским и кривичним стварима[1]) може правилно да оцени само од *лајика*, људи из друштвене средине, у којој је поникао правни однос (одн. кривично дело), а од које је правно учени судија далеко, да би до искуства дошао на самом извору. Сем тога, а у вези с чињеничном грађом у кривичном и грађанском процесу се износи у прилог лајичког учешћа у правосуђу, да се судија ослања на своју праксу и отуда настаје опасност, да постане рутинер и тако да буде примењивач ius strictum-a, т. ј. да се судска одлука не прилагођава *особеностима* конкретног случаја. Ово је, наводи се, нарочито од штетних последица у *кривичним* стварима, за које је савремено кривично право својим сагибљивим прописима (в. *1* § 4 I) дало судији много могућности, да до изражаја у судским одлукама дође ius aequum (чија се суштина састоји, примећује се, у ius aequare facto).[2]) Учешће лајика треба дакле да чува правно ученог судију од „јуристичко-једностраног оцењивања чињеничне грађе".[3]) Даље се још наводи, да учешће лајика не само повећава поверење народа и судије доводи у контакт с народним правним схватањима, већ их приморава, да правно схватање ствари учине разумљивим лајицима, а то их чува од „доктринаризма и чисто појмовне јуриспруденције".[4]) Сем тога се посебно за *радничке* и *станбене* судове износи, да ту странке иступају као заступници двеју „супротних економских и социјалних група", у следству чега су њихови спорови „већином истицај и део" свакидашње борбе између послодавца и послопријемника, одн. између кућевласника и

[1]) Уп. *Rosenberg* 59 (§ 21), *Kleinfeller* 53 (под VII).
[2]) *Birkmeyer* 216 (под 1).
[3]) В. *Rosenberg* 59.
[4]) Уп. *Rosenberg* 5.

закупаца, те би се судије лајици могли узети као заступници и познаваоци интереса тих група. Али се примећује, да су ту потребни велики углед и умешност претседавајућег, да би се сузбијало „интересно становиште“ дотичних судија (нарочито партијско-политички изабраних) и да од овога судства до сада није било „веће штете“ само зато, што су ту у питању већином „подједнаки и типични случајеви“.[1])

2. Као што се види из горе изнетог, у прилог учешћа лајика у правосуђу наводи се постојање у кривичним и грађанским стварима поред *правних* и *чињеничних* питања, тако да би у решавању ових последњих требало да суделују лајици. Поводом ове аргументације лајичког учешћа у правосуђу примећује се посебице за кривичии поступак, да *формулација* исте не одговара стварности.[2]) У ствари на име од *правних* појмова, вели се, из бића кривичног дела (и кривца) за многе се тешко може унапред рећи, да ли садрже „нешто *правно* или *чињенично*“ („као имовина, украсти, присвојити“), да су извесни првобитно чисто *правни* појмови већ одавно нашли пријема у *свакодневном* говору („као појам туђа ствар“) и најзад да извесни појмови потичу несумњиво из говора свакидањег живота, али су у кривичном законику употребљени у *модифицираном* смислу („као блудна радња, сила“). Отуда је, каже се, одвајање чињеничног (Tatfrage) и правног (Rechtsfrage) питања „кадкад једва могуће, често врло тешко“. Сем тога и где је одвајање могуће, појављује се тешкоћа, јер се правни појмови из бића кривичних дела (и криваца) мора (ради постављања питања поротницима) да раставе у своје стварне основе (у факта [чија јуристичка квалификација припада судском колегијуму]), а то би „кадкад опет било једва могуће“ и водило би често „бескрајном распарчавању упитне грађе“. На основу овога се узима, да се односно *дела* питања, које треба да реши *лајички* елеменат, не може чинити разликовање између *стварних* и *правних* питања, као што је то разликовање унето, вели се, у француско право („услед неспоразума о значењу енглеског принципа: de facto respondent iuratores, de iure respondent iudices) и као што је то било опште схватање и у немачкој књижевности и пракси. Разлика се има да чини (као што се, вели се, стварно и чини у енглеској пороти остављајући лајицима утврђење чињеничног стања [стања ствари, Sachverhalten] и „укључујући ту и од тога неодељиву јуристичку квалификацију стварног стања“) између питања **виности** (Schuldfrage) за *поротнике* и питања **казне** (Straffrage) за *правно учене* судије јуристе (издвајање, санкционисано само, вели се, у нем. з. о ур. суд. и у нем. к.с.п.).

[1]) В. *Rosenberg* 59.

[2]) В. *Birkmeyer* 219 (под 5 b [в. и 218 под 3 и 4]).

3. У појави учешћа лајика у кривичном поступку у својству судије играо је значајну улогу и *политичко-партијски* моменат. Постанак пороте се чак дугује демократско-партијском принципу државне владавине (сувереност пороте у француском праву). Поред тога се и правно-*педагошки* разлози могу навести у прилог учешћа лајика у правосуђу, посебице у прилог *пороте* (сроћавање народа с правним поретком).

4. Учешће лајика у *грађанском* поступку изведено је данас делом обично у споровима између послодаваца и радника („суд добрих људи“), у трговачким судовима („почасне судије“), изузетно (као у Енглеској) и у грађанском поступку у опште. У *кривичном* поступку увођење лајика у правосуђе је изведено у установи поротног суда (као у Француској [а и у новом итал. к.с.п.], док у з. о уређ. суд. и к. с. п. ова установа није предвиђена), а изузетно (у Немачкој)[1]) и у установи т. зв. присежничких судова (Schöffengerichte), надлежних за иступе и лакше преступе (но где два присежника [од којих „бар један мора бити човек“, § 29 нем. з. о ур. суд.] узимају учешће [за разлику од поротника, који решавају само „питање виности“] у решавању *свих* питања, која се има да реше на

[1]) В. *Birkmeyer* 227 (под 2), *Gerland* 72. — О организацији и функционисању пороте у Енглеској и Француској и у старом српском праву и Србији в. *Ј. Авакумовић* Енглеска, француска и српска порота 1890 и Стара српска порота са енглеском поротом (прист. академ. беседа) у Гласу Срп. краљ. академија XLIV 1893. *В. Д. Радовић* Теорија казненог поступка 1870 (15) за стање у том погледу у Србији пре з. о пороти од 31. марта, 1892 (само државне судије). — В. *Glasson I* п. 33 о „*грађанској* пороти“ у Енглеској.

главној расправи [и о виности и о изрицању санкције као и о осталом], заједно с позивним судијом).[1])

II. Проблем учешћа *неправника* у правосуђу постављен је последњих година на *другој основи* за *кривични* поступак. Развитак *Криминологије* последњих година (в. § 15 II 2) дао је повода на име за питање, да ли у *зборне* судове треба увести, као и с којим правима *(саветујућим* само или и *одлучујућим), криминалистичке стручњаке,* „специјализиране техничке експерте" (као криминалне *психологе, психијатре, педагоге*). Питање је претресано нарочито на I Међународном конгресу за Криминологију у Риму 1938. Оно би се у истом смислу могло да постави, и ако у врло ограниченом обиму, и за *грађанско* правосуђе.

Ово питање је на поменутом конгресу претресано у оквиру 3. питања његовог дневног реда.: *„Улога судије и његова спрема у борби против криминалитета"*. У 3. тачци конгресне резолуције по томе питању се вели, да конгрес „потврђује нужност, да се продуби изучавање могућности тешње сарадње између судија и судских експерата и одлаже за идући конгрес испитивање учињених предлога". Специјални реферати конгресу поднети су се изјаснили за *учешће* експерата у кривичном правосуђу, како *општем* тако и *специјалном* (као у малолетничком и саобраћајном).[2]) Несагласност је постојала само о форми, како се то учешће треба да изведе. Према некима *специјализирани* експерти би били *судије* од *каријере* („судије експерти", „техничке судије", „мешовити судови"), и то било с одлучујућим, било само са саветујућим гласом, а по другима *само* експерти. Како конгрес по томе, као што се види из резолуције, није могао донети дефинитивну одлуку, питање о учешћу експерата у кривичном правосуђу је остављено за идући конгрес Криминологије.[3])

[1]) Питање о учешћу лајичког елемента у правосуђу било је на дневном реду I. Конгреса правника у Београду (в. у Споменици и наше мишљење на том Конгресу изнето).

[2]) У Италији при малолетничким судовима већ постоји установа *експерта* (антрополога или психолога) као *члана* судског колегијума, и сем тога при радничким судовима.

[3]) В. наш реферат о овом Конгресу у Архиву за правне и друштвене науке, 1939, 178 и сл. По томе питању се нису могли сложити ни три главна референта (међу којима и писац).

§ 18. Судска и судијска независност.

I. Функцију вршења правосуђа, коју је држава поверила судовима, они могу с правилношћу и праведношћу вршити само онда, ако су у тој својој (процесној) функцији н е з а в и с н и. Савремене државе су судовима обезбедиле ту независност и у самим уставима, као и у законима о ур. ред. суд. Судску власт врше, каже се, *„независни,* само *закону* потчињени судови" (в. и чл. 100 ал. 1 уст.).[1])

1. *Независност* судова значи њихову искључиву *потчињеност* **законима.**[2]) Те независности не би било онда, ако би судови у примени права на поједине случајеве били под утицајем државног шефа, владе, судске управе, законодавног тела или чак политичких партија, штампе и у опште јавног мнења. Она је од ових разних утицаја могла бити обезбеђена тек од *раздвајања* (по угледу на француско право) судске од управне („владе и администрације") и законодавне власти (т. зв. принцип *деобе државне власти* [у законодавну, управну и судску]).[3]) Од тога доба је сузбијена т. зв. *кабинетска* правда,[4]) т. ј. мешање *шефа државе* и његових владавинских органа у изрицање правде. Оно се је састојало како наводи *Birkmeyer*, „у његовом решавању конкретног кривичног случаја, или у рескрипту суду, како треба да га реши, или у касирању судске пресуде, или у спречавању изрицања правде тражењем списа, или у повећавању или смањивању броја законски допуштених инстанца влашћу владе ит.д."[5])

2. Но правилност и праведност правосуђа претпоставља не само независност самих *судова* (колегијума или судије појединца) као **изричућих** *судских власти* (судова у процесном смислу), већ и **личну** *независност* **судија** (били

[1]) Уп. *Birkmeyer* § 46, *Rosenberg* 23 I, *Kleinfeller* 50 (под II).

[2]) Уп. *Birkmeyer, Rosenberg, Kleinfeller* 1. с.

[3]) Уп. *Garraud 2* n. 509, *Kleinfeller* 52 (под III [„за више инстанце, вели, делом већ у 18. веку постојећа"]), *Glasson 1* n. 27.

[4]) В. о кабинетској правди *Sietze* Ausübung oberstrichterlicher Gewalt des Staates und Kabinetsjustiz in wesentlicher Diffferenz dargestellt 1835 (поводом процеса Arnold).

[5]) 256/7.

они судије појединци или чланови већа). Независност њихова значи такође њихову подвргнутост само *закону*. Она је у осталом неопходан *услов* потпуног обезбеђења независности судова.[1]) Без независности *судија* не може се на име обезбедити њихово потпуно подвргавање *закону*, па према томе ни подвргавање закону самог суда, апстрактног бића, које они сачињавају. На тај начин постоје за правосуђе *две* врсте независности, којима треба дати гарантије:[2]) 1⁰ независност судова, *изричујућих* власти, *стварна* (или *објективна*) судска независност дакле; 2⁰ независност *судија, лична* (или *субјективна*) судска независност дакле.

II. 1. Подвргнутост само *закону* се односи наравно једино на функцију *изрицања* права (правде), а не и на судско-*административне* послове.[3])

2. *Закон* значи *сваку* правну норму (закони, уредбе ит.д., важеће обичајно право, закони о међународним уговорима, као и норме међународног права, у колико нису у колизији са законом).

3. Из подвргнутости суда *закону* излази, да је суд дужан испитивати *законитост* уредаба, правилника ит.д., и ако утврди, да то нису, не сме их применити (док се сходно поменутом принципу *деобе* државне власти не сме упуштати у испитивање *уставности* закона).[4]) За кривични поступак дужност испитивања поменуте законитости проистиче у осталом и из кривично-правног принципа *легалитета*. Отуда се ни у ком случају не може узети, као што се обично чини, да је испитивање законитости уредаба у кривичном правосуђу једна дерогација од принципа деобе власти.[5])

Због принципа *легалитета* кривичних дела, криваца и кривичних санкција се и без обзира на питање, да ли постоји или не поменута *дерогација*, кривично правосуђе разликује

[1]) Уп. *Kleinfeller* 50 (под II).

[2]) В. за ово разликовање *Rosenberg* § 23 II (који [терминолошки неправилно] разликује између *стварне* независности *изричућих* власти и „*личне* независности судија").

[3]) Уп. *Kleinfeller* 51 (под 2).

[4]) Уп. *Kleinfeller* 51 под 1, *Glasson 1* 71 (иначе спорно).

[5]) Уп. *Garraud 2* 299, n. 511.

од грађанског у *начину* примене принципа *деобе* судске власти од *законодавне*. На име док *грађански* судови *у опште* не смеју испитивати *конституционалност* уредаба (и у опште нормативних аката управних власти), *кривични* су сходно принципу *легалитета* чак *дужни*, да то чине, чим се појави сумња. У осталом ова *дужност* произлази већ и из тога, што је кривично-правни принцип легалитета уједно *уставни* принцип, те га ни законодавство не сме да повреди. Тако се узима чак у земљама, где у уставу (као у француским уставним законима) овај кривично-правни принцип није формулисан, јер се умесно сматра, да је то у опште један *виши* јавно-правни принцип (установљен Декларацијом права човека и грађанина [као „камен темељац, на коме почивају индивидуална слобода грађана и заштита њихових права према самовољи законодавној, административној и судској"]), који чини део обичајног јавног права (Француске).[1]) Из реченог излази, да суд не би смео да примени закон, који инкриминише извесно дотле неинкриминисано дело и изрично прописује, да се за њ' казни без обзира на то, што је оно раније било извршено („па макар тај закон имао форму императивног закона").[2])

4. Са подвргнутошћу *закону* није наравно у сукобу у закону одређена *везаност* судова за одлуке виших судова по неком конкретном случају (н. пр. у случају сукоба надлежности за одлуке касационог суда [§§ 48 ал. 5 т. 1 и 11 з. о ур. ред. суд.]) и за правноснажне одлуке у истој ствари неког другог суда или наредбе органа ванпарничног судства.[3]) Ту је увек у питању, како се каже, *степенско* решавање правне материје од више судова.[4]) Иначе је сваки суд независан у одлучивању од одлука ма ког другог суда, па и највишег (чак од његових општих одлука по правним питањима на разнолик начин решаваним од нижих судова [§ 48 ал. 5 т. 4 з. о ур. ред. суд.]). Јудикатура виших судова, нарочито највишег може наравно стварно имати утицаја, поред теорије,

[1]) В. *Garraud 2* n. 510.

[2]) Уп. *Garraud 2* 298, n. 510.

[3]) Уп. *Kleinfeller* 52 (под II), *Rosenberg* § 23 I.

[4]) Уп. *Rosenberg* § 23 I.

на одлуке нижих судова, али само по ауторитету њене унутарње вредности. Но ништа им не може сметати, да и према јудикатури (јуриспруденцији) највишег суда имају своје сопствено уверење и одржавају критички став (место слепог подвргавања т. зв. *култусу* јуриспруденције), нарочито у наслону на теорију.[1])

5. Из потчињености *закону* излази, да суд одн. судије морају по *службеној* дужности познавати право (iura novit curia), и то и страно, у колико оно важи у конкретном случају.[2]) То се обезбеђује захтевом правно-научног образовања судије и образложавања судских одлука.[3]) Из дужности знања права проистиче дужност, да се не одбије доношење одлуке ни по једној ствари позивањем на неизвесност, непоузданост, нејасност позитивног права (забрана одлуке non liquet) или чак на незнање истога. Дужност доношења одлуке проистиче у осталом и из државно-правног принципа, да сваком службеном овлашћењу одговара дужност, да се оно употреби, а сем тога би странке иначе остале без права.[4])

III. 1. **Стварна** судска *независност,* независност судећих *судова* обезбеђена је како већ онемогућењем, средством принципа деобе власти, утицаја *управне* власти на судске одлуке тако поглавито још и тиме, што се *расподела* послова и судија по оделењима врши *годишњим* распоредом (в. § 15 I 2), а не („тенденциозно") од случаја до случаја (као што се је то чинило некада,[5]) у доба [в. I 1] *кабинетске* правде, арбитрарним састављањем судова за поједине кривичне случајеве [т. зв. криминалне *комисије* или *ванредни, преки судови]).* Но она је обезбеђена и независношћу *суда* и према томе и његових чланова од *државног тужиоца* (како од оног при судећем суду прве инстанце тако и од вишег и врховног државног тужиоца), дакле забраном мешања ових у изрицање правде (в. § 23).[6])

[1]) Уп. *Birkmeyer* § 258 (под c).
[2]) Уп. *Kleinfeller* 51 (под 2).
[3]) Уп. *Kleinfeller* 51 (под 2).
[4]) Уп. *Kleinfeller* 51 (под 2).
[5]) Уп. *Birkmeyer* 257.
[6]) Уп. *Birkmeyer* (под b), *Rosenberg* § 23 II 1 c.

2. **Лична** судска *независност,* другим речима независност *судија* обезбеђена је пре свега њиховом *сталношћу* (неопозивљивошћу) и *непокретношћу,* т.ј. немогућношћу (привременог или трајног) удаљења од службе у ма ком облику и премештаја у други суд или надлештво, у истом или другом месту, другчије но по судској пресуди (кривичној или дисциплинској), не дакле (сем законских изузетака о привременом удаљењу са дужности) актом *судске управе* (т. зв. принцип *инамовибилитета).*[1]) Сем тога она је загарантована и њиховом *неодговорношћу* према странкама за судске одлуке[2]) и постављењем не провизорно и на отказ, већ на *цео* живот (до општег рока за пензионисање) и са *стално* одређеном платом, без права на таксе (т. зв. принцип *имовинско-правног обезбеђења* судија). Наглашава се и потреба, ради обезбеђења судијске независности, васпитавања судија за духовну независност, објективност и у опште прав карактер као и за сталешку свест и учвршћивање осећања одговорности, и то се сматра као најбоља гарантија независности судова.[3])

IV. 1. Независност не значи н е о д г о в о р н о с т *суда* и *судија.* Они су на име одговорни за судске одлуке, у колико постоји *кривично* дело с кривцем у њиховом службеном раду. Сем тога су судије, као сви државни службеници, подложни *дисциплинској* одговорности.[4])

2. Преносећи на своје судове вршење правосуђа држава је морала, као што је изнето (§ 14 III 2), задржати право и дужност **врховног надзора** над судовима и судијама, најважнији део *управе* судством. Како се тиме нужно ствара извесна зависност судија и судова према држави, захтева се, да се врховни надзор (чији је вршилац према већ реченом [§ 14 III 2] министарство правде) тако организује, да ипак

[1]) Уп. *Birkmeyer* 258 (под 2), *Rosenberg* § 23 II 2 c (у случају *организаторских* промена, вели [γ], до ступања истих на снагу), *Glasson I* n. 50.
[2]) Уп. *Rosenberg* 66 (под α), који примећује за *грађанске* ствари, да „на жалост Reichsgericht (RG *116* 90) одбија распростирање *неодговорности* на *закључке,* т.ј. они су неодговорни само за *пресуде.*
[3]) Уп. *Kleinfeller* 51 (под 2), *Rosenberg* 23 II.
[4]) Уп. *Kleinfeller* 51 (под 3).

буде сачувана судска независност (в. § 97 ал. 4 ст. 2 з. о ур. ред. суд.) у изрицању правде.[1]) По својој садржини право и дужност врховног *надзора* (који се врши судским ревизијама [„визитацијама“] у циљу проверавања вршења правде према законима и упутствима, судијског придржавања дужности и способности њихове и судског особља) обухвата издавање пословних уредаба и упутстава, указивање помоћи (§ 101 з. о ур. ред. суд.) по жалбама правотражилаца због ускраћивања судског делања или одуговлачења судских послова правде (querela denegatae vel protractae iustitiae) и тражење од судова (окружних, апелационих и касационог [§§ 25 ал. 2 т. 1, 38 ал. 1 и 41 з. о ур. ред. суд.]) мишљења о законодавним питањима из области кривичног и грађанског правосуђа.[2])

V. *Војни* судови и *управне* правосудне власти (у *кривичним* стварима) независни су у изрицању права (*стварна* [или објективна] судска независност), али њихови органи не уживају гарантију *инамовибилитета*, т.ј. не постоји при њима *лична* судска независност.

§ 19. Деоба судова.

I. У оквиру целокупне своје организације *судови* се разликују у **редовне** и **посебне** (§ 1 з. о ур. ред. суд.).[3])

1. *Редовни* судови су они судови, који по правилу (принципијелно) врше правосуђе у кривичним и грађанским (рачунајући ту и трговачке) стварима.[4]) То су сресни, окружни, апелациони судови и касациони суд (§ 1 ал. 1 з. о ур. ред. суд.).

2. *Посебни* судови су они судови, који врше правосуђе само за *одређене* кривичне и грађанске *ствари* или само за

[1]) Уп. *Birkmeyer* 259 (под II).

[2]) *Birkmeyer* 266.

[3]) Уп. *Birkmeyer* 155 (под II), *Kleinfeller* § 17.

[4]) Уп. *Birkmeyer* 155 (под II), *Rosenberg* § 14 I (то су вели, они судови, „чија је судска власт *неограничена*, т. ј. обухвата све правне спорове, а не само одређених лица или по одређеним стварима“).

кривичне и грађанске ствари *одређеног* круга *лица*.[1]) Посебни судови за одређене *грађанске* ствари су н. пр. духовни судови. Посебни судови пак за одређене *кривичне* ствари су суд за заштиту државе, а за кривичне ствари *одређених лица* н. пр. војни судови.

II. *Судови*, како редовни тако и ванредни, се могу поделити у **више** и **ниже**, и то с три разна гледишта:[2])

1. Према *територији*, на коју се простире њихова делатност, судови се разликују (и за кривично и за грађанско правосуђе по принципу [в. § 16] *јединства* правосуђа) у сресне, окружне, апелационе и у касациони суд као највиши суд, пошто је његова територија цела држава.[3]) Ова је деоба од значаја не само с гледишта стварне и функционалне судске надлежности, већ и са судско-*административног* гледишта. На име важи правило, да принципијелно *виши* судови из ове деобе врше *надзор* и *дисциплинску* власт над *нижим* судовима (примљено у погледу сресних и окружних судова у § 98 з. о ур. ред. суд.).[4])

[1]) Уп. *Kleinfeller* § 17 I, *Rosenberg* 40 под II (то су, вели, они судови, „који имају само ограничену судственост над тачно ограниченим кругом правних спорова“), *Цуља* § 19 (назива их *ванредним*).

[2]) *Birkmeyer* (36 I-IV) представља ове деобе као *самосталне* са засебним називом за сваку. Он чини и једну даљу, четврту деобу судова: на судове **предпоступка** (scil. *припремног* поступка [сресни суд, истражни судија, као и окружни и апелациони суд у својству иследних судова]) и на судове **главног** *поступка*. У судове *главног* поступка убраја судове свих инстанца. Назива их, сходно терминологији немачког з. о ур. суд. и г. с. п. и к. с. п., *изричућим* судовима (erkennende Gerichte [и њихов поступак изричућим поступком, erkennendes Verfahren]), а они то нису, вели, само у колико се пред њима обавља *главни претрес*, већ и у колико делају ван тога по постанку процеса (доносећи и ван главног претреса закључке). Насупрот називу „изричући судови“ назива судове *предпоступка* „*иследним* судовима“ (Untersuchungsgerichte). Ова *Birkmeyer*-ова деоба важи само за *кривични* поступак и она је изнета у § 5 (т. зв. *предсудске* и *судске* јурисдикције). — В. за назив „изричући судови“ и *Kleinfeller* 59 (под II) и *Rosenberg* § 19 I 1 (die Spruchbehörde je das erkennende Gericht).

[3]) У нем. (као и у франц.) суд. орг. такође има четири реда судова (Amtsgrichte, Landesgerichte, Oberlandesgerichte и Reichsgericht).

[4]) *Birkmeyer* (§ 36 II) назива само судове из ове деобе *вишим* и *нижим* (obere und untere Gerichte).

2. Према *тежини* или *важности* кривичних одн. грађанских ствари раздељених на судове *прве* инстанце (в. 3) судови су *виши* или *нижи* један према другом с обзиром на *мању* или *већу* тежину одн. важност предмета, по којима делају (сресни су нижи, окружни виши).[1]) Судови, који су надлежни за исте ствари, су судови *истога реда* (сресни међу собом и окружни међу собом).

3. Заједнички је принцип кривичног и грађанског поступка (постављен у интересу како странака тако и у општем интересу равномерности у тумачењу и тако у примени закона на конкретне случајеве), да се одлуке једног суда треба, по употреби правних лекова од странака, да подвргну *оцени* некојег *другог* суда ради испитивања и евентуалне *измене*. Суд, који испитује одлуке другог суда, појављује се наравно по тој својој надлежности (т. зв. *функционелној*) као *виши* суд према њему. На тај начин по завршетку поступка код једног, нижег суда, настаје један даљи поступак, поступак *правних лекова*, и тако се цео поступак до дефинитивне одлуке раздељује у *више* узастопних *делова* или фаза. Свака од таквих фаза се с обзиром на то, да се оне уводе делатношћу странака, назива *инстанцијом*.[2]) Сходно томе се судови, нижи и виши, појављују један према другом као судови *ниже* и *више* **инстанце** (прве, друге [призивне] и евентуално треће [ревизијске] инстанце [instantia, instance = трајно, упорно молење, наваљивање]), и тако као *суб-* и *суперординирани*, а и сам *суд* сваке инстанце (и власт за извршење пресуде) се назива *инстанцијом* (прва одн. друга или трећа [„последња инстанција", каже се, „још се није изјаснила"] одн. инстанција извршења).[3]) *Прва* инстанца почиње с постанком *процесно-правног односа* (в. *1* § 6 VI), остале пак с улагањем *правног лека*, и свака се завршава доставом одлуке. Али се „време *између* инстанца",

[1]) Уп. *Birkmeyer* 195 под II (Reichsgericht је и [највиши] суд *прве* инстанце).

[2]) Уп. *Birkmeyer* 199 под b, *Kleinfeller* 59 II, *Rosenberg* 85 (под III 1).

[3]) Уп. *Kleinfeller* 1. с., *Rosenberg* 85 (под III 1 **a** α), *Birkmeyer* 199 (под 2).

т. ј. између доставе одлуке и улагања правног лека рачуна у нижу инстанцу.[1])

III. У изузетним случајевима у закону одређеним *кривични* окружни и сресни судови могу држати претресе и у неком месту свог подручја *ван* места свога седишта (§§ 213 и 385 к. с. п.). Но допушта се под одређеним условима држање од стране најнижих (сресних) судова и у *кривичним* и у *грађанским* стварима у извесно доба године (редовних и ванредних) судских дана за претресе одн. расправе *ван* њиховог седишта (в. §§ 50—72 суд. послов.). Могућа би била за извесне *кривичне* предмете по ванредним законима (н. пр. з. о сузб. скуп.) и установа *потпуно покретних* кривичних судова за одређену област, дакле у опште и без *сталног* седишта.

[1]) Уп. *Kleinfeller* 59 под II, *Rosenberg* 85 (под III 1 b).

ГЛАВА III

СТРАНКА У ОПШТЕ

§ 20. Појам странке.

I. **Основи** *за одређење* појма странке. — Као што се је видело (§ 11), највиши појам (генус) за вршиоце процесних радњи је процесни *субјекат*. Највишом генерализацијом њихове суштине дошло се је дакле до генуса *процесни субјекат*. Међу процесним субјектима, којих, као што је изнето (§ 11), има три, *странке* у поступку су она два процесна субјекта, којима трећи, суд пресуђује у њиховој спорној ствари. Од њих двоје један је (в. II) *активна* странка, тужилац, а други *пасивна*, тужени. Како је *процесни субјекат*, дакле њихова највиша појамна категорија, оно лице (в. § 11 III), које у процесу суделује и располаже по својој сопственој одлуци процесним радњама (*главни* процесни субјекти), странка може бити наравно само такво лице. Остаје према томе, ради одређења појма *странке*, да се утврди, која у поступку суделујућа лица располажу по сопственој одлуци радњама процесног *напада* одн. *одбране*.[1])

II. Према једном схватању то могу бити само *субјекти спорног правног односа*, т. ј. носилац тврђеног *материјалног*

[1]) Уп. *Birkmeyer* § 26 I 3 b, 295 (под с.), *Kleinfeller* 116, § 37 („за научно излагање се, вели, појам странке има уже да схвати" [закон означава у ширем смислу као странке „и заступнике, нужне или вољне", и то и онде, где изједначење њихових радњи с радњама странке није несумњиво [н. пр. у §§ 128, 141] и „једино је на саме процесне субјекте применљив"), *Schmidt* § 50 I.

права (права кажњења одн. приватног субјективног права) и по томе обвезани. Ово схватање је заступљено и за кривични поступак од неких (сама *држава* је странка, и ако у поступку суделује преко тужиоца), но особито за грађански. Оно се заснива на т. зв. **материјалном** *појму странке* (в. о овоме ниже VI 1). То је гледиште старије доктрине (странке су идентичне са субјектима спорног правног односа).[1])

III. Горња теорија, као што ће се ниже видети, није тачна ни за кривични ни за грађански поступак. За кривични поступак постоје (в. ниже V 1) посебни разлози. Из тих разлога се државни тужилац, дакле лице, које је у опште *страно* праву на казну, појављује ипак као странка. За грађански пак поступак старо гледиште је у супротности са законодавством, јер у њему има, као што је примећено, случајева, у којима су извесна лица овлашћена на тужбу у *своје име*, а за *туђе* право, или где се тужба може подносити против неког *другог* лица, а не самог *обвезаног*.[2]) Та су лица према томе носиоци права на тужбу одн. дужности упуштања у процес, носиоци дакле једног **процесног** права одн. *дужности*, ако не и *материјалног*. У грађанском поступку је дакле само по правилу, а не *безизузетно* странка *идентична* с *овлашћеним* одн. *обвезаним* по спорном правном односу. Из свега овога излази као *општи* критеријум за појам странке, да то може бити свако лице, које је *овлашћено* на подношење у своје име *захтева* одн. *против* кога се такав *захтев* може управити (в. за потпуну дефиницију V 2). Околност, што овако овлашћени одн. обвезани не би био способан, да сам *непосредно*, дакле **самостално** *располаже процесним радњама*, већ би то морао да чини други, т. зв. *законски* заступник, без значаја је за појам процесне странке и према томе процесног субјекта. Т. зв. *способност*

[1]) В. *Schmidt* 311 (§ 50 I).

[2]) В. за те случајеве *R. Schmidt* § 50 I (312 и сл.), *Rosenberg* § 39 I 1 („лице, које по § 1380 г. з. [II 2: „по свом праву администрације"] остварује право, које спада у имовину женину, *странка* је, ма да процес води за туђе право, а не жена, и ако је њено право спорни предмет", пошто муж „тежи правној заштити у *сопствено* име, не као заступник жене") и II 2 („уживалац и заложни поверилац на тражбини, кад ову [§ 335 г. з.] наплате).

за **странку** (Parteifähigkeit) је дакле од тога (као наравно и од *постулационе* способности [в. VIII 1a]) независна.[1]) Способност за непосредно *располагање* процесним радњама, или, како се још каже (и § 102 ал. 2 г. с. п.), способност за *самостално* вршење процесних (спорних, парничних) радњи (за вођење процеса) назива се **процесном** (или обично *спорном* или [грађански поступак] *парничном) способношћу* (Prozessfähigkeit).[2]) И онај дакле може имати способност за *странку* (Parteifähigkeit), ко нема *процесну* способност.

IV. Две процесне странке стоје једна према другој (бар објективно, в. ниже V 3 и § 3 VI 2) као противници, што представља процес као *спор, правни спор,* као *спорни* процес (поступак). Једна напада тужбом, и то је т. зв. *активна* (или *активно легитимирана)* странка, а друга се од напада брани, тужена је и то је т. зв. *пасивна (пасивно легитимирана*) странка.[3]) Напад се врши подношењем од стране једног процесног субјекта судећем процесном субјекту једног правног *захтева,* кривичног одн. грађанског (који сачињава [в. *1* § 2 I 2 и § 3 I 1] *објекат* процеса) против *другог* процесног субјекта.

Пошто су *активна* и *пасивна* странка само подврсте *странке,* одређењем општег појма странке одређује се и њихов појам. Разлика између њих се треба и мора да види и у самој општој дефиницији, те није апсолутно нужно дати[4]) и њихове *посебне* дефиниције (дане ипак у §§ 22 и 24). Да би се пак *општи* појам странке синтетички дефинисао, треба према реченом (в. I) поћи од *генусног* појма процесни *субјекат,* добијеног највишом генерализацијом судећег процесног суделовача и странака, и додати му само специфичне одлике оних процесних субјеката, који се појављују као странке (в. V).

[1]) [2]) Уп. *Birkmeyer* 296 под 2, 297 под β и γ (друкчије узимајући за кривични поступак), *Schmidt* § 50 II и III, *Rosenberg* § 39 I 1.

[3]) Изрази уобичајени у цивилној процесно-правној књижевности. В. *Schmidt* § 50 I, *Kleinfeller* § 38.

[4]) Као н. пр. *R. Schmidt* § 314.

V. *Одређење појма* **странке** (кривичне и грађанске). —

1. У *кривичном* процесу се као *материјално* овлашћена појављује *држава,* пошто је она наравно носилац права на кривичну санкцију, а не њен орган *државно тужилаштво.* Судећи по томе у кривичном поступку се појављује као *активна* странка сама *држава,* а не тужилац. Но као што се је горе (под III) видело, странка у поступку може наравно бити и лице, које *није* носилац права одн. обавезе по спорном правном односу. Није дакле апсолутно нужно, да се држава сматра као странка у кривичном поступку место државног тужиоца по том основу, што је она носилац права на кривичну санкцију. Постоје међутим два разлога, да се, и кад не би било тако, место државе *тужилац* сматра као странка. Један је *процесно* правне а други *државно*-правне природе. На име с једне стране држава би се при противном узимању појавила уједно као *судећи* процесни субјекат, а то је у *супротности* с начелом деобе три процесне функције у *акузаторском* поступку на три процесна субјекта. С друге стране то би било у супротности с принципом *деобе* државне власти. Из ових разлога се има узети, да се држава *одриче* свог положаја у *процесу,* положаја активне процесне *странке* и процесног *субјекта.* Она преноси *право* на *подношење* кривичног *захтева* (објекта процеса дакле), т. ј. на *остваривање* права кажњења, своје **процесно** *право* дакле на државног тужиоца, задржавајући наравно за себе *право* на кривичну санкцију, дакле **материјално** *право.*[1]) Код кривичних дела по *приватној* тужби појављује се као *носилац* права на кривични захтев у процесу и тако активна странка сам *при-*

[1]) *Kleinfeller* (118 под 2), и ако не заступа прави *материјални* појам странке, не сматра *државног тужиоца* (имајући на уму само *цивилни* поступак) као *странку,* и исто тако ни друга лица, „која имају по з в а њ у да предузимају процесне радње", као што су, поред поменутог, „стечајни управитељ, извршилац тестамента, управник масе, принудни управитељ и секвестар", јер они не раде, вели, „у сопствено име", већ државни тужилац као „заступник државе", стечајни управитељ „као заступник заједничког дужника", извршилац тестамента и управитељ заоставштине „као заступник наследника", принудни управитељ „као заступник повериоца и дужника". Тврђење је у погледу државног тужиоца из наведена два разлога нетачно.

ватни тужилац, као што је то случај и са *суисидиерним* приватним тужиоцем.

2. На основу горе и под III изнетог, а у наслону на (под I) речено о процесном субјекту као *генусу* појма странке може се дати дефиниција *странке* (од[1]) речи pars [partie, Partei], т. ј. у процесу спорећи се део) и за *кривични* и за *грађански* поступак, општа, *генусна,* дефиниција *странке* дакле. У дефинисању се треба да пође, као што је већ наглашено (I), од вишег *генусног* појма, а то је *процесни субјекат,* и да се појму овога дода оно, што га према реченом чини активном одн. пасивном *странком* у тространом процесно-правном односу. Странка дефинисана у том смислу је *лице, које се у поступку појављује као процесни субјекат, чији је процесни* (кривични одн. цивилни) *захтев (активна* странка) одн. *против кога је тај захтев управљен и између кога је и противног му процесног субјекта заснован процесно-правни однос,* другим речима као процесни субјекат, који је *носилац* одн. *намењеник (лични* [в. § 21 I 2] објекат) процесног *захтева* и у процесно-*правном* односу је с *противним* процесним *субјектом.* Без значаја је за појам странке, као што је горе (III) изнето, да ли дотични има *процесну* (и постулациону) способност, т. ј. способност за странку је независна од те способности.

3. Пошто је државни тужилац према горе реченом *носилац* кривичног захтева и тако *странка,* и кривични поступак се појављује као *спор, правни* спор (Rechtsstreit), бар у *објективном* смислу (в. *1* § 2 VIII 2), ако не и у субјективном (у смислу стварне борбе мишљења два противника), који има да расправи трећи процесни субјекат, суд. У овом погледу кривични поступак се појављује као *искључиво* спорни поступак (за разлику од грађанског у ширем смислу [в. *1* § 3 VI 3]).

VI. У процесно-правној (кривичној и грађанској) књижевности има две дефиниције *странке,* које се знатно, у свом основу, разликују од горње:

[1]) В. *Birkmeyer* § 52 I.

1. **Материјално-*правна дефиниција странке.*** — Према некима за појам странке је, као што је горе (II) у општим потезима изнето, карактеристично то, ко је носилац *материјалног* права, по коме је процес настао, дакле права по спорном правном односу (права на кривичну санкцију одн. приватног права), одн. *обвезе* проистичуће из тог права. Према њима су дакле, како се још каже,[1]) идентични „носиоци спорног правног односа и странке процеса, који се води о једном праву". Странка је н. пр. према *v. Kries*-у[2]) „онај правни субјекат, о чијим се правима и дужностима одлучује у неком судском поступку, у колико му у овоме припада право на процесуалну делатност" (или[3]), како други још кажу, онај „ко је из материјалног правног односа овлашћен и обвезан, чим је уведен у процес о оном правном односу"; или: „ко се судским одлукама о предмету процеса дира непосредно у својим материјалним правима и дужностима"; или: лица, „која су према своме тврђењу за спорни правни однос активно и пасивно молити морала"). Појам странке у овим дефиницијама се дакле везује, како вели *Birkmeyer*,[4]) за *материјално*-правни однос, који је предмет процеса, те је странка само *процесно* име за (претпостављеног) повериоца с једне и дужника с друге стране, „за субјекте тврђеног правног односа".[5]) На тај начин материјална дефиниција меша цивилно право с цивилним поступком, тако да се право на тужбу појављује као „субјективно право у његовом оружању за спор" (в. § 22 IV 1).[6])

а) Једна група *кривично*-процесних присталица *материјално*-правног појма странке га примају, да би из тога извели закључак, да у кривичном процесу *нема странака,* те да према томе он није *спорни* (в. V 3) процес. Тужилац (бар редовни, *државни)* није, веле, странка, јер он не заступа свој „једнострани страначки интерес", већ интерес државе.

[1]) *R. Schmidt* 312.
[2]) 186 (§ 26 I), в. и 2 (§ 1).
[3]) Уп. за ове дефиниције *Birkmeyer* § 52 II 1, *R. Schmidt* l. c.
[4]) § 52 II 1. В. и *Rosenberg* § 39 I 1.
[5]) Тако н. пр. *Wach* § 46.
[6]) В. *Birkmeyer* 294 под 1.

Пошто пак тако у кривичном поступку нема „противспора интереса“, ни окривљеник није странка. Сем тога се, веле, државни тужилац не може сматрати као странка и због свог својства државног тужиоца, као ни окривљеник с обзиром на то, што је он у ствари доказно средство.[1]) Странка би, веле, могла бити само *држава*, али се држава не може да сматра као странка, те ни окривљеник то није. О странкама се на име, тврде, говори „само онда, кад се од два или више материјално различних становишта тежи формално за све обвезној одлуци више власти“, а држави се не може импутирати „једнострани, окривљенику принципијелно противстојећи страначки интерес“, нити се може сматрати као права странка онај, „који сам врши вишу власт одлучивања“.[2]) Противници постојања странака у процесу су и они, који *(Gerland* [в. *1* § 5 III 2]) одбацују схватање процеса као правног *односа*. Зато они говоре само о процесним *субјектима*.[3])

б) Оставив на страну горње кривичне процесуалисте, који се држе *материјалног* појма странке само да би из тога извели закључак, да у кривичном поступку *нема* странака, остали заступници у кривичном поступку материјалног појма странке узимају на основу дате дефиниције, да у кривичном поступку *има* странака, али да су то само *држава* на једној, и *окривљеник* на другој страни.[4]) Само је, вели *v. Kries*,[5]) онај активно способан за странку, који из кривичног дела добија кривичне захтеве, пошто процес „служи остварењу материјалног права“. То је пак „само држава, јер има само јавних, не приватних казни“. Држава само нема по нужности ствари *процесну* способност, те су јој за предузи-

[1]) Уп. *Birkmeyer* § 52 I 1.

[2]) Тако *Bierling* Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe *2* (1883) 245 и сл., *E. John* Strafprozessordnung für das deutsche Reich 1884—1889, *2* 185 („у казненом процесу нема странака“ [против њега в. *Bennecke* 131]).

[3]) *Gerland* 39 (II књ. „учење о процесним субјектима“; отс. I. „тужилац“; отс. III „окривљеник“ [који је такође — § 48 I 1 — „самосталан процесни субјекат“]).

[4]) Тако *Glaser 2* 143 (в. и 191 пр. 1), *v. Kries* 187, *Bennecke* 130 пр. 9, *Bierling* (али в. горе пр. 2).

[5]) 187 (§ 26 I).

мање процесних радњи странке потребни „органи, који ће за њу делати“, т. ј. „заступници“. У ствари међутим сама *држава* се не може сматрати као *странка*, и то из разлога, који су горе наведени. Тога су свесни и неки од ових кривичних процесуалиста и зато избегавају назив „странка“[1]) и говоре просто о процесним *субјектима*.[2]) Но и при том се превиђа горе (V 1) поменута раздеоба државне власти, чија је консеквенца (в. V 1) одрицање положаја *странке* и доследно и процесног *субјекта* од стране државе. Да би се то одрицање обележило при дефинисању странке, и тако ова тачно схватила, потребно је, да се у дефиницију унесе као *основни*, генусни елеменат *процесни субјекат*, као што је то у нашој дефиницији, а што дотични не чине, јер би онда јасно из дефиниције изашло, да држава није странка, пошто она није процесни субјекат. У осталом сем тога (в. V 1) из њиховог гледишта би произашло, да би се у кривичном поступку држава имала сматрати и као *судећи* процесни субјекат, а не суд, њен орган, и тако би се модерни кривични поступак појављивао, бар формално, као инквизиторски.

2. **Процесно-*правна дефиниција странке.*** — *Birkmeyer* примајући за кривични процес горњи негативан (под 1 а) закључак из *материјално*-правног схватања странке, а полазећи основано од тога, да „акузациони поступак не може бити без појма странке“,[3]) конструисао је „чисто процесноправни“ појам странке, како би се државни тужилац појавио као *странка* и према томе кривични процес као *спорни* процес. Према њену странка је оно „лице, које у процесу према једном другом лицу тежи судској одлуци о каквом од противника оспораваном захтеву тиме, што по сопственој одлуци, а под вођењем суда располаже формама и средствима процеса“.[4]) За питање, *шта* је странка, без значаја је, вели,[5]) овлашћење и

[1]) Уп. *Birkmeyer* § 52 I 2.

[2]) Тако н. пр. *Glaser* 191 (износећи у пр. 1, зашто не говори о странкама), за разлику н.пр. од *v. Kriesa*-а (који даје за наслов 2. гл. 1. књ. „странке, њихови заступници и помоћници“).

[3]) В. *Birkmeyer* § 52 II 3.

[4]) § 52 II 3.

[5]) 294 под а.

обавеза у погледу res in iudicium deducta (захтева, који сачињава процесни предмет), јер о томе, ко је поверилац, а ко је дужник, има тек суд да одлучи, а до те одлуке процесни субјекти у питању стоје један према другом као *странке*, ма како испала одлука. Поменуто овлашћење и обавеза су значајни само „у погледу питања, ко по правилу има да заузме улогу странке."

Из наведене *Birkmeyer*-ове дефиниције се међутим не види разлика између процесних субјеката, који су *странке*, и *судећег* процесног субјекта. Она садржи елементе процесног *субјекта* и додаје само *однос* према једном другом лицу. Али тај однос се може схватити и као однос према *судећем* процесном субјекту, тако да се тиме у ствари не истиче супарништво. Процесно-правна дефиниција странке пропушта дакле, да истакне једну одлику *странке* од *судећег* процесног субјекта, а то је *носиоштво* (в. V 2) процесног захтева одн. својство лица, *против* кога је тај захтев управљен.

VII. 1. Из горе (VI) изнетог излази, да је узимање постојања странака у процесу могуће једино при нашем горе (V 2) изнетом појму странке. Можемо га ради разликовања од *материјалног* и *процесно*-правног појма странке назвати **материјално-процесним** појмом странке. Он је на име *процесно*-правни појам, јер му је главни (в. V 2) састојак овлашћеност на *процесни захтев*, објекат процеса, одн. погођеност тим захтевом. Он је пак уједно *материјални* појам, и ако само посредно, јер процесни захтев је само процесна трансформација *материјалног* права прилагођењем овога природи *процеса*.

2. Једна врста *материјално*-процесне дефиниције појма странке је и *Schmidt*-ова.[1]) *Странке* су, каже он, „тврђени интересенти пресудне и извршне заштите, онај од кога и онај према коме се захтева правна заштита у цивилном процесу." Као што се види, ова дефиниција није довољно одређена и не полази од појма процесног субјекта. Сем тога у њој је реч просто о *интересу* у пресуди, место о једном *праву*, и

[1]) 313.

ако само *процесном*. *Schmidt* даје, као што је већ напоменуто, и посебне дефиниције једне и друге странке. Тужилац је, вели,[1]) „онај, ко на основу ма којих чињеница тврди, да је интересиран у пресуди о неком захтеву", а туженик „онај, према коме је тужилац по тврђењу у пресуди интересиран".

VIII. 1. Питање о способности за *странку* не може бити решено подједнако за грађански и кривични поступак с обзиром на кривично-правни принцип *личне* одговорности.

а) За *грађански* поступак питање *способности* за странку решава се исто за *активну* и *пасивну* странку. За *странку* у опште, *активну* или *пасивну* способно је свако *физичко*[2]) или *правно* лице, у колико у закону за извесна правна лица није учињен изузетак[3]) у погледу активне или пасивне способности за странку (в. и § 102 ал. 1 г. с. п.: „парничном странком може бити, вели се, свако физичко или правно лице, у колико има правну способност по постојећим законима", и посебно се наводе удружења [в. § 20 з. о удружењ., збор. и догов.] и имовинске масе, „којима *посебни* законски прописи признају право, да буду парнична странка"). *Процесна* неспособност (н. пр. малолетникова) без утицаја је (в. § 22 IV 2 а), као што је горе (III) изнето (в. и § 102 г. с. п.), на способност за *странку*, као што је наравно ова независна и од *постулационе* способности, т. ј. од способности за лично или чисто лично делање у процесу (в. §§ 127 и 128 г. с. п. за исту).

б) За *кривични* поступак пак питање се из наведеног разлога решава друкчије *и* за активну *и* за пасивну странку, а затим друкчије за *пасивну* но за *активну* странку (в. о томе код *активне* [§ 22 IV 2 а и б] и *пасивне* [§ 24 III 2] странке). Ту је (в. ibid.) друкчије решено и питање *процесне* способности активне и пасивне странке, као и т. зв. *посту-*

[1]) 314.

[2]) Уп. *Rosenberg* 118 под II 1а („сваки човек догод живи" је способан за странку).

[3]) Уп. *Rosenberg* 119 под 2 за нем. г. с. п. (правно неспособна удружења, која могу бити тужена, пасивно су способна за странку, т. ј. та удружења *само* имају *пасивну* способност за странку).

лационе способности (која је у кривичном поступку у ширем обиму дата и за активну и за пасивну странку, док је *грађански* поступак у главном „*заступнички*[1]) поступак“ (§ 128 г. с. п.).

2. а) Међу странкама би се могла чинити *двојна* деоба према томе, да ли је странка *само* носилац одн. намењеник *процесног захтева* или је она *уједно* и *материјално* овлашћена одн. по томе обвезана (или како се каже **стварно** [активно или пасивно] *легитимирана* [т. зв. legitimatio ad causam, Sachlegitimation]).[2]) Прва би се могла назвати *непотпуном*, а друга *потпуном* странком. То је разликовање учинио у грађанском поступку *Kleinfeller*[3]) називајући прву странком у *формалном*, а другу странком у *материјалном* смислу. Но с обзиром на постојање у теорији т. зв. *материјалног* појма странке (в. горе VI 1) ти се називи ради избегавања заблуде не треба да употребљавају. У сваком случају потребно је имати на уму, да т. зв. **стварна** (активна одн. пасивна) *легитимација* није неко *процесно*-правно својство странке.[4])

б) У случају неидентичности *странке* и *стварно* легитимираног овај други није наравно треће, правно страно лице. Он се може назвати *спорном* **ван***процесном* *странком* (активном одн. пасивном). У кривичном поступку држава је према горе (V 1) о појму странке реченом таква странка.

3. У к. с. п. странке се називају просто „странкама“ (в. наслов гл. 4 пред § 39). У г. с. п. се називају и „*парничним* странкама“ (в. наслов 2. дела пред § 102), а често (н. пр. §§ 109 ал. 1 и 136 г. с. п.) се употребљава узгред израз „противници“. Израз „парнична странка“ се у г. с. п. употребљава с обзиром на постојање *ван*парничког грађанског поступка (в. *1* § 3 VI), дакле *ван*парничних странака. Али је то излишно, пошто ванпарнична странка није странка у горе одређеном смислу, већ засебан *род* (генус) странке.

[1]) Уп. *Rosenberg* (146 под III 2) за Anwaltprozess у нем. г. с. п., *Цуља 1* 339.

[2]) Уп. *Kleinfeller* § 38.

[3]) § 37 I и II.

[4]) Уп. *Kleinfeller* § 58 пред I („она је материјалан услов победе у процесу“, а не „процесно правно својство“), *Цуља* 339 (под 5).

§ 21. Обележја појма странке.

I. Према нашој *материјално-процесној* дефиницији странке појам странке је сложен из *три* елемента:

1. Странка је пре свега *процесни субјекат*. То је, као што је истакнуто, *основно*, генусно обележје у појму странке.

2. Странка је лице, које је *носилац* одн. *намењеник* (*лични* објекат) *процесног захтева* (*објекта* процеса). То је главна одлика странке од *судећег* процесног субјекта. Из тога обележја проистиче, да у процесу има и мора да има, као што је већ наглашено, две странке. Према изнетом у I. одељку (§ 3 I 2) у *грађанском* поступку се појављује као *објекат* истога и сам захтев *правне заштите*, која је дужност државе. Али се наравно у *општу* дефиницију странке не може да унесе овај објекат процеса место примарног објекта процесни захтев.[1])

3. Носилац одн. намењеник процесног захтева постаје *странком* тек од заснивања *тространог* процесно-правног односа, и зато се мора (што се у другим дефиницијама превиђа) сматрати као (треће) обележје појма странке *постојање процесно-правног односа*. Он остаје странка у процесу од *заснивања* па до *завршетка* процесно-правног односа, т. ј. (в. § *1* § 6 VI) до доношења правноснажне пресуде. Странке постоје према томе у *кривичном* поступку само у *главном*, судском поступку (*судски* поступак и странка су, како се каже, „корелативни појмови“),[2]) не у *припремном* (где је окривљеник само процесни субјекат) и *извршном* (где окривљеник постаје објекат егзекуције).[3]) У *припремном* поступку има само лица, које води поступак у циљу каснијег подношења тужбе, а не тужиоца, те ни оптуженика, већ само

[1]) *Rosenberg* (§ 39 I 1) то чини дефинишући странку „у цивилном процесу“. Странке су, вели он, „у грађанском поступку она лица, од којих или против којих се тежи државној *правозаштитној* радњи, особито пресуди и принудном извршењу, у сопствено име.“ Ова дефиниција је једнострана, пошто има на уму странку само у цивилном поступку. Сем тога она не изражава јасно елеменат носиоштва одн. намењеништва процесног захтева. Најзад она није ни синтетичка не полазећи од генусног појма процесни субјекат.

[2]) Уп. *v. Kries* § 26 I.

[3]) Уп. *Birkmeyer* §§ 52 I 4 и 58 I 2.

окривљеника.[1]) Но изузетно могу суделовачи и у *припремном* поступку *привремено* заузети положај *странке*, и у *извршном* поступку га *понова* заузети (и у толико се ванредно и привремено заснива још у припремном поступку *процесно-правни* однос).[2]) У *припремном* поступку је то случај, кад се предузму извесне судске извиђајне или истражне радње, нарочито кад суд има да одлучи о принудним средствима (као о притвору и истражном затвору), а у поступку *извршења*, кад дође до судских одлука, н. пр. кад се обнови спор или се за време извршења казне учини ново кривично дело (§ 69 к.з.)

а) Као што је изнето у I. одељку (§ 6 VI), *процесно-правни* однос, чије постојање је према горе реченом обележје у појму странке, *заснива* се у кривичном поступку од ступања на снагу стављања под *оптужбу*, т. ј. од постојања окривљеника *оптуженником* (§§ 6 ал. 5 и 211 к. с. п.), а у *грађанском* од *доставе* тужбе туженику (§ 327 г. с. п.). Као што се види, и у *грађанском* поступку се *процесно-правни* однос заснива *без* **суделовања** *туженикoвог*. У савременом праву (и г. с. п., као што се види из § 327) *заснивање* процесно-правног односа је дакле *једностран* акт.[3]) У канонском праву је међутим за *заснивање* тог односа био примењен и одређено формулиран нејасни римски процесни појам litiscontestatio,[4]) на име оно је било схваћено као *две-*

[1]) Уп. *v. Kries* 186 (§ 26).
[2]) Уп. *v. Kries* 186/7 (§ 26).
[3]) Уп. *Kleinfeller* 293 (под 1).
[4]) Уп. *Kleinfeller* 293 под 1 и пр. 2 (истиче, да је римски појам литисконтестације споран за доба формуларног процеса [коме је претходио поступак legis actio, где се је процес заснивао сакраменталним гестовима и терминима]), *S. Schlossmann* Litis Contestatio 1904, *Rosenberg* 346 (под I 2). B. *F. Girard* Manuel de droit romain (4. изд. 1906) 967 (за поступак legis actiones [било их је пет]) и 991 (за формуларни процес, где је магистрат претор заснивао процес и редиговао формулу [програм] за судију), 1004 (за две теорије о појму римске литисконтестације у формуларном процесу, на име о томе кад је lis [као што литисконтестацију текстови означују] inchoata или кад је judicium acceptum, да ли с предајом формуле од магистрата тужиоцу [претежно мишљење] или тек кад туженик прими од тужиоца формулу редиговану од магистрата).

страни и формални акт, Тај акт се је састојао из тужбеног предлога и једне *опште* изјаве туженикове, да хоће да оспорава тужбу (nego narrata prout narrantur [израз *афирмативна* литисконтестација означавао је случај признања тужбеног захтева, изрично или прећутно пропуштањем]). Оваква литисконтестација је ушла у средњевековно немачко право с рецепцијом римско-канонског процесног права. Но у саксонском покрајинском праву[1]) била је учињена измена (сообразно царевинском з. J. R. A. [Jüngster Reichsabschied], који је укинуо онај *формалитет* акта литисконтестације)". Захтевало се је на име, место оне *опште* изјаве воље оспоравања тужбеног предлога (откуда назив за такав двостран формалан акт *генерална* литисконтестација), *специјално*, у *све* тужбене тачке улазеће *упуштање* у процес у *одговору* (названом *специјална* литисконтестација [и ако такав одговор није био ни формални ни двострани акт као римско-канонска литисконтестација]).[2])

б) *Процесно-правни* однос, од чијег постојања зависи постојање *странке* у процесу, је, као што је изнето у I одељку (§ 6 II 3), однос права и дужности странака и суда, тако да се једне процесне радње појављују као вршење *права*, а друге као вршење *дужности*. Изнето је ту (*1* § 5 III 3 а) и неосновано, усамљено схватање (*Rosenberg*-ово), према коме у *грађанском* поступку странке у процесу немају једна према другој и према суду никаквих *дужности*, већ само *терете*.

1° Према једном мишљењу, *Hellwig*-овом странке имају у грађанском поступку место дужности *терете* (н. пр. терет изјаве [Erklärungslast], терет доказивања [Beweislast], onus probandi], а не дужност изјаве, дужност доказивања), али то само **по правилу** (за разлику дакле од претходног гледишта), а *изузетно* имају и дужности. То се схватање образложава принципом, да *„садањи"* процес полази од *„могућности* спорења", а не од његове *„нужности"*. За „јавни интерес" је, вели *Hellwig*, „по правилу" довољно, да се странкама омогући „обострани услух" (Gehör), а држава оставља њима,

[1]) Constitutiones Saxonicae (1572) Tit. X, Churfürstl. Sächsische Prozess — und Gerichtsordnung (1622) Tit. XVI.
[2]) Уп. *Kleinfeller* 294 (под 1).

да се брину, да се донесе одлука, која одговара „истинитом правном положају". И кад оне то не чине, оне не повређују неку дужност, већ пропуштају, под санкцијом оштете и казни, нешто, што су морале да учине, „ако хоће свој интерес да заштите". Никакво „суделовање" туженика не условљава, вели, ни „постанак процеса" ни „крајњу победу тужиоца". Странке имају у процесу дакле само *„могућност* делања", а не *дужност,* и тако терете а не дужности.[1]) Али у колико је у питању чување јавног интереса, странкама се у процесу мора да наметну изузетно извесне *дужности.* Јавни интерес захтева на име, „да се основа одлуке не извитоперује неистинитим тврђењима и да се процес води крају што је могуће брже и без непотребног одуговлачења". Из тога пак проистиче „дужност истине и дужност, да се процес води без развлачења и сходно наредбама суда", т. ј. на томе се заснивају *дужности* за странку. У процесу странка дакле има *дужност,* кад год је у питању „чување *јавног* интереса". Нема пак дужности, и то је правило, већ *терете* у погледу радњи, „које само мора да предузме, да би се чувао њен *сопствен* интерес".[2]) *Hellwig*-ов критеријум за разликовање између *терета* и *дужности* у процесу је, као што се види, то, да ли је у питању при извесној у закону предвиђеној радњи интерес *странке* или *јавни.*

Аргументација *Hellwig*-ове деобе радњи *странака* у радње *терета* (правило) и радње *дужности* (изузеци) неоснована је. Принцип је грађанског поступка заиста само *„могућност* спорења", а не, као у кривичном (оставив на страну принцип опортунитета), *нужност.* Али кад је процес већ заснован, ма да је то било само могуће, а не нужно, онда за његово спровођење се несумњиво појављује као потребно, да странке имају поред права и *дужности,* био у питању *јавни* или њихов *сопствен* интерес. Произвољно је узети, да у

[1]) *2* 32/33 (под α).

[2]) 2 34 (под β). Закон странкама, вели (32), имајући у виду дужност суделовања у процесу, „не намеће *обавезу* на активно *суделовање* у даљем развијању процесног односа *у толико,* у колико би суделовање могло бити само у њиховом *сопственом* (scil. не у *јавном*) интересу".

случају процесних радњи, где су питању њихови *сопствени* интереси, постоје само *терети* за њих, а не дужности.

2° Према једном другом мишљењу, *Kleinfeller*-овом,[1]) у процесу странке имају *дужности* такође једна према *другој,* али су те „међусобне" њихове дужности, не *„делатносне* дужности", дужности на *делање* (чињење или нечињење, Tätigkeitspflichten), већ „дужности **трпљења**" (Duldungspflichten). Тако тужилац мора „трпети, да се туженик чује, да изнесе противтужбу, да се какво доказно средство, и поред његовог једностраног одрицања, прибави", туженик мора „трпети, да се одбије његово касно изнето средство одбране". Израз као дужност *упуштања* (Einlassungspflicht [в. *1* § 6 II 3б]) се има, вели, да одбаци, јер постоји само дужност трпљења процеса. Исто тако дужност доказивања. Странке иначе и према њему врше у процесу радње, чињења или нечињења, и он само тврди, као што се види, да су дужности странака, које се представљају у теорији као *делатносне* дужности чињење или нечињење), у њиховом односу једна према другој, просто дужности *трпљења.*

Тачно је, да има просто дужности *трпљења* у процесу, и то је, као што је изнето (*1* § 6 II 3 б), и туженикова општа дужност упуштања, али је генералисање *Kleinfeller*-ово очигледно преокретање стварног стања ствари. Исто је тако изокретање стварног стања његово даље тврђење, да те његове „дужности трпљења" нису *„процесне"* дужности трпљења (да н. пр. туженикова дужност трпљења процеса није „садржина неке процесне дужности трпљења"), јер њихов основ лежи тобож *ван* процеса (н. пр. поменута дужност трпљења процеса туженикова је „последица једне дејствима тужбе засноване нужности" а не „садржина неке *процесне* дужности трпљења [einer Prozessduldungspflicht]"; дужност покоравати се претседниковим наредбама седничне полиције и пресуди се подврћи нису *„процесне* дужности", већ су „засноване *ван* процеса у односу грађанина ка држави").[2]) На име и у ко-

[1]) 39 (под III), 197 (под 3), § 2 I и II 3 b.

[2]) 197 под 3.

лико би баш оне биле засноване *ван* процеса, оне би ипак биле дужности у односу на процес, дакле *процесне* дужности.

в) У I. одељку је изнета *општа* (§ 6 II 3 б) дужност *пасивне* странке, на име дужност *упуштања* (в. о њој и § 24) а исто тако *општа* дужност *суда* према странкама, дужност вршења *правосуђа* (*1* § 6 II 3 а), којој одговара *право* активне странке на *одлуку* (не на *пресуду* [као што тврди[1]) н. пр. *Kleinfeller],* а још мање на *повољну* пресуду).

Говори се у грађанском поступку као о једној *општој* процесној дужности и о *дужности вођења процеса.*[2]) То је дужност *туженикова,* да у отпочетом процесу буде пасивна странка на основу тога, што су како он тако и тужилац *способни* за *странку* у конкретном случају. Наводи се обратно дужности вођења процеса *право* вођења процеса, на име као консеквенца (в. § 20 VIII 2 а за *стварну* легитимацију) *постојања* својства *странке.*[3]) О још једној *општој* процесној дужности туженниковој, *доказној* дужности в. § 24.

г) Као што је изнето у 1. одељку (§ 6 II), у сваком (грађанском спорном [„парничном“] и кривичном) процесу мора бити *две* странке (што се означава као **„двостраначки** принцип“),[4]) и може их бити само *две,* а на свакој од две стране може бити *више* **суделовача,** учесника у спору, активних или пасивних *састранака* дакле (т. зв. *спорно* **учесништво** [litis consortium, Streitgenossenschaft] или *субјективно* гомилање тужби [насупрот *објективном,* т.ј. сједињавању више тужби против истог лица]). И у случају *вишине* супарника, састранака активних или пасивних, иступају једна према другој (в. *1* § 6 II) у процесу само *две* странке, јер сваки процесни суделовач се налази према противнику у

[1]) 293 под II (тужилац је с подизањем тужбе добио *право* на *пресуду* независно од тога, да ли се је туженик у тужбу упустио“).

[2]) Уп. *Rosenberg* 8 под b, 114 (под IV 1 [Prozessführungslast за њега]).

[3]) *Rosenberg* § 39 V 4 (оно и Sachlegitimation нису, вели, лично својство странака, већ се ту тиче питања, да ли су оне „истините странке“, на које се има да одговори „на основу стварног односа ка спорном предмету“).

[4]) *Rosenberg* § 39 III (Zweiparteienprinzip, изузимајући за нем. законодавство поступак одузимања својевласти и оглашења), *K. Heinsheimer* Das Zweiparteienprinzip im Prozess und Vollstreckung (у Festschrift f. A. Wach 1913, 3 129), *Glasson 1* 425.

сопственом процесно-правном односу (постоји вишина процесно-правних односа) и само су, као што се каже,[1]) више процеса спојена у једноставно расправљање и одлучивање

1° У поступку грађанском и кривичном могуће је на активној, а у грађанском и на пасивној страни *приступање* спору од стране трећег лица ради *потпомагања* једне странке, а за заштиту *сопственог* интереса. У *кривичном* поступку то је т. зв. *приватни учесник,* на име оштећени кривичним делом, који се је (§ 6 ал. 7 к. с. п.) туђем процесу придружио ради *остваривања* свог *приватно-правног* потраживања (или ближе узгредни *тужилац,* који се, ако сам предузме гоњење место државног тужиоца [§ 53 к. с. п.], појављује као *субсидијарни* тужилац). У *грађанском* поступку то је т. зв. *споредни умешач* (споредни интервенијент, насупрот *главном* [§ 117 г.с.п.], т.ј. лицу које је подигло тужбу против једне или обе парничне странке захтевајући њоме, као свој, предмет [ствар, право, оштету] већ постојећег спора, цео или један део истога [установа, којој је циљ избегавање двоструког парничења и привремених пресуда, али у случају које постаје *нов,* узгредни спор, те она није суделовање у *правом* смислу у главном спору]), а то је лице, које у туђем процесу суделује у сопственом (имовинском или у опште *правном)* интересу (т. зв. *основ* интервенције) ради *потпомагања* једне од две странке (т.ј. за победу исте). *Процесно-правни* положај *споредног* умешача је споран. По једном, тачном схватању он је *странка, споредна* странка (Nebenpartei), насупрот „главној странци“,[2]) дакле процесни *субјекат.* По другом је он *законски* заступник странке. По трећем пак мишљењу је он само *помагач* странке (socius litis), спорни помагач (Streitgehilfe) по *сопственом* праву (и ако ограниченом захтевом непротивречења његових радњи са парничним радњама странке). Он у спору, вели се у прилог овог мишљења, не поставља свој, већ помаже туђ захтев, те није *странка,* а с друге стране он дела у *своје име,* а не у име странке, те и ако његове радње

[1]) *Rosenberg* § 39 III 3 (Streitgenossen).

[2]) Тако *Rosenberg* § 46 I.

имају дејства за странку, он је не *заступа*.[1]) Ова аргументација је неоснована, јер споредни умешач ступа у процес, да оствари *свој* интерес, те делајући у *своје име* он је *странка* у пуном смислу, и ако само *узгредна* странка. То исто важи и за приватног *учесника* као *узгредног* тужиоца у кривичном поступку. Једна нарочита врста *споредног* умешача је т. зв. *литисденунцијат* (§ 122 г. с. п.), т. ј. (у случају особито теретних уговора) од једне од две странке о парници *обавештени* (litisdenuntiatio, Streitverkündung), који је уједно позван за *заштиту* и том се је позиву *одазвао* (од своје стране он може у спор позвати другога, н. пр. продавац предпродавца).[2]) И он је, као и споредни умешач, не *помагач* странке, већ споредна *странка*.[3])

2⁰ Активна и пасивна странка мора наравно да буду представљене са два *разна* лица, т. ј. странке мора наравно да су различна лица. Нико не може (ни у цивилном процесу), као што се каже, сам против себе да процесира (ни као приватни учесник [узгредни тужилац из §§ 6 и 52 к. с. п.], ни као заступник другога, ни као процесни суделовач или споредни интервенијент противников).[4])

д) *Процесно-правни* однос, чије је постојање карактеристично за појам странке, мора да буде однос *правне* **једнакости** у процесу, једнакости правног положаја, не само у грађанском, већ, сходно акузаторском принципу, и у савременом кривичном поступку, и до тога је и довела историјска еволуција.[5]) Та се једнакост огледа у томе и тиме

[1]) Уп. *Kleinfeller* § 43, *Schmidt* § 133 I.

[2]) Т. зв. *именовање* претходника (nominatio [s. laudatio] auctoris [§ 123—125 г. с. п.]) је једна нарочита врста литисденунцијације.

[3]) Уп. *Rosenberg* §§ 46 I и 47.

[4]) Уп. *Rosenberg* § 39 III 1.

[5]) Уп. *Kleinfeller* 189, § 60 пред I (процес је „правно уређена борба странака за њихово право", а „часна борба претпоставља једнакост оружја", које нема без „једнакости права и дужности" [„један човек има толико права колико други"]), *Birkmeyer* 143 (под 4). — *Gerland*, противник теорије процесно-правног односа (в. *I* § 5 III 2), док грађанском поступку признаје бар постојање странака, за кривични поступак узима (11, под α и β), да о није (као грађански поступак) „поступак *странака*" (Parteienprozess), т.ј.

обезбеђује, што обе странке имају разна процесна права или користи (услух, сиромашко право, разматрање списа, чињење предлога, подношење правних лекова, повраћај у пређашње стање ит.д.) под истим *претпоставкама* и на исти **начин** (т. зв. *принцип* **једнакости** *странака* [зван и принцип једнакости оружја]).[1]) Но ова једнакост у процесу постоји само у опште, принципијелно, т.ј. у крајњој линији посматрајући процесна права и дужности, или, како се каже,[2]) само *формално*. По себи се пак разуме, да у појединостима мора бити међу њима извесне *неједнакости* у процесно-правном положају (т.зв. *материјалне* [или *квалитативне*] неједнакости), пошто је једна тужилац, а друга тужена, и сама једна или друга процесна улога повлачи посебне користи.[3]) Та се неједнакост огледа у грађанском поступку н.пр. у томе, што тужилац не може без противтужбе бити осуђен на чинидбу у корист туженика (не постоје данас iudicia duplicia), и ако и један и други могу према исходу спора бити осуђени на трошкове.[4]) Поред овог постоје у грађанском поступку и друга процесна преимућства туженика, тако да се у њему *туженичка* улога појављује по својој природи као *повољнија* (н.пр. меродаван је за тужбу домицил тужеников [actor forum rei sequitur], даље туженик за време процеса ужива корист државине, пасивна странка се може ограничити на порицање

поступак, „у коме *странке* процесирају међу собом" с „процесном равноправношћу" (с т. зв., вели, „једнакошћу оружја"). У кривичном поступку „у истини само *један* суделује, оптуженик", те „не процесирају странке међу собом", већ се напротив „процесира за државу против некога", из чега излази, да се у овом поступку не може у опште говорити о некој „равноправности *странака*".

[1]) Уп. *Rosenberg* § 39 IV 1, *Birkmeyer* 14 (под 4 [Parteien-oder Waffengleicheit)], *Kleinfeller* 190 (под II).

[2]) *Rosenberg* 1. с.

[3]) Уп. *Kleinfeller* § 60 пред I.

[4]) Уп. *Rosenberg* § 39 IV 2 (наводећи разне примере за цивилну процесну „материјалну" неједнакост у правном положају странака). Према *Kleinfeller*-у (190 под III) нетачно је тврђење за цивилни поступак, да се тужилац, „оставив на страну дужност трошкова", не може осудити „у главној ствари", наводећи за то примере. В. и *Birkmeyer* 143 (под 4) и 145 („принципијелно бар странке стоје, вели, једна према другој као равноправни процесни субјекти"; „што се једном уступа, и другоме се даје").

тужилачког захтева [onus probandi је на тужиоцу] и овај се при неуспеху доказивања одбија [actore non probante reus absolvitur], затим у сумњи се одлучује у корист туженог [in dubio pro reo]).[1]) Но с друге стране има извесних преимућ-ства, која проистичу из саме природе улоге *активне* странке у грађанском поступку, те се бар једним делом користи изравњују (као н. пр. тужилац бира тренутак подношења процесног захтева, он одређује врсту напада [н. пр. редовни поступак или неки други, у колико је то могуће] и обим истога [спајање више захтева, деоба захтева и гомилање основа тужбе у цивилном поступку]).[2]) У кривичном поступку пак се положај *пасивне* стране појављује обратно као *неповољнији* због јавно-правног положаја државног тужиоштва (ма да ни окривљеник није дужан, да служи оптужби, сем дужности едиције, наметнуте му противно принцицу: nemo contra se edere tenetur).[3]) Процесне користи, које су у кривичном поступку неизбежно скопчане с улогом државног тужиоштва, се изравњавају разним процесним уступцима окривљенику (favores defensionis).[4])

Из принципа *једнакости* странака проистиче на првом месту као његова нужна консеквенца већ поменути захтев обостраног услуха (т.зв. *принцип* **двостраности** [audiatur et altera pars]). По том принципу пресуда и ма која друга одлука не сме бити донета, ако се претходно обема странкама није на *подједнак* начин дала **могућност** *(прилика)*, да се изјасне, „до речи дођу" (усмено или, у колико је то допуштено, писмено [искористиле оне ту могућност или

[1]) Уп. *Kleinfeller* 190 (под III), *Birkmeyer* 145 (под 4).

[2]) Уп. *Kleinfeller* 190 (под III).

[3]) Уп. *Birkmeyer* 145 (под 4). — У енглеском праву овог недостатка нема, јер у њему постоји систем приватног тужиоца (као у римском праву actio popularis). Неједнакост положаја тужиоца и окривљеника при систему државног тужиоштва требало би по једном предлогу да се отклони организовањем *одбране* као *јавне* функције, као што је то оптужба *(Ferri* La Sociologie criminelle 1905, 524, *Luchini* Elementi di Procedura penale 1895, п. 195; в. *Garraud* 3 и 515 и пр. 6, који се изјашњава против овог предлога за Француску, „с обзиром на драгоцено суделовање бароа у мисији одбране окривљеника", који је увек испуњавао, вели, „ову своју високу мисију").

[4]) Уп. *Birkmeyer* 145 (под 4).

не]).[1]) Без давања те могућности пресудна грађа би једнострано била прибрана, те би био повређен оптужни принцип и пресуда не би била праведна.[2])

II. У *Birkmeyer*-овом „процесно-правном" одређењу појма „странке" налази се као особено обележје, које он у анализи изводи,[3]) „иступање лица у *процесу*". Ван процеса може, вели, бити спора између суделовача (н.пр. цивилистички захтеви), али они постају странкама тек у процесу, а пре тога су само „поверилац и дужник". Затим он истиче[4]) као особено обележје, да онај, који у процесу иступа, има према себи „лице, које дела у супротном интересу", „*противника*" (из чега закључује, да државни тужилац само у толико фунгира као *странка* у кривичном процесу, у колико не дела у корист *оптуженика)*. Оба су ова обележја заиста *особена* обележја у *Byrkmeyer*-овој „процесно-правној" дефиницији. То је зато, што он у њој не полази од појма процесни субјекат као *генусног* појма *странке*. У томе међутим лежи једна од грешака његове дефиниције, јер *странка* није наравно највиши процесни појам, већ је то *процесни субјекат*. Кад се пак пође од појма *процесни субјекат* и њему придаду друга обележја наше дефиниције странке, поменуте две околности су заиста састојци појма странка, али не *самостални*, већ улазе у обим поменутог *основног* и *другог* елемента нашег појма странке. Чим је на име неко процесни субјекат, он *иступа* „у процесу", а чим је још и носилац одн. намењеник процесног захтева, он има једног другог процесног субјекта за *противника*. Чисто процесно-правно схватање странке меша у осталом у опште појам процесног субјекта с појмом странке.

III. *v. Kries* у својој чисто *материјалној* дефиницији странке, датој за кривични поступак истиче, да је „правни

[1]) Уп. *Kleinfeller* 190 (под I), *Birkmeyer* 143 (под 4).

[2]) Уп. *Birkmeyer* 143 (под 4).

[3]) 295 под a.

[4]) 295 под b.

субјекат" (основно обележје те дефиниције), чија су права одн. дужности предмет одлучивања у судском поступку, странка само „у колико му у овоме припада право на процесну *делатност*". Ово обележје његове дефиниције је међутим двојако излишно. У колико се на име ту мисли односно активне странке на *државу*, додатак је излишан, јер се по себи разуме, да држава има *право* на процесну делатност, ако нема процесну *способност*. У колико се ту пак мисли на лица, која су неспособна, да поднесу приватну тужбу (одн. да буду узгредни тужиоци [приватни учесници]), већ то чини њихов законски заступник (случај деце до ненавршених шеснаест година [§ 87 ал. 1 к. з.]), додатак у питању је опет излишан, пошто према *v. Kries*-овом схватању активна странка у кривичном процесу може бити само држава.

ГЛАВА IV

АКТИВНА СТРАНКА

§ 22. Појам тужилачке (активне) странке (тужиоца).

I *Активно* легитимирана, тужилачка странка у поступку је, као што се је видело у (§ 20 IV), *нападни* процесни субјекат, субјекат дакле, који подноси *захтев*, о ком суд, трећи процесни субјекат има да одлучи. Тај захтев је увек *изјава процесно-правне воље заснивања процеса*, био он (в. *1* §§ 2 I 2 и 3 I 1) *приватно*-правни (грађански, цивилни [тражење, потраживање]) или *кривични*, т. ј. *јавно*-правни. *Тужилачка* странка је дакле увек, било у кривичном било у грађанском поступку, *субјекат правног захтева суду преданог на решење*. У наслону на дану *генусну* дефиницију *странке* (в. § 20 V 2) *тужилачка* странка или краће *тужилац* се има да дефинише као процесни субјекат, *чији* је процесни *захтев* (који је *носилац* процесног *захтева*) и између кога и *противног* субјекта је заснован *процесно-правни однос* (в. V 3 за дефиницију *кривичног* тужиоца). Сходно реченом за *странку* у опште(§ 20 III и VIII 1) *без значаја* је за појам *активне* странке, да ли се поред способности за *странку*, која се мора имати, да би се било странка, има и *процесна* и *постулациона* способност.

II. Тужиочева *изјава воље* се појављује у *грађанском* поступку као једна *молба* на суд управљена, молба на име за

правну заштиту[1]) (или као молба, рекурс судској власти за признање оспораваног права или за васпостављање [указивање респекта] повређеног права);[2]) у *кривичном* поступку као молба за примену кривичне санкције и тако за заштиту друштва од криминалитета. *Општи* назив (како се зове и само писмено) за ту молбу је *тужба* (Klage, action).[3]) Тако се она и зове у цивилном поступку, док у кривичном *оптужницом* (Anklageschrift, réquisitoire [réquisition][4]) или *јавном тужбом* (öffentliche Klage, action publique) сем прве изјаве воље тужиоца код неофицијелних кривичних дела, где се зове *приватном* тужбом.

1. *Тужба,* једнострани правни акт је по самој дефиницији (субјективног) права *нужна допуна* права, ако се баш не може рећи (в. § 20 VI 1), као што се каже, да је она „у основу само право" или да је право једно стање, *статичко* стање једне правне ситуације, а тужба друго, *динамичко* стање те исте ситуације.[5]) Право с њоме као подлогом у *латентном* стању је једно *статичко* (неактивно) правно стање (ситуација), а с њоме у *акцији,* кад се оно пориче или повређује, постаје једно *динамичко* (активно) правно стање (ситуација). Отуда она прати право у свим његовим променама. Ако је право (приватно или [у случају условних кривичних дела] на санкцију) *условно,* тужба се за приватно право не може подићи pendente conditione, а *кривична* може, али се гаси, ако се услов не испуни.[6]) Ако је право с *роком* за постанак или трајање, то важи и за тужбу.

2. *Предмет* поступка, кривичног (causa criminalis) или цивилног (causa civilis) је, као што се је видело (1 § 2 1 I и

[1]) Уп. *Schmidt* § 63 I 1 (под а).

[2]) Уп. *César-Bru* 60.

[3]) У нем. г. с. п. у особеним поступцима Gesuch (в. *R. Schmidt* § 63 1 под b). У франц. књ. *тужба* је *право* тужбе (droit *d'* action), по некима чак право против државе или судије. В. *Glasson 1* 425.

[4]) Државно тужиоштво према франц. праву „врши јавну тужбу" подношењем захтева под тим називом и за отварање истраге и потом ради суђења. В. *Garraud* 1 п. 153.

[5]) Тако н. пр. *César-Bru* 60. Прот. *Glasson 1* п. 183.

[6]) Уп. за грађански поступак *César-Bru* 60.

3 I 1), један одређени правни *захтев* (тражење од суда). Оно пак, што је *предмет* тог *захтева,* т. ј. оно што се у тужби захтева од активног субјекта (у кривичном поступку примена казне или мере безбедности, у грађанском н.пр. каква ствар или оштета или право), зове се у грађанском поступку *предметом тужбе* (или *спорним предметом* [будући, да је он посредно предмет и поступка, спора, Streitgegenstand], *тужбеним предметом).*

3. *Предмет* тужбе, тражења у њој садржаног мора имати свој правни *основ,* правну чињеницу, из које потиче. То се назива у грађанском поступку (где је његово издвајање због природе приватно-правних односа нужно) *основом* тужбе (causa actionis, petendi).[1]) *Основ* тужбе је, с њеним *предметом,* најважнији њен део. Тај основ је у *цивилном* поступку какав *правни однос* (право, правни посао или [уговорно или вануговорно] неправо), а у кривичном какво *кривично дело* и *кривац.*

III. Тужба као тужиочева изјава воље треба да садржи довољно обележење својег *основа* (другот свог састојка [в. II]), основ дакле свог захтева. У том погледу има за *грађанску* тужбу два схватања.

1. Према некима довољно је ради обележавања *основа* тужбеног захтева, да је у тужби наведен *правни однос,* из кога конкретно тражење проистиче, у толикој мери, колико је потребно, да се подигнути захтев од других сличних одвоји, у својој индивидуалној природи сазна (т. зв. теорија *индивидуализирања* [која је била заступљена н. пр. у срп. г. с. п., § 94 т. 2: „и по каквом основу, н. пр. на основу промене, куповине, оставе, послуге, залоге итд."]). Ближе обележење основа тужбе може се према потреби (в. 2) дати касније у току поступка.

2. Према другом једном схватању потребно је међутим, да се *већ* у самој тужби наведу „потпуно" чињенице, „на којима се оснива захтев тужиочев", да она садржи „историј-

[1]) Уп. *Stein* § 42, *Kisch 2* § 12 II 1 (Klagegrund), *Schmidt* § 64 II 2 (Grund, Gegenstand und Antrag eines Privatrechtsanspruchs). *Glason (1* п. 176) говори само о *„објекту* тужбе".

ско излагање", елементе из којих захтев „историјски проистиче", „супстанцизирање" захтева (т. зв. теорија *супстанцизирања* [примљена одређено[1]) н. пр. у к. с. п., § 321 ал. 1: „кратко и појединачно навођење чињеница, на којима се оснива захтев тужиочев, о главним и споредним стварима", треба тужба да „садржи"]). Тако ако се захтева издавање одузете ствари, тужилац има по теорији *индивидуализирања* да наведе само, да је њен сопственик, право својине дакле, и тек ако му туженик оспорава својину има да наведе чињенице, на којима се заснива његово право својине, док према теорији *супстанцизирања* има ово одмах у тужби да наведе.[2]) Умесно се примећује, да се разлика између ове и претходне теорије огледа поглавито код стварних тужби, док се у погледу уговорних по правилу не може ни појавити, пошто се тражбина, као и деликтни правни однос, тешко могу приказати без назначења начина њиховог постанка.[3]) *У кривичном* поступку се за оптужницу, из истог наведеног разлога за деликтне облигације у грађанском, мора да прими теорија *супстантизације* (примењена у к.с.п. [§ 202 ал. 2]). За оптужницу се и у теорији захтева у погледу обележења основа оптужбе, на име кривичног дела и (Трипартиција) кривца, она врста обележавања, која се у грађанском поступку назива *супстанцијализацијом*. Но сходно природи два основа кривичне оптужбе се то, што спада под појам супстанцијализацију, без означења целине супстанцијализацијом, цепа (в. О. д. К. п.) међутим у двоје: захтева се пре свега т. зв. *специјализација*, т. ј. изношење у оптужници обележја кривичног дела и кривца у *конкретном* стању њиховом, и уз то т. зв. *индивидуализација*, т. ј. обележење *конкретних модалитета* извршења, који су *ван* бића кривичног дела и кривца (време, место, оруђе, душевно стање, време дела и циљ извршиочев).[4])

IV. 1. Подносилац тужбе у *грађанском* поступку, *активна* цивилна странка назива се *тужиоцем* (Kläger, demandeur),

[1]) За нем. г. с. п. је спорно, која је теорија усвојена (Reichsgericht се придржава [R G *10* 434] теорије супстанцизирања]).

[2]) Уп. *Stein* § 42, *Schmidt* § 64 II b, *Schwartz* 72, *Kisch* 2 § 12 II 1.

[3]) Уп. *Schwartz* 72.

[4]) В. нарочито *v. Kries* 501, 502, 503, а и *Graf zu Dohna* 143.

и његов акт тражења *тужбом*. Једна особита форма његова је *противтужилац*, т.ј. туженик, који у истом спору код истог суда подиже особени приватно-правни захтев против тужиоца, т.зв. (в. и § 51 ал. 5 к.с.п.) *противтужбу* (Widerklage), за шта је потребан (§ 94 г.с.п.) конексите т, т.ј. правна веза противзахтева са захтевом.[1]) Тужилац одн. противтужилац може бити *физичко* или *правно* лице, што може наравно бити и држава (која се онда појављује, не као суверено јавно-правно лице, већ као носилац приватних права, подложан истим процесним нормама као и сваки други тужилац). Он је и у предржавном и у државном грађанском поступку био увек исто приватноправно биће и само су еволуирале његове процесне функције и процесни правни положај у односу ка суду. Поступак (за разлику од кривичног) је увек почињао тек с његовом тужбом, без обзира на то, да ли се је узимало, да се он заснива тиме или (као у канонском праву [в. § 21 I 3 а]) тек заједничком делатношћу обеју парничних странака (т.зв. litiscontestatio)[2]) или (као у г. с. п.) тек с доставом тужбе туженику. Сем тога поред ње није имао никад да преда суду *нов* тужбени акт. О способности за *активну* парничну странку у грађанском поступку в. § 20 VIII 1а.

2. Подносилац тужбе у *кривичном* поступку назива се такође *тужиоцем* (Kläger, demandeur, plaignant), али се његов акт зове *тужбом (приватном* тужбом) само код неофицијелних деликата, а код официјелних *оптужницом* (у колико [у поступку код среских судова] у опште нема оптужнице). Код неофицијелних деликата се подносилац тужбе зове *приватним* тужиоцем, будући приватно лице према држави, а код официјелних подносилац оптужнице *државним* тужиоцем, ако је тужилац државни орган, *приватним учесником* пак ако је тужилац сам оштећеник долазећи на место државног тужиоца (§ 6 ал. 7 к. с. п.). Поред оптужнице нема државни тужилац одн. приватни учесник да преда суду никакав нов тужбени акт (као и тужи-

[1]) Уп. *Schmidt* § 132 II.

[2]) Уп. *Schmidt* § 63 I, *Stein* § 43, *Kisch 2* § 12.

лац у цивилном поступку дакле), док приватни треба по припремном поступку да поред раније приватне *тужбе* поднесе *нов* оптужни акт, *оптужницу* (сем поменутог изузетка код среских судова).

а) *Државни* тужилац способан је за *активну* странку наравно по самом акту његовог постављења за таквог државног органа. В. о државном тужиоцу § 23.

б) За *активну* страну као *приватни* тужилац (а то важи и за приватног *учесника)* способно је свако физичко и правно лице. Повређеник остаје на приватну тужбу овлашћен и према томе има способност за активну странку и у колико (§ 87 ал. 1. к. з.) ту тужбу може (због неспособности за правне послове, до навршене шеснаесте године) поднети *само* законски заступник, јер он је онда носилац процесног захтева, а само је *процесно* неспособан (од чега је, као што се је видело [I и § 20 VIII 1 а], независна способност за странку). То излази и из материјално-правног појма странке, док из процесно-правног појма исте проистиче[1]) обратно (као и за правно лице [које заступа нужни заступник]).

V. За разлику од реченог (IV 1) за *грађански* поступак тужилац у току историје *кривичног* поступка није био увек *исто* правно биће, као што му се је и *функција* с *процесним правима* мењала у односу ка суду. В. § 23.

1. Присвојивши себи право на кажњење држава је тим самим, као правно лице, које своје функције врши преко својих органа, била упућена, да и функцију кривичног гоњења повери некоме органу. Тај орган је у својој еволуцији, која је у тесној вези са развићем идеје о задацима државе у погледу напада на потребе њене егзистенције и тим самим са развићем државне идеје и система државне орга-

[1]) Тако *Birkmeyer* 297 под j (јер је, вели, законски заступник тај, који по сопственој одлуци врши процесну власт располагања).

низације, прошао, као што је већ примећено (§ 12 I), кроз две фазе.[1]) У *инквизиторском* поступку на име (оставив на страну римски оригинални систем *популарне оптужбе* [actio popularis], према којем је сваки грађанин [quivis ex populo] имао право и дужност, да буде тужилац због групе кривичних дела, која су чинила средину између delicta publica, из надлежности комисија, и delicta privata,[2]) и то не само ако је он повређеник, већ „зато, што је он део државне власти, против које је кривично дело управљено“)[3]) судија је у *исто време* орган кривичног *гоњења,* т. ј. он сам предузима гоњење (по сопственом сазнању за кривично дело или пријави) у општем интересу (т. зв. систем *службеног* [официјалног] *гоњења* [la poursuite d'office]). У реформисаном *акузаторско*-истражном (в. § 12 III о том *мешовитом* карактеру савременог кривичног поступка) поступку функција *гоњења* је међутим *одвојена* од функције *суђења,* т. ј. поверена је, место суду, *засебном* државном органу, *државном тужиоцу* (т. зв. систем *јавне оптужбе,* или [в. 2] тачније систем **апсолутне** јавне оптужбе).

[1]) Уп. *Ullmann* § 53 I (206). В. и *Garraud (I* n. 708 и 709), који у историјском прегледу облика вршења акузације разликује *„четири фазе“* исте. Као историјски *прву* форму помиње на име систем *приватне* тужбе (le système de l'accusation privée), где су „жртва кривичног дела или њени наследници гонили, у свом сопственом интересу, да би добили оштету, која иде у њихову корист“ (систем [n. 78] „варварских народа“, који пренебрегава „социјални карактер репресије“, и који су цивилизовани народи напустили). Затим као даље форме наводи: 1⁰ систем *„популарне* оптужбе“, који се састоји у *репрезентацији* државе грађанима (против којег наводи [*I* n. 79], да се популарна акузација може да „успава из страха, корупције или индиференције“ и да може да постане „средство шантаже у рукама посрнулих људи“, помињући тим поводом речи *Thouret*-а на седници конституанте од 4. августа, 1790 [„кад сваки има дужност да бди, долази тренутак, кад нико не бди“], *Aurault-a* [да би се укидањем тог система учинило, „да престане сва необуздана мржња, да се међусобно једу једни друге“] и *Montesquieu*-а, Esprit des lois, књ. VI, гл. VIII [да је увођењем од влада службеника за гоњење у њихово име „постала функција делатора међу нама“]), 2⁰ систем *службеног* гоњења (la pousuite d'office) и 3⁰ систем јавне оптужбе.

[2]) В. Општи део *I* § 8 II 5.

[3]) Уп. *Birkmeyer* 301 и 305, *Laborde* n. 654 („државно тужиоштво нема *монопол* вршења јавне тужбе“).

За изузетну примену система *службеног* судског гоњења у к. с. п. (код среских судова) в. § 23 I.

2. Развој акузаторско-истражног поступка довео је у прошлом веку до тога, да у извесним случајевима функцију гоњења место *државног* тужиоца врши *приватно* лице, на име *приватни тужилац* код кривичних дела по приватној тужби, а у садањим к. с. п., нарочито у најновијим, *субсидиерни приватни тужилац* (приватни учесник у к. с. п.) код свих осталих, т. ј. официјалних кривичних дела. *Систем* т. зв. *оптужног* **монопола** (Anklagemonopol) не постоји дакле апсолутно, већ само *релативно,* пошто је прекршен *двојако,*[1]) давањем појединцима двојаког удела у гоњењу (и ако само *повређенику* одн. [у ново доба] и *оштећенику,* а не[2]) *сваком* појединцу као грађанину, саносиоцу државне власти, као у Енглеској, где сваки има грађанску дужност на кривично гоњење [консеквенца система selfgovernment] и где је за теже и важније кривичне ствари и сем тога за случајеве, кад кривично гоњење није предузето од ког приватног тужиоца [дакле субсидиерно], тек у prosecution of offences act од 3. јануара, 1879 [који је добио обавезну снагу 1. јануара, 1880] установљено државно тужиоштво [director of public prosecution]). То се оправдава потребом узимања у обзир[3]) *приватних* интереса у репресији, које би могао да пренебрегне државни тужилац (нарочито као лице зависно од владе).[4]) Тај монопол је, ако не прекршен, ослабљен у савременом праву и у колико је гоњење учињено зависним код извесних кривичних дела од давања одобрења од стране овлашћеника и подношења предлога од стране оштећеника. Ово је *последња,* савремена фаза у развоју установе тужиоца. Систем оптужбе,

[1]) Уп. *Birkmeyer* 301 и 305, *Laborde* п. 654 („државно тужиоштво нема *монопол* вршења јавне тужбе"), *Доленц* 33.

[2]) Уп. о томе *Ullman* 209, *Garraud* 1 п. 79 (164).

[3]) То се је могло догодити, како наглашава *Ullmann* (208), тек у модерној уставној држави, док је у апсолутистичкој било по себи разумљиво искључиво старање државе за заштиту правног поретка (и ако се је и ту осећала потреба за корективом искључивог уступања државним органима кривичног гоњења).

[4]) Уп. *Birkmeyer* 300, *Ullmann* 207—209.

који је у њој поникао, може се назвати системом **релативне** *јавне оптужбе* (на супрот [в. 1] *апсолутном).* Одликује се, као што се види, тиме, што се гоњење у *принципу* врши од за то делегираних државних службеника, органа државног тужиоштва, а *изузетно* од појединца, приватног лица. У погледу тог изузетка овај систем има две варијанте,[1]) првобитну, француску, где поред јавне оптужбе постоји *приватна* тужба код т.зв. кривичних дела по приватној тужби, неофицијалних, и савремену, немачку одн. аустријску, либералнију, с приватном тужбом и уједно за официјалне деликте са супсидиерним приватним тужиоцем — учесником, т. ј. са т. зв. системом *супсидиерног* приватног тужиоца [subsidiäre Privatklage] уз систем принципалне или примарне приватне тужбе, две[2]) „коректуре" приватне оптужбе [Privatanklage]). Тај је систем примљен у већини законодавстава, по угледу на француско право (по чему се назива и *француским* системом).[3]) Њему се противставља поменути *енглески* систем, према коме (по угледу на actiones populares римскога права) напротив *претежна* улога у гоњењу, које се врши увек у *општем* интересу (у енглеском праву чак у опште нема кривичних дела по *приватној* тужби), припада (у облику popular action) *појединцима* (и удружењима основаним с тим задатком), а само у извесним случајевима и субсидијерно, као што је горе поменуто, држави, т. ј. *државном тужиоцу* (директору public prosecution), public prosecutor-у (који стоји под надзором attorney general-а и поред гоњења даје савете и потпору полицијским органима и свакоме у отпочетом гоњењу).[4])[5])

3. Но у свим случајевима гоњења оно се врши у име државе, пошто њој припада право на санкцију, те се може говорити ипак о кривичном *тужиоцу* (Ankläger) као *генусном*

[1]) Уп. о њима *Garraud 1* п. 80.

[2]) Уп. *Birkmeyer* 302.

[3]) Уп. *Birkmeyer* 300 (под II) и сл., *Ullmann* 208 и сл.

[4]) Уп. *Garraud 1* 79 (164), п. 81 (168).

[5]) Од увек су два службеника (официјална) круне могла да врше гоњење у изузетним случајевима и кад су непосредно у питању интереси круне. То су attorney general и његов заменик, супституте, solicitor general.

кривично-процесном појму. То је (в. I) процесни *субјекат* (државни орган [власт] или приватно лице), који је *носилац, као заступник државе* (т. ј. у њено име), *кривично-процесног захтева,* а између кога је и окривљеника заснован *процесно-правни однос.*[1]) *Државни* тужилац се одликује само својим својством *државног* органа (државне власти).

4. У колико није прекршен *монопол* установе државног тужиоштва, она треба наравно, да би поступак остао *акузаторски,* да постоји за гоњење по *свим* кривичним делима, без обзира на њихову *тежину,* према томе, пред *судовима* (изузев дакле она из надлежности управних власти), и за најлакша кривична дела (сресни судови). У извесним земљама она заиста и постоји код свих судова, и ако ипак не као засебна установа и код најнижих.[2]) У Француској постоји т. зв. ministère public код Касационог суда (procureur géneral de la République, avocats géneraux [његови субститути] и secrétaire général]), апелационих (parquet чине procureur général de la Republibue, његови субститути avocats généraux, који га замењују [највиши његови заменици], врше административне послове и узимају реч на претресима већа, комора, којима су придодати) и окружних судова (procureur de la République и његови субститути, звани и les avocats de la République),[3]) као и код полицијских судова за иступе (juge de paix као juge de police), где ту функцију врши[4]) полицијски комесар (ако га нема или је спречен, онда претседник општине, његови помоћници и одборници, или административно лице из среза [кантона] одређено од procureur géneral-a); у Немачкој[5]) и код сресних судова (надлежних за иступе).

[1]) Уп. *Birkmeyer* § 53 I (наводећи у анализи своје чисто процесне дефиниције три елемента појма кривичног тужиоца).

[2]) Т. зв. *le parquet,* скуп државног тужиоца и његових субститута, тако назван по некадањим њиховим седиштима на подножју судске естраде на поду од дасака (la planche). В. *Garraud 1* 181.

[3]) В. *Garraud 1* п. 87 II.

[4]) Уп. *Garraud 1* п. 87 I.

[5]) Уп. *Gerland* § 41 I 2.

§ 23. Државно тужиоштво (као активна процесна странка у кривичном и грађанском поступку).

I Установа државног тужиоца је поникла у Француској[1]) у 14. веку (у доба краљевства [т. зв. procureurs du roi]) У садањој својој структури државно тужиоштво потиче од француског к. с. п. од 1808 (у коме је установи државног тужиоштва, особеном „судском телу“ *[Garraud],* специјалној „судској магистратури“ дат назив le ministère public, а њеним службеницима les procureurs de la République) и од закона о њеној организацији од 20. априла, 1810. Одатле је прешла у немачко, а затим у аустријско законодавство (под именом Staatsanwaltschaft) и остала (в. § 22 V 4).[2]) У к. с. п. одредбе о уређењу државног тужиоштва садрже се у гл. 4, §§ 39—42 к. с. п. (основне одредбе), у з. о држ. туж. од 21. марта, 1929 и ур. о посл. р. за држ. туж. од 5. децембра, 1929 (пре тога у Србији није било установе државног тужиоштва и ту су улогу вршиле у припремном поступку полицијске власти и у главном поступку годишњим распоредом одређени судија).[3]) Постоји под називом *врховно* државно тужиоштво при *Касационом* суду (§ 41 к. с. п.), под називом *више* државно тужиоштво при *апелационим* судовима (§ 40 к. с. п.) и под називом државно тужиоштво при *окружним* судовима (§ 39 к. с. п.). При *сресним* судовима се могу установити (§ 13 з. о држ. туж.) уредбом Министра правде „нарочити вршиоци дужности државног тужиоца“, с одређењем круга њиховог рада и та се дужност може поверити ком судском приставу или судијском приправнику или у одсуству истих некоме од судског административног особља. У одсуству тога *сресни* суд отпочиње гоњење *службено* (т. зв. *службено гоњење* [в. § 22 V 1], уз т. зв. право *покретања,* импулзије гоњења,[4]) које

[1]) Уп. *Garraud 1* п. 78 (наглашавајући за институцију ministère public, да „њено порекло није ни *римско* ни *германско,* већ чисто *француско*“) и 82 (где вели, да Римљани нису никад имали идеју, да створе ministère public“), *Vidal-Magnol* 621, *F. Helie 1* п. 238 и сл.

[2]) Уп. *Garraud 1* п. 79 и 80, *Birkmeyer* 307 (под 2).

[3]) Уп. *Живановић* Пројекат и мотиви уз пројекат закона о државном тужиоштву, Арх. 1920, 30 и сл.

[4]) Уп. *Laborde* п. 656 (poursuite d' office и droit d'impulsion) и 659.

имају и *окружни* судови у случају извршења каквог кривичног дела у току главног претреса у заседању [§ 234 к. с. п.]). Но према §§ 339 и 386 ал. 1 к. с. п. у надлежност државног тужиоца код *окружног* суда спада и то, „да сам лично или преко свог заменика или заступника суделује у поступку код *среских* судова". При врховним државним тужиоштвима постоји и потребан број *заменика,* а при осталим у колико су исти потребни (§ 2 з. о држ. туж.). При окружним судовима као судовима за *млађе малолетнике* постоји као *посебна* установа *вршилац дужности* државног тужиоца за млађе малолетнике (кога одређује *привремено* [чиме се мења § 436 ал. 1 ст. 2 к. с. п., према коме се поставља за три године, а може му се функција продужити и даље од три године] виши државни тужилац међу члановима државног тужиоштва [§ 12 ал. 2 з. о држ. туж.]). При Државном суду за *заштиту државе* постоји посебан државни тужилац, коме се могу поставити заменици (§ 5 з. о држ. суду за зашт. држ.). Сви чланови државног тужиоштва (и заменици) постављају се указом (на предлог Министра правде).

II. *Главна* функција (задатак) државнвг тужиоца је *кривично гоњење,* функција јавног *оптужиоца* (за сва злочинства и преступе, за које се гони по службеној дужности [§ 1 ал. 3 т. 1 к. с. п.]).[1]) Целокупна његова кривично-процесна надлежност (в. о томе ближе VI) је начелно одређена у § 39 к. с. п. (в. и § 3 ал. 1 и 2 з. о држ. туж.). Државно тужиоштво је дакле *кривично-процесуална* установа. При свом постанку је оно то *једино* и било. Али је касније у француском праву његова надлежност распрострањена у извесној мери и на *приватно*-правне и *друге* правне предмете. Ово проширење његове надлежности на *грађански* поступак је *прихваћено* и у другим законодавствима,[2]) тако да данас државно тужиоштво

[1]) Уп. *Garraud 1* n. 78 (le rôle d'accusateur dans le procès pénal), *Birkmeyer* 308 (под 4) и § 54 II A (државно тужиоштво је пре свега öffentliche Anklägerin).

[2]) В. за немачко право *Rosenberg* § 107, 110 под 4 (државно тужиоштво је странка у процесима брачним и одузимања својевласти [способности за правне послове] и, као тужилац, код тужбе за побијање оглашења смрти), 1 21 (он је ту странка), *Kleinfeller* 65 (под IV), § 21, *Tinsch* Die Staatsanwaltschaft im deutschen Reichsprozessrecht 1883.

има *редовну* и *ванредну* надлежност. У § 3 ал. 3 з. о држ. туж. је то у начелу примљено допуштењем, да се државном тужиоцу законом поверавају, поред тужиоштва у *дисциплинским* предметима (судског особља, као и особља државног тужиоштва) и вршења дужности „око *извршивања* казни", и поједине дужности у „*грађанско*-правним и *другим* (scil „правним") предметима. Сем тога према § 5 ал. 2 истога з. судови су дужни, и где у к. с. п. или у другом којем закону није нарочито прописано, кад одлучују о „предметима *јавног* интереса", пре но што донесу своју одлуку, „државном тужиоштву дати прилику, да се изјасни или да учини своје предлоге".[1]) Но без обзира на ове главне и споредне функције државног тужиоштва његова организација је увек идентична, ма каква дакле била природа тих функција (што се у колико су му поверене *цивилно*-правне и друге правне функције означава[2]) као „једна консеквенца *јединства* [унитета] кривичног и цивилног правосуђа").

III. Пошто државни тужиоци у кривичном поступку не врше судске послове, већ остварују државно право на кривичну санкцију (заступају, како се каже, *правне* интересе државе у поступку), државно тужиоштво није *судска* власт, већ правосудно-*управна,* и као таква *орган* је *управне* (извршне) *власти,* те се и државни тужиоци налазе, слично чисто управним државним службеницима, у зависности од владе.[3]) Но оно је ипак, као што се види, не *обична* управна власт, већ *особена,*[4]) *правосудна* управна власт, која сарађује са *судовима,* на њих се наслања (на основу чега и њени органи спадају[5]) у „*магистратуру*", сачињавајући т. зв. „*стојећу*", насупрот „*седећој*" магистратури [la magistrature débout et la

[1]) Уп. за нем. з. *v. Kries* § 27 I, *Birkmeyer* 313 под В.

[2]) В. *Garraud 1* n. 83.

[3]) Уп. *Garraud 1* n. 84, *Birkmeyer* § 55 I 1 (314), *Gerland* 108 (управна власт)

[4]) Уп. *Garraud 1* n. 84, *Birkmeyer* § 55 I 1 (314, према коме оно није „*управна* власт" [Verwaltungsbehörde], већ „правосудна управна власт" [Justizverwaltungsbehörde]", као да је оно тобож једна *засебна* грана државне власти).

[5]) В. *Garraud 1* n. 84.

magistrature assise]).[1]) Државно тужиоштво остаје тако *управна* власт и ако би му узгред биле поверене и извесне функције из *судског* делокруга рада (ван саме функције суђења, која им се наравно не може поверавати). Оно задржава овај свој правни карактер, и у колико су му поверене извесне *полицијске* функције, т. ј. не постаје услед тога *обична* управна власт.[2])

Из особености органа државног тужиоштва, да су *органи* (агенти) у п р а в н е *(извршне)* власти,[3]) проистичу следеће консеквенце у погледу *организације* ове установе:

1. Државно тужиоштво је **бирократски,** *неколегијално* или, како се још каже, *монократски* уређена власт. То значи: 1⁰ да се *цело* државно тужиоштво (без обзира дакле на свој степен) заснива на принципу **хијерархиске** *субординације,* степенске потчињености, који се може означити и као принцип **спољњег** (или *општег*) *јединства,* насупрот следећем;[4]) 2⁰ да је свако појединo државно тужиоштво, у ма ком степену, и оно само (т.ј. *изнутра*) *централизовано* надлештво, установа дакле с једним *шефом,* у коме је *сконцентрисана* сва власт надлештва, што се означава као *принцип* **јединства** (principe de l'unité), *јединства* у *дирекцији* или *једноставне централизације,* а што се тачније, с обзиром на горњи, може да означи као принцип **унутарњег** *јединства*).[5])

Из особености *бирократске*[6]) уређености државног ту-

[1]) Назив „стојећа" и „седећа" магистратура долази отуди, што чланови државног тужиоштва устају, кад износе своје реквизиције члановима суда (који суде седећи на својим местима). В. *Garraud 1* n. 84 пр. 7.

[2]) В. *Birkmeyer* § 65 I 1.

[3]) Уп. *Garraud 1* n. 84 („агенти егзекутивне власти с дужношћу, да бде над извршењем закона и да постављају захтеве [réquerir] у име владе [наводећи речи из декрета од 16.—24. августа, 1790, гл. VIII. чл. 1 les officiers du ministère public sont agents du pouvoir exécutif auprés des tribunaux], с обзиром на кој карактер су их некада звали les gens du roi]).

[4]) В. о појму истог *Живановић* Административно право, у Народној Енциклопедији (Ст. Станојевића) 23 под б.

[5]) Уп. *Garraud 1* n. 85 (не одвајајући јасно ова два принципа, као ни остале), *Laborde* 499, *Vidal-Magnol* n. 621, *Ogorelica* 206, 207, *Birkmeyer* 317 (под 2 а), *Gerland* 109, *v. Kries* 196 (под IV).

[6]) В. *Живановић* Административно право, cit., 18.

жиоштва проистичу следеће особености његове, и то посебице из наведена два принципа, које та особеност садржи.

1⁰ Из принципа *јединства* на име *проистиче:*

(1) Заменици државног тужиоштва нису с њиме *равноправни,* већ се налазе под *његовим* руководством, надзором и дисциплинском влашћу (в. § 15 и 16 з. о држ. туж.). Отуда они не сачињавају *колегијум* с државним тужиоцем (који би био, као претседавајући већа, primus inter pares), и вршећи функције државног тужиоца (в. (2)) они се не појављују као прави државни тужиоци, већ само као *заступници* државног тужиоца, са *делегираном* дакле, а не сопственом влашћу, као његови „делегати" (§ 10 ал. 2 з. о држ. туж.). Њихов непосредни старешина (т. зв. први чиновник), државни тужилац остаје дакле увек „прави и једини државни тужилац" при дотичном суду, „прави носилац звања", „једини носилац звања".[1])

(2) Државно тужиоштво у погледу својих функција (или, како се још каже, функција државног тужиоца) је *недељиво* (т. зв. *принцип* [максима] **недељивости** *државног тужиоштва).*

[1]) Уп. *Birkmeyer* 319, *Gerland* 109, *v. Kries* 196 (под IV: носилац звања [Träger des Amtes] је увек само један чиновник), *Laborde* 502 (способност вршења радњи државног тужиоштва, коју имају и заступници државног тужиоца, не значи, да они имају „сопствену власт"; ова власт припада само шефу паркета). Спорно је у франц. к. с. п., да ли супститути прокурора Републике (не и генерални адвокати) имају „сопствену власт" (le pouvoir propre), као што неки узимају (на основу чл. 9 к. с. п. и 23 з. од 20. августа, 1810), закључујући из тога, да је, ако прокурор одбије, да учини неки акт, допуштено обратити се његовом „субституту" (прот. *Laborde* 502, n. 667 [то је, вели, противречно с чл. 22 к. с. п., који даје „сопствену власт" прокурору] у вези с чл. 26 [који даје власт „у случају спречености најстаријем субституту"]). — *Glaser* (*1* 137) сматра излишним „много у француском праву расправљано питање, да ли државно-тужилачки претпостављени само примарно имају право кривичног гоњења и својим потчињеним га само преносе (делегирају), или обратно само постоји право претпостављеног, да „изузетно у самостално право осталих закораче" (практички, вели, излази на исто: сваки чиновник дела по *законској* надлежности власти, којој он припада, а по *изричној* расподели посла, коју је извршио први чиновник ове власти, и у следству пропуштања измењујућег закорачења од стране за то овлашћеног претпостављеног").

То значи, да споља сваки члан тужиоштва, дакле и сваки заменик, може по самом *закону*, т. ј. као *законски* заступник државног тужиоца да врши *све* радње државно-тужилачке и да сваки од њих *репрезентира* при томе *цело* државно тужиоштво.[1]) Заменици државног тужиоца (свих степена) с једне стране овлашћени су дакле *споља*, да врше све службене радње државног тужиоца без нарочите легитимације (без нарочите наредбе или опуномоћења, како се каже у § 10 ал. 2 з. о држ. туж. [в. и § 42 ал. 2 к. с. п.]), и према томе без потребе да покажу *особен* налог државног тужиоца, а с друге стране сваки акт извршен, у границама власти, од ма ког члана државног тужиоштва сматра се, да је извршен од *целог* државног тужиоштва (као претставника државе).[2]) Државни тужилац као први репрезентант надлештва раздељује послове заменицима и издаје им упутства (инструкције) у опште или за посебан случај, али то се тиче само **унутарње** службе, те у случају прекорачења овлашћења заменик одговара дисциплински (§ 18 з. о држ. туж.), али радње од њега извршене су процесно-правно потпуно *пуноважне*.[3]) Из принципа *јединства* произлазеће „исчезнуће личности чланова државног тужиоштва у институцији" *(Garraud, Vidal)* проистиче, да гоњење може покренути један, наставити или подупрети други, т. ј. они могу један другог замењивати у току истог процеса за разлику од магистрата позваних да суде.[4])

2⁰ Из принципа *хијерархиске субординације* проистиче:

(1) Однос *потчињености* (дужност послушности, одн. за претпостављеног право руководства, надзора и дисциплинска

[1]) Уп. *Garraud* n. 881 („цео паркет, јер плуралитету чланова одговара *индивизибилитет* функција"), *Birkmeyer* 320, *Laborde* 502 (l'indivisibilité de la fonction), *v. Kries* 896, *Ulmann* 327, *Gerland* 189 (под α). У франц. књижевности се принцип јединства и (његова *консеквенца* само) недељивости спајају као непосредни *принципи*, што се изражава формулом le minstère publiest un et indivisible (в. н. пр. *Laborde* 498 [n. 661], наводећи, да их неки [као *Ortolan* 2035] не разликују по објекту, мешајући их тако, а други [*Villey* 174], разликујући их „теоријски", придају им исто дејство").

[2]) Уп. *Garraud 1* n. 88.

[3]) Уп. *v. Kries* 196 (под IV).

[4]) *Garraud 1* 186 (n. 88), *Vidal-Magnol* n. 631 („то је оно, што се назива *индивизибилитет*").

власт) у државном тужиоштву. Тај однос постоји и међу појединим државним тужиоштвима при судовима *разних* степена. Државни тужиоци *нижег* степена *потчињени* су државним тужиоцима *вишег* степена, и та „хијерархиска веза" се завршава с министром правде, директним представником извршне власти.[1]) Према § 42 к. с. п. и § 14 з. о држ. туж. министар правде врши, поред „општег врховног надзора над пословима свих државних тужиоштава у подручју целе државе", непосредно надзор не само над врховним државним тужиоштвом, већ и над вишим, они пак виши над државним тужиоцима при окружним судовима, државни тужиоци при окружним судовима над вршиоцима дужности државног тужиоца код среских судова у своме подручју (в. и чл. 12 ур. о извр. з. о држ. туж.). Нижи мора по хијерархиској потчињености следовати наредбама претпостављеног у погледу „*писаних* аката гоњења". Али на претресу и седници при *речи*, као што се наглашава (и што је „традиција" по питању, „докле иде дужност послушности у хијерархији државног тужиоштва"), независни су и слободни у процењивању.[2]) Ту „магистрат државног тужиоштва зависи само од своје савести", што се огледа нарочито у његовом праву, да предложи ослобођење гоњеног.[3]) Као што се умесно примећује, ова „неза-

[1]) Уп. *Garraud 1* 85 (то допушта, вели, министру правде, да „јавној тужби у Француској да моћ јединства"), *Gerland* 109, *Birkmeyer* 318 („апсолутно право руководства" и „апсолутна дужност послушности"), *Vidal-Magnol* n. 621 (и министар правде је „функционер државног тужиоштва", први по хијерархиском реду).

[2]) Уп. *Laborde* n. 662, *Vidal-Magnol* 621, *Garsonnet* §§ 179 и 180 („перо је слуга, али реч је слободна").

[3]) *Laborde* n. 662. Правило „la plume est serve et la parole libre" је формулисано, каже *Laborde*, „у епоси, кад се државно тужиоштво састојало из *прокурора*, који су држали перо, и адвоката, који су давали реч", и „последњи траг ове деобе је исчезао спајањем функције јавног *акузатора* с функцијама *комесара владиног* (устав од 22 фрим. под VIII, чл. 63), али се је „ипак одржало традиционално правило". „Држати перо" значи, вели, вршити какав акт поступка (н. пр. захтевати извиђај [информацију], вршити ма који акт истраге, ослобођење [un non-lieu] ,упућење пред суд, позвати окривљеног пред корекционални суд или полицијски).

висност *речи*" је „једна *гарантија* за *одбрану*, као што је спајање послушности и сопствене власти гарантија за пресуду".

(2) Консеквенца је поменутог принципа и т. зв. право *деволуције*. То је право *претпостављеног* државног тужиоца (не и министра правде) према државном тужиоцу нижег степена, да код свих судова свога подручја (у свим стадијумима и инстанцама појединих спорова и за целе поједине спорове) сам *врши* службене радње потчињеног државног тужиоца (што је [као и за право супституције, в. ниже (3)] у § 40 к. с. п. предвиђено само за *више* државне тужиоце код апелационог суда, а у § 10 ал. 3 з. о држ. туж. за њих и за државне тужиоце [„старешине државног тужиоштва"] код окружних судова).[1])

(3) Даља консеквенца је т. зв. право *супституције*. То је право државног тужиоца код *вишег* суда (само посредно и министра правде), да службене радње код потчињеног му државног тужиоштва нижег суда повери другоме члану државног тужиоштва (за одредбу § 40 к. с. п. и § 10 ал. 3 з. о држ. туж. в. горе (2)).[2]) Овим се омогућава, како се примећује, поверавање појединих радњи најподеснијем службенику и одстрањење конфликата између упутства претпостављеног и личног уверења потчињеног.[3])

(4) Најзад консеквенца је у погледу решавања *сукоба* надлежности, да исте решава само заједничко више државно тужиоштво, т. ј. заједнички *претпостављени*.[4]) Из тога излази, да сукоб надлежности између државних тужилаца при разним апелационим судовима има да решава *врховни* државни тужилац (§ 46 ал. 2 к. с. п.).[5]) Но као што се умесно примећује, ово није прави конфликат компетенција, јер решењем тих конфликата претпостављени само примењује своје право руководства, отклањајући сумњу о надлежности.[6])

[1]) [2]) Уп. *Garraud 1* 180 (та права има државни тужилац код апелационог суда), *Ullmann* 227 (под 4), *Birkmeyer* 319, *Gerland* 111, *v. Kries* 197.

[3]) В. *Ullmann* 227 (под 4).

[4]) Уп. *Gerland* 112 III 2, *Birkmeyer* 321 (под 4).

[5]) Уп. *Birkmeyer* 321 (у томе је, вели, спроведен за целу државу принцип *јединства* државног тужиоштва).

[6]) Уп. *Birkmeyer* 321 (под 4).

2. Чланови државног тужиоштва су **покретни** (стални) и **опозивљиви,** као и други органи управне власти.[1]) Они не уживају дакле као судије привилегију (в. § 18) *независности* с њеним гарантијама и консеквенцама (што би ипак требало ублажити дајући им бар[2]) неопозивљивост [сталност] или обратно непокретност).

3. *Чланови* државног тужиоштва су **независни** од *судова* (као и [в. 4] ови од њих).[3]) Но не само је принцип *независности* државног тужиоштва према судовима консеквенца карактера *управне* власти државног тужиоштва, већ је та независност уједно прерогатива, која је потребна, да би се, како се каже, повећао престиж ове установе и у исто време фаворизирала репресија.[4]) Државно тужиоштво не може према томе добијати никакве наредбе од судова нити бити подвргнуто чак ни дисциплинском надзору судова (ни највишег).[5]) Оно је државна власт *координирана* судовима, правосудно-управна власт, као што је горе (III) речено (Justizverwaltungsbehörde). Ова независност је у тесној вези с историјским пореклом установе, поникле (в. I) у Француској (од фискалних прокурора, који су постепено одузели право гоњења од магистрата, који суде, и присвојили вршење јавне тужбе као своју прерогативу).[6]) Ради предупређења њених евентуалних штетних последица (нарочито у вези с бирократским, неколегијалним уређењем самог државног тужиоштва) одбијања правде (déni de justice), фаворитизма и вексаторског гоњења из личних разлога, постоје: право надзора,

[1]) Уп. *Garraud 1* n. 84 и 85 („и без мотива"), *Birkmeyer* § 55 I 1 a (314), *Gerland* 110 под e, 111 под g.

[2]) В. *Живановић* cit. 469 (под III 1), *Garraud 1* n. 84 пр. 8 (само услед све већих утицаја политичке природе на судску администрацију „могао се је тражити у непокретности државног тужиоштва наслон за његову независност," и из тога стања ствари је поникла „идеја, да се удруженима повери вршење јавне тужбе у садејству с државним тужиоштвом").

[3]) Уп. *Laborde* n. 659, *Garraud 1* n. 85, *Ullmann* 230 (под 1), *Birkmeyer* 314 (под a).

[4]) В. *Laborde* n. 659 (496), *Garraud 1* n. 85.

[5]) Уп. *Garraud 1* 175 (n. 85), *Laborde* n. 659.

[6]) В. *Laborde* 496 (n. 659).

које припада вишем државном тужиоштву и министру правде (в. горе I 2⁰ (1)), право суда, да „чланове државног тужиоштва“ за повреде службене дужности запажене у њиховом службеном раду пријаве „њиховим старешинама, а по потреби и министру правде“ (§ 18 ал. 2 з. о држ. туж.), као и право приватног учесника, ако државни тужилац одбије решењем предузимање гоњења, да сам покрене кривично поступање (§ 53 к. с. п.).[1])

У кривичном *поступку* државно тужиоштво је такође, као што се је видело, *координирани* процесни субјекат према суду. То је такође једна консеквенца *независности* његове од суда. Спорно питање за *окривљеника,* да ли он треба да је према државном тужиоцу *равноправан* процесни субјекат или овај треба да је над њиме *стојећа* власт (француски систем), је могло потећи само услед поменутог карактера државног тужиоштва, да је оно власт независна од суда.

4. *Чланови* државног тужиоштва не могу вршити с једне стране **судске** послове, па ни *истражне* (в. за ове § 101 ал. 2 к. с. п.), а с друге службени **надзор** над *судијама,* без повреде, принципа судијске *независности* и *независности судске* власти (в. § 18) од управе.[2]) Но и обратно *судијама* се, с обзиром на њихову независност, не може поверити вршење послова *државног тужиоштва,* ни у случају спречености његових органа (§ 12 ал. 3 з. о држ. туж. [према коме „у случају изненадне спречености чланова државног тужиоштва“ виши државни тужилац може, „ако је с одлагањем скопчана опасност“, да повери вршење дужности државног тужиоца не само секретарима или приставима, који

[1]) Уп. *Laborde* (497, п. 659) за разна средства поменутог предупређења у франц. к. с. п.

[2]) Уп. *Ullmann* § 58 II 1 и 2 (229), 233 под III, *Birkmeyer* § 55 I 1, 314 (из тога, што је задатак државног тужиоштва у Француској, да се „у правосуђу све по закону збива“ *[Garraud I* 173: „да буду под извршењем закона“], изводи неосновано, у несагласности с франц. правом, да државни тужилац има у Француској право *надзора* и над позивном делатношћу *судија).*

имају погодбе за судију, а додељени су том државном тужиоштву, већ споразумно с претседником апелационог суда, и коме од секретара или пристава дотичног *суда,* који имају погодбе за судију, али ипак *не* коме од *судија).* Изузетак се допушта за државно тужиоштво у погледу извесних *судских* послова из *припремног* поступка само за случај *опасности у одлагању* (за један случај дакле стања нужде [при чему државно тужиоштво, као што се каже, дела у извесној мери као negotiorum gestor]).[1]) Тако „у хитним случајевима“ може и државни тужилац наредити полицијској власти, да изврши претресање (§ 139 ал. 3 ст. 2 к. с. п.). У погледу пак забране *судијске* замене државног тужиоца се не чини изузетак, сем што су истражне судије и сресни суд у случају опасности од одлагања (хитним случајевима) овлашћени, да извиђајне радње предузму и без предлога државног тужиоца (§§ 93 ал. 1 ст. 2, 94 ст. 2, 95 ал. 2 ст. 1 к. с. п.).

[1]) *Ullmann* 233 под III, *Birkmeyer* 313 под 4, *Gerland* 246 под 2 а (за узапћење).

ГЛАВА V

ПАСИВНА СТРАНКА

§ 24. Појам туженичке (пасивне) странке (туженик и окривљеник).

I. *Пасивно* легитимирана или *туженичка* странка у процесу је, као што се је видело (§ 20 I), *нападнуто* процесно лице, субјекат дакле, према коме је управљен процесни захтев, о коме има да донесе одлуку трећи процесни субјекат, суд. У наслону на генусну дефиницију странке (в. § 20 V 2) *туженичка* странка се има да дефинише као *процесни субјекат,* против кога је *управљен* процесни (кривични одн. грађански) *захтев* (т. ј. који је *намењеник* овог захтева), и између кога и противног му субјекта је заснован *процесно-правни однос.* Пасивна странка може бити како *физичко* тако и *правно* лице, и ако у ово у ограниченом обиму у кривичном поступку и не правно лице држава (оставив на страну међудржавно кривично право будућности).

II. 1. *Пасивна* странка се у *грађанском* поступку зове у *свим* фазама *грађанског* процеса (парнице) *туженником* (der Beklagte, le défendeur). У кривичном поступку међутим, као што ће се ниже видети, општи назив туженог је, с обзиром на кривични карактер процесног захтева, *окривљеник.* Али кривично-процесно гоњено лице има у разним фазама поступка три један другом следујућа *посебна* назива (§ 6 к. с. п.), постајући оптуженником тек с последњом фазом припремног поступка. Тим разним називима треба да се терминолошки обележе *три* разна процесно-правна *положаја,* које

окривљеник има у току процеса. Ти пак разни процесно-правни *положаји* гоњеног лица и према томе називи долазе услед постојања у кривичном поступку *предсудског,* припремног стадијума (в. § 5). Два су назива за *припремни* (предсудски) стадијум, на име осумњиченик и окривљеник, и један за цео *главни* (судски) стадијум, оптуженик. У целом кривичном поступку пред *сресним* судом тужени има међутим исти назив, *окривљеник.*

2. Пошто је циљ *кривичног* поступка остварење државног кривичног захтева (а не отклањање једног стања ствари или модификација какве ситуације), тај се поступак, као и *грађански,* не може наравно замислити без једног *лица, против* ког би он био управљен, т. ј. без *окривљеника.* Кривични захтев је дакле један *субјективни,* а не *објективни* захтев (т. зв. **субјективитет** [персоналитет, индивидуалитет] *кривичног захтева,* „јавне тужбе“).[1]) Али ипак постоји у овом погледу једна *особеност* кривичног према грађанском поступку, један изузетак дакле од принципа, да од самог *почетка* процеса *мора* бити пасивне странке. Тај изузетак такође потиче отуда, што у кривичном поступку постоји предсудски стадијум. На име може се наравно сазнати за какво кривично дело, у погледу којег се још не зна ни за ког, који би могао бити осумњиченик, и већ се од тог сазнања од стране за гоњење овлашћеног органа мора код официјелних деликата да предузме извиђај, да би се сазнало за извршиоца. Отуда се не може рећи без ограничења (као за *грађански* поступак), да *нема* кривичног поступка *без* окривљеника. Али ипак без окривљеника (гоњења in personam), т. ј. без извесног и одређеног лица као осумњиченика (чије право име, занимање и порекло, у опште грађанско стање не мора у осталом да је утврђено ни за случај осуде) не може бити отварања кривичне истраге, одн. непосредне предаје оптужнице, тако да се само *извиђајни* кривични поступак може водити и против

[1]) Уп. *Garraud I* п. (консеквенца „персоналитета или индивидуалитета казни“), *Glasson I* 425, п. 172 („нема, вели за грађански поступак, у француском праву тужбе *in incertam personam,* већ мора бити једног „активног“ и једног „пасивног субјекта“).

још непознатог (гоњење је у осталом in rem и против свих подозривих, ако је један познат).[1])

а) Како је према реченом за кривични поступак потребан с наведеним ограничењем *окривљеник,* то с обзиром на принцип *личности* кривичне санкције (в. и § 6 к. с. п.) већ *отпочети* кривични поступак *престаје,* за разлику од *грађанског* (§ 219 г. с. п.), *смрћу* (престанком егзистенције) окривљениковом (у погледу умрлог наравно само,[2]) не и других суделовача), десило се то у стадијуму инстанце суђења или у инстанци правних лекова, и за тај престанак није потребно никакво формално решење о обустави поступка.[3])

б) Код *поновног* суђења могућ је кривични поступак и у корист *умрлог,* и то се такође наводи као један *изузетак* од принципа, да нема кривичног поступка *без* окривљеника.[4]) Али то у ствари није изузетак, пошто окривљеник ипак постоји *морално,* ако не *физички.*

в) *Изузетак* од онога принципа, и то за *цео* ток поступка је у ствари т. зв. *објективни* поступак (н. пр. по франц. к. з. и к. с. п., или по § 430 нем. к. с. п. у вези с § 42 нем. к. з., где је реч о поступку за одузимање предмета кривичног

[1]) Уп. *Garraud 1* n. 102, a и b, *Gerland* § 47 I 2 a, *Birkmeyer* § 58 I 4.

[2]) Уп. *Garraud 1* n 212.

[3]) Уп. *Gerland* § 47 I 2 a, *Марковић* 184 (решењем), *Birkmeyer* § 58 I 4, *Garraud 1* n. 236—212 (разликује неколико случајева: 1⁰ ако је смрт наступила у току истраге и суђења у првом степену, а пре пресуде, гоњење се зауставља, акта поступка се сматрају као непостојећа, суд брише кривичну ствар [ако је донео пресуду не знајући за смрт, опозива је на захтев наследника или државног тужиоца], не изјашњујући се о тужби и трошковима, који остају на терет државе; 2⁰ ако је наступила *после* пресуде, а пре истека рокова за употребу правних лекова, акта поступка и пресуда су ништавни [осуђени „умире integri status“] и трошкови се не могу наплатити од наследника, али пресуда, осуда овде, за разлику од претходног случаја, „остаје као правна чињеница“, и ако нико нема потребно „својство“, да тражи њену анулацију [ни наследници у име осуђеног ни државни тужилац]; 3⁰ ако је смрт наступила после пресуде, а за време док је ствар у вишој инстанцији због употребе ког правног лека, ова инстанца има, вели [чинећи више разликовања], да се уздржи од решавања, одн. да опозове своју одлуку, и да констатује, да је смрћу „престао кривични процес, о коме је позвана, да се изјасни“), *Доленц* 112. За г. с. п. в. *Аранђеловић 1* 205.

[4]) Тако *Birkmeyer* § 58 I 4, *Gerland* § 47 I 2 a.

дела из §§ 40 и 41 нем. к. з. у случају, кад су гоњење и осуда једног одређеног лица неизводљиви [док се у смислу §-а 59 к. з. и 425 ал. ст. 1 к. с. п. одузимање предмета може изрећи само у осудној пресуди на казну или меру безбедности]).[1])

г) Изузетак од поменутог принципа је за целу једну фазу кривичног поступка и могућност побијања (од стране наследника) призивом одлуке о приватно-правним потраживањима пред апелационим одн. окружним судом према §§ 332 ал. 3 и 394 ст. 1 к. с. п.).

III. **Процесна** *способност* за *пасивну* странку. — 1. У *грађанском* поступку је, као што се је видело (§ 20 VIII 1 a), за парничну *пасивну* странку способно свако физичко и правно лице. Али свако *физичко* лице није *процесно* способна пасивна странка, јер свако физичко лице се не може самостално правно обвезивати (§ 102 ал. 3 г. с. п.).

2. У *кривичном* поступку међутим свим *правним* лицима се не признаје *способност* за *пасивну* странку, већ само *корпорацијама* (т. ј. друштвима и удружењима), а сем тога ни за *сва* кривична дела, већ само за *лакша* у закону *одређена. Физичка* лица су пак сва способна за *пасивну* странку и за сва кривична дела, исто као што су сва способна за *грађанску* пасивну странку. Али у погледу *физичких* лица постоји значајна разлика између кривичног и грађанског поступка у погледу *процесне* способности. На име док у грађанском (в. 1) поступку свако физичко лице пасивна странка није *процесно* способна пасивна странка, у кривичном поступку је *свако* физичко лице *процесно* способна пасивна странка, т. ј. сваки је окривљеник *процесно* способан (правна лица имају као и у грађанском нужно заступништво процесно), дакле и деца и у опште лица неспособна за правне послове[2]) То је нужна консеквенца кривично-правног принципа *персоналитета* кривичне одговорности. Но ипак је у

[1]) Уп. *Garraud 1* n. 211 („објективни деликат“), *Birkmeyer* § 58 I 1 4a.

[2]) Уп. *Birkmeyer* 297 (под 7), *Аранђеловић 1* 116.

погледу *извесних* ретких процесних радњи (не дакле за цео кривични процес) потребно процесно *заступништво,* тако да се код *тих* процесних радњи једно друго лице (заступник, procurator) појављује у поступку *место* окривљеника (не *поред* њега као бранилац [advocatus], ма да и бранилац може бити *заступник* окривљеников код појединих радњи) и без његовог *овлашћења* чак, а кадкад и *против* његове воље, или по његовој вољи, као заступник његових процесних права и као вршилац његових процесних дужности.[1]) Заступништво је дакле или *законско* (цивилно-правни законски заступник или чисто кривично-процесни [н. пр. брачни друг]) или *вољно.* Те ретке процесне радње су такве природе, да их и друга, окривљенику по сродству блиска лица или њихов *бранилац* у интересу његовом могу тако исто добро да изврше или чак и боље с гледишта циља кривичног поступка (као узимање браниоца за окривљеника од стране законског заступника, брачног друга или ма ког крвног сродника у усходној и нисходној правој линији у случају, кад он сам то не учини [§ 57 ал. 2 к. с. п.], или употреба правног лека од поменутих лица и браниоца [§ 324 ал. 3 и 4, в. и § 110 ал. 4 к. с. п.], у колико га он сам не употреби).[2]) Још је ређе предвиђено (не у к. с. п.) *заступништво* окривљеника и за *време* једног *целог стадијума* поступка.[3]) Радње заступништва важе дакле у наведеним случајевима као радње самог *окривљеника.* У томе лежи разлика између *заступника* и *браниоца,* пошто овај према горе реченом у поступку дела *поред,* а не *место* окривљеника, као његов *помагач* (Beistand, а не Vertreter), док заступник дела *место* окривљеника (разлика, коју против владајућег мишљења,[1]) сматрајући га за погрешно, побија *v. Kries,* дефинишући браниоца као *заступника* окривљениковог).[2])

[1]) Уп. *Birkmeyer* § 59 I 2, *Gerland* § 49 II 2 a (150 [за браниоца]).

[2]) Уп. *Birkmeyer* § 59 I 1 a, *Gerland* § 47 II 2 a α.

[3]) Као према нем. к. с. п. (к. с. п. је неумесно у том погледу мање либерален) заступништво браниоцем снабдевеним писменим пуномоћством на главном претресу (н. пр. § 234), у колико се он може обавити и без присуства окривљениковог (у §§ 573 и 389 к. с. п. се допушта суђење отсутном, али се не предвиђа могућност заступништва (за претрес ради примене мера безбедности против неподобних за урачунљивост в. § 110 к. с. п.); затим у (§ 350) ревизијском поступку (по § 347 к. с. п. не); у поступку (§ 387, по к. с. п. не) по приватној тужби (у интересу једнакости странака, пошто се приватном тужиоцу „процесирање“ преко заступника не би могло одбити); и најзад у једном случају на главном претресу пред „присежничким судом“ (Schöffengericht). Уп. *Birkmeyer* § 59 I 1.

§ 25. Право одбране окривљениково и опште дужности пасивне (кривичне и грађанске) странке.

I. *Право* **одбране** *окривљениково.* — Да би се *окривљеник* појављивао као *странка* у поступку, потребно је, да он поред извесних *дужности* (а њих има [в. II 1 и 2] две главне и намеће их провођење права гоњења) има право на *одбијање* правног напада у гоњењу израженом, т. ј. на отклањање неправа у евентуалној пресуди. То је т. зв. *право* **одбране** (le droit de la défense, das Verteidigungsrecht). Право *одбране* (које је крајем 18. века Француска револуција, под утицајем природно-правне школе, огласила за једно *природно* право,[3]) човека-грађанина) је дакле неодвојимо од окривљениковог положаја *странке* у процесу и као такво је прећутно *обележје* у појму *пасивне* странке. Оно је окривљениково **основно** *право* у том смислу, што из њега проистичу, као његови постулати, средства (услови) за његово вршење, сва поједина окривљеникова *права* у поступку, право *одбране* у *ширем* смислу или *консеквенце* права одбране. У свом историјском развићу право одбране (чија се је историја умесно означила као, „историја кривичног поступка“)[4]) прошло

[1]) Тако н. пр. *Birkmeyer* 341 (§ 59), *Gerland* § 49 II 2 a α, *John 1* 969, *Zacharia 2* 262, *Bennecke* § 57 II.

[2]) 234. Ово је мишљење, вели, већ због тога погрешно, што се при томе мисли искључиво на главни претрес, и ако је и на овом претресу „јуристички без значаја“, да ли је и оптужени присутан или не.

[3]) В. за наш генерални реферат за конгрес ниже под 2 б у пр. наведен Actes du Congrès 671/2. Уп. и *Garraud 2* n. 515 (право одбране [le droit de la défense] је „природно и према томе *незастаримо* право“, закон га „не може одузети: он има само да га организује“.

[4]) *Glaser 2* 223, *Birkmeyer* § 60 II 3.

је кроз више фаза, стално растежући круг својих услова и тако скидајући ограничења, док се је дошло до савременог теоријског и законодавног широког схватања. Та еволуција је довела и до још нових процесних реформи, где нису у питању окривљеникова процесуална права, али које принцип права одбране (в. о њима ниже 2) налаже (као н. пр. забрана капциозних и сугестивних питања и недопуштеност сведочења у својој ствари) и које су *гарантне* установе права одбране.

1. Поједина *права одбране* у **ширем** смислу (или *консеквенце* права одбране) су по својој суштини *позитивна* или *негативна*. Отуда се и *право одбране* у *ширем* смислу треба да подели у *две* врсте, у *позитивно* и *негативно* право одбране.

а) *Позитивно* право одбране је у *енциклопедијском* (екстензивном) смислу скуп окривљеникових (у разним фазама поступка неједнако датих му) процесних овлашћења (scil. субјективних права), која му *омогућавају* одбрану. Ту спадају особито:[1])

1⁰ Пр во да буде (испитан) *саслушан*, како би му се дала прилика за одбрану (за разлику од инквизиторског поступка, где је према већ реченом [§ 12 I] окривљеник истражни *предмет* [предмет судијског истраживања истине], да би се дошло до његовог признања).[2]) То је т. зв. право *чујења*, услуха (Anspruch auf rechtliches Gehör),[3]) чије се остварење *почиње* у извиђају (§ 92 ал. 2 ст. 2 к. с. п.), *наставља* у истрази (§§ 100 и 103 к. с п.), у случају притвора и наређења исгражног затвора као обавезно за власт (§§ 95 ал. 3, 116 ал. 2, 118 и 119 к. с. п. [као и по прочитању оптужнице и пре доношења ма које одлуке на главном претресу, § 74 ал. 3 и 248 к. с. п.]) и *свршава* завршном речју (plaidoyer) на крају главног претреса и претреса пред касационим судом (право на „последњу реч" [§§ 269 ал. 5 и 348 ал. 3 к. с. п]).[4])

[1]) Уп. *Ullmann* 237 под III, *v. Kries* § 31 III, *Gerland* § 48 II 1.

[2]) Уп. *Birkmeyer* 143, 335, *v. Kries* 221 (под I), *Доленц* 111, *Gerland* 20 и сл. и § 48 I 1.

[3]) Уп. *Ullmann* 237 под 3 (захтев окривљениковог „положаја странке").

[4]) Уп. *Gerland* 137 (§ 48 II 1 b).

2⁰ Право на *браниоца*, правно стручног помагача. Функција овога је, да (в. ниже) му помаже (*формална* одбрана) у одбрани, коју и он сам непосредно (*материјална* одбрана) врши против правног напада у опште и појединих процесних радњи.[1])

3⁰ Право, да му се још у припремном поступку *назначи* при почетку првог испитивања *кривично дело* (и кривац) као и основи сумње и у опште све, што против њега постоји, и тако већ тада пружи могућност за одбрану (§ 152 ал. 2—5 к. с. п.: после генералног питања).

4⁰ Разна права *прибирања доказног* материјила за одбрану, као (1) право присуствовања испиту *сведока* и упућивања *питања* (дато му *у истрази*, у § 103 ал. 2 к. с. п. само ако је вероватно, да сведок неће моћи доћи на главни претрес, а на главном *претресу* у § 257 ал. 2 к. с. п.); (2) право присуствовања и *другим* радњама *прибирања доказа* у истрази и на претресу (дато му у истрази, ако није у истражном затвору, у § 103 ал. 3 к с.п. [о томе ближе код браниоца], а на главном претресу у §§ 254 и сл. [као право, да се по правилу у његовом присуству испитају вештаци и да им управља питања, дато му у § 255 у вези с § 258, и у § 257 ал. 2 к. с. п.]); (3) право окривљеника у истражном затвору, да у истом циљу писмено и усмено *опште* са својим *браниоцем* (§ 67 к.с.п. [о томе праву и ограничењу истога ближе код браниочевих права]); (4) право чињења *предлога* у погледу извиђања *нових* чињеница и *прибирања доказа* (дато му н. пр. у истрази у § 103 ал. 2 к. с. п. у случају испитивања сведока, у доказном поступку на главном претресу у §§ 254 ал. 4 и 265 к. с. п.). Ради гарантије ових права дати су окривљенику правни лекови против судских одлука, ако их је суд у битним тачкама ограничио.[2])

б) *Негативно* окривљениково право одбране у *енциклопедијском* (екстензивном смислу) је скуп окривљеникових овлашћења у поступку, да *не* врши извесне процесне радње, чије вршење би према његовом нахођењу могло бити од

[1]) Уп. *Ullmann* 244, *Birkmeyer* 350 (под II).

[2]) Уп. *Gerland* 137.

штете по његову *одбрану* (право *слободе* одбране). У том погледу је у државама, где *није* допуштено *сведочење* окривљеника (в. ниже), једино окривљениково право овлашћење, да *одбије исказ* по појединим питањима или у целини, дакле чак и у погледу личних (персоналних) питања. Дужност *исказа* (Aussagepflicht) не постоји дакле за окривљеника (§§ 152 ал. 2, 153 и 154 к. с. п. [где је прописана и дужност опомене окривљеника, да се услед тога поступак неће обуставити и да се тиме лишава онога, што би могло ићи у прилог одбране]), и ако је по позиву на испит дужан, да предстане (§ 111 к. с. п.) и власт је дужна, да га саслуша.[1]) Ради обезбеђења вршења овог (окривљенику можда и непознатог) права (чиме му се ипак, као што се каже,[2]) не даје формално право на лаж, већ само да свако саслушање заврши у сваком стадијуму поступка одбијањем исказа) требало би да се окривљеник пре самог почетка саслушања обавести о њему (што одговара и духу закона [в. особито § 152 ал. 2: „хоће ли“]).

2. **Гарантне** *установе (принципи)* права **одбране** су:

а) *Забрана:* 1⁰ питања *капциозних* (т. ј. питања, чију садржину и домашај окривљеник [одн. сведок] не може да сагледа, тако да га наводе, да неприметно прими извесну чињеницу за истиниту [§ 154 ст. 2 к. с. п.]), као и *сугестивних* (т. ј. таквих, код којих се очекивани одговор садржи већ у самом питању, која дакле већ садрже „упутство, како би се имало одговорити“ [§§ 154 ст. 3, 172 ал. 1 и 257 ал. 2 ст. 3 к. с. п.]) и за окривљеника (одн. сведока) *увредљивих*;[3]) 2⁰ навођења окривљеника на признање *обећањем, обманом* (где у ствари спадају и поменута капциозна и сугестивна питања), претњом или силом (§ 155 к. с. п.); 3⁰ *намерног замарања* окривљеника *ноћним* испитом или на који *други* начин (§ 155 к. с. п.).

б) Недопуштеност **сведочења** *окривљеника* у *сопственој* ствари (nemo potest esse testis in causa sua). То је опште важећи принцип, изузев у енглеском праву, које је увело сведочење окривљеника у 19. веку, кад је оно већ било свуда укинуто

[1]) Уп. *Kries* 224 (§ 31 III), *Gerland* 138 (под 2 b).
[2]) Уп. *Gerland* 138 (под b).
[3]) Уп. *v. Kries* 550, *Glaser 1* 554.

по угледу на француско право као противно „природном праву одбране“ (чл. 12 декрета револуционарног од 19. октомбра, 1789). У старом праву није међутим било тако. У канонском праву је на име окривљеник свој исказ *морао* да потврди заклетвом (iuramentum de veritate dicenda), ако докази, да је крив, нису били довољни (дакле *облигаторна* пургаторна суплетивна заклетва). У старом немачком, словенском и румунском праву је пак окривљеник могао без икаквог исказа (сведочења о својој ствари) одбити оптужбу полагањем заклетве, да није крив (дакле *факултативна* пургаторна *заклетва*), али кадкад се је захтевало, да известан број поротника (iuratores, coniuratores, Eideshelfer, присежници) потврде веродостојност заклетве. И ако је ово старо схватање било, као што је поменуто, напуштено, ипак је питање о умесности сматрања окривљеника као сведока у сопственој ствари (с обзиром свакојако на ауторитативне режиме) било стављено на дневни ред 3. Међународног конгреса за кривично право у Палерму 1933. Оно је гласило: „Да ли је умесно, да се окривљеник сматра као сведок у својој сопственој ствари“.[1]) Конгрес је у својој резолуцији *негативно* одговорио на ово питање.[2])

II. **Дужности** *пасивне странке* (окривљеника и туженика). — Као што је изнето у учењу о обележјима поступка као *правног односа* (*1* § 6 II 3 б), у кривичном и грађанском

[1]) По овоме питању било је поднето осам реферата (Bewes, Collon, Saranoff, Vietes, Gorphe, Massari, Chiselitza и Miřička [објављени укупно пре Конгреса, као и у Actes du Congrès, објављена 1935, 489—533]). Главни референти на Конгресу били су за њ' *писац* и *Caloyanni*. В. наш генерални реферат (у коме су изнети сви разлози, за и против [резимирани критички] с негативним предлогом) у Actes du Congrès од 3. априла, 1933, 668—674 (реферат *Caloyanni*-ев 674—678) и његов резиме на 2. пленарној седници (од 5. априла, 1933) 890—892 (*Caloyanni*-ев резиме 892—893).

[2]) Резолуција конгреса по овоме питању (в. Actes du Congrès 960) не препоручује „континенталним“ законодавствима „легислативни принцип, према коме би окривљеник могао да буде примљен, да сведочи под заклетвом у својој сопственој ствари“, а ако би која земља била склона, да га примени, она би то могла да учини само у случају кривичних дела по приватној тужби, и под двоструком гарантијом (scil. ради обезбеђења права одбране), да сведочење није обавезно за окривљеника и да нетражење сведочења од његове стране „не може нипошто да сачињава неповољну предрасуду против њега“.

поступку *пасивна* странка има једну **општу** процесну дужност. Поред ове *апсолутно* опште дужности *пасивна* странка има једну *релативно* општу процесну дужност поред наравно дужности *посебних*. Међу *дужносним* процесним радњама пасивне странке има дакле *општих* и *посебних*.[1])

1. **Општа** (апсолутно) *дужност* окривљеникова је, као и туженика у *грађанском* поступку", да у отпочети поступак, како се каже **„ступи"**, да се у њ' упусти (Einlassungspflicht [в. *1* § 6 II 3 б]),[2]) да поступак дакле против себе омогући, пошто држава има не само право, већ и дужност кажњења, а суд мора да реши конкретну кривичну ствар (т. зв. дужност *упуштања*, звана у кривичном поступку и дужност *одбране*, дефанзије) Отуда окривљеник мора по позиву да предстане на испит (иначе се издаје наредба за довођење [§§ 111 и 112 к. с. п.]), као и на главни претрес (иначе се издаје наредба за довођење, а по потреби и притвор ради осигурања његовог присуства [§§ 236 ал. 2 к. с. п.]), који се само изузетно може држати у његовом одсуству (§§ 373 к. с. п. [у поступку код судије појединца] и 389 [у поступку код среског суда]). Но наравно тужилац задржава *право* на судску одлуку (в. *1* § 6 II 3 а), које је добио подизањем тужбе (оптужнице), без обзира на то, да ли се је тужени упустио у поступак.[3])

---

[1]) Kleinfeller (197, под 3) узима за грађански поступак, као што је изнето (§ 21 I 3 б 2⁰), да у процесу нема *„делатносних* дужности странака", ни *процесних* дужности, те да изрази дужност упуштања, доказна дужност, дужност изјаве има да се одбаце (има по њему само „дужности *трпљења*" [Duldungspflichten], н. пр. дужност трпљења процеса], а оне нису процесне дужности).

[2]) Уп. *v. Kries* 223 (под III), *Gerland* § 48 II 1 а, *Kleinfeller* 197 под 3 (који, као што је изнето у § 21 I 3 б 2⁰, узима за грађански поступак, да постоје међу странкама у њиховом узајамном односу само дужности *трпљења*, те место израза „дужност упуштања" [Einlassungspflicht], који треба, вели, одбацити, говори о дужности туженикову „да трпи процес"), *Rosenberg 8* под b (који сходно свом узимању [в. § 21 I 3 б] постојања за странке само *терета*, не дужности, говори од „терету упуштања" [Einlassungslast], јер дан ас вели, нема *принуде* упуштања [Einlassungszwang]), *Hellwig 2* 33 (нема, вели, *дужности* упуштања [сходно свом гледишту — в. § 21 3 б 1⁰, да *по правилу* за странке има само „терета"]). В. и *Б. Благојевић* Нач. 338 и сл.

[3]) Уп. *Kleinfeller* 293 под II („независно од тога, да ли се туженик упустио у тужбу").

2. У *кривичном* поступку постоји за окривљеника још једна *општа*, али *релативно* општа дужност. Та *дужност* окривљеникова је његова **доказна** *дужност* (Beweislast), т.ј. да *послужи доказивању*, да буде, како се то каже, *„доказно средство"* (Beweismittel), средство за прибављање судијског уверења (што је, као што је речено, он једино и био у инквизиторском поступку).[1]) Он је доказно средство наравно, и у колико чини *исказ*, али (в. I 2 б) овај није облигатаран, те у погледу *исказа* не постоји *дужност*, да буде доказно средство. *Дужност* окривљеникова, да послужи као *доказно* средство (дужност доказна) постоји у погледу *личног претреса* („лица и одела" ради проналажења предмета за истрагу важних, § 137 к. с. п.),[2]) и у погледу *вештачења* (на име у колико се може подвргнути истраживању његовог душевног стања [које се врши од два лекара, а ако је потребно дуже посматрање, онда у болници за душевно болесне, § 199 к.с.п.]).

И у *грађанском* поступку говори се о *туженековој* **доказној** *дужности*.[3]) Она је предвиђена у више погледа.[4]) Неки узимају, да постоји доказна дужност и у колико странке чине *изјаве*, сматрајући да постоји *дужност* изјаве.[5]) Но према претежном мишљењу не постоји страначка *дужност* изјаве, јер би та дужност „укључивала дужност, да странка све каже што зна", а „дужности истине у овом погледу" нема.[6])

---

[1]) Уп. *Birkmeyer* § 51 I 1, *Gerland* § 48 I 1, II 1 с и II 2 b.

[2]) Уп. *Gerland* 139 (и у следству тога мора, вели, трпети све радње за то потребне, „у колико не оштећују његов телесни интегритет").

[3]) *Kleinfeler* 197 (који место *дужности* [в. горе, пред пр. 1] говори о страначком *трпљењу*), *Rosenberg* 8 под b (који место *дужности* [в. § 21 I 1 б] говори само о *„терету* странака"), *Hellwig* 34 под α (такође [в. § 21 I 1 б]: доказни *терет* [Beweislast, onus probandi]).

[4]) Уп. *Rosenberg* 9 под b (помињујући законску дужност доказно дужне странке, да се изјасни о наложеној заклетви [Eideszuschiebung]).

[5]) Тако *Hellwig 2* 33 (који сходно свом разликовању [в. § 21 I 3 б 1⁰] између *дужности* и *терета* у процесу, каже, да постоји *„терет* изјаве" [Erklärungslast], не нека „општа *дужност* изјаве" [Erklärungspflicht]: „о чињеницама од противника тврђеним *„има* се" да „изјасни", ако се улази у расправу, у противном случају „им није потребан никакав доказ").

[6]) *Kleinfeller* 197 пр. 2. Тако и *Rosenberg* 8 под b (позитивно право не познаје *дужност* истине [Wahrheitspflicht]).

ПОГОВОР

Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права потичу од наше расправе „Основни појмови Кривичног и Грађанског процесног права“ (Notions fondamentales des procédures criminelle et civile).

Ову расправу смо читали као „саопштење“ (communication) на седници Института Француске, Академије моралних и политичких наука 17. јула, 1937 (в. Revue des travaux de l' Académie des sciences morales et politiques *97* 1937 775).

Исту расправу — саопштење смо, израђујући Основне проблеме, прерадили и допунили, и зато је нисмо дали да се одмах објави. Кад смо завршили Основне проблеме, одељак, већ је наступило било ратно стање.

Да се не би даље чекало на објаву њену, при међународном интересовању за њу, дефинитивно смо је прегледали по довршењу II. одељка Основних проблема. Излази у 1. броју (стр. 1—13) за ову годину познатог швајцарског часописа „Revue pénale suisse (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht)“.

1. II. 1941. *Dr. Тома Живановић*

QUELQUES MOTS À LA FIN

Les problèmes fondamentaux des Procédures criminelle et civile ont pour origine notre communication „Les notions fondamentales des procédures criminelle et civile".

Cette communication, nous l'avons faite à la séance de l' Institut de France, Académie des sciences morales et politiques le 17 juillet 1937 (v. Revue des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques *97* 1937 775).

En élaborant Les problèmes fondamentaux, nous avons refait et complété cette communication, et c'est pourquoi nous ne l'avons pas donnée pour être publiée aussitôt. Quand nous avons terminé Les problèmes fondamentaux, I section, on a été déjà en état de guerre.

Pour que l'on n'attende plus sa publication, vu l'intérêt international pour elle, nous l'avons revue définitivement après avoir achevé la II section des Problèmes fondamentaux. Elle paraît dans le 1e numéro de la Revue pénale suisse (p. 1—13) 1941.

1. II. 1941. *T. Givanovitch.*

РЕГИСТАР

садржине I и II одељка Основних проблема Кривичног и Грађанског процесног права.[1])

А

Активна странка, активна с. или активно легит. с. као нападни пр. субј. 129, тужба и оптужница као изј. њење воље 129 и 130, предм. тужбе 131, теор. индивидуал. и т. супстанц. тужбе 131, захтев специјализ. и индивидуализ. крив. оптужбе 132, тужилац 132 и 133, противтуж. 133, прив. учесник и прив. тужилац 133, држ. т. 133, 137 и 139, спос. за акт. с. 134, истор. развој тужиоца у крив. пост. 134, систем апсол. јав. оптужбе 135, сист. опт. монопола 136, сист. рел. ј. опт. 137, супсидијерни прив. туж. (прив. учес.) 137, држ. туж. в. држ. тужилац.

Акузаторски принц. 55, акуз.-истражни 135.

Б

Вољност као ел. проц. субјекта, а не проц. р. *1* 62, 54.

I

Грађански поступак, појам *1* 13, његов предмет (с. civ.) *1* 13, захтев правне заштите као његов предм. *1* 14, г. п. у неправом (објект.) и правом (суб.) см., реалист. (као реално-правна целина) и јурист. *1* 15, 16 и 29, парнични (спорни) и ванпарнични (неспорни) г. п. (сп. или несп. правос.) *1* 17.

Д

Деволуција, право д. 146.

Деконцентрација судова 89.

Деоба судова, у ред. и пос. 102, у више и ниже 103.

Диспозиција (располагање), д. крив. поступком, дир. и индир. 39, нормално (или проц.) право д. 52, дефин. проц. субј. и њени елем. 52, диспоз. проц. р. 108.

Диференцијација судова 85.

Државни тужилац (д. тужиоштво) 133 и 137, порекло устан. 139,

[1]) Курзивно 1 *(1)* испред бројева означава I одељак Основних проблема, а сви остали бројеви означују стране II одељка.

његова главна функција и споредне 140, д. т. као особена, правосудна управна власт 141, принципи уређења држ. туж.: принц. хијер. суб. (или споља. јед.) 142, принц. јед. (или унут. ј.) 142, заст. д. т. 143, принц. недељив. д. т. 143, однос потчињен. 144, право деволуције и супстит. 146, покретност и опозивљивост д. т. 147, незав. чланова д. т. од судова 147, немогућност врш. суд. посл. и надз. над судовима 148.

З

Закон, појам подвргнут. закону и смисао з. 98.
Законитост уред., суд. испит. исте 98.

И

Импулзија крив. гоњења 139.
Имутабилитет, принц. им. 36.
Инстанца 1 39, 104.
Истина матер. и форм. 13.

Ј

Једнакост процесна (ј. оружја) 124 и 125.
Јудикатура (јуриспруденција), невез. суд. за њу 99, култус ј. 100.
Јурисдикција 150, претсуђења и суд. 20, циљ претс. ј. 20, степени претс. ј. 21.

К

Кабинетска правда 97 и 100.
Колегијални систем уређ. с. 89.
Континуитет проц. р. *1* 45, 41.
Контрола оптужбе 20 и 21.
Криминалистички стручњак (експ.) у суд. 96.
Кривични поступак, појам *1* 5, његов предмет (с. crim.) *1* 6, у неправом (објект.) и правом (субј.) см., реалист. (као реално-правна целина) и јурист. *1* 7, 8 и 29, његови стадијуми и фазе *1* 9, као спор *1* 12.
Култус јуриспр. 100.

Л

Лајик, учешће лај. елем. у правос. 92, пробл. уч. лајика на конгр. Криминологије 96.
Легалитет, принц. л. 30, његова садржина 34, изузеци од њега 35, обезб. истога 35.
Легитимација стварна (акт. и пас.) 116.
Литисденунцијација 124.

М

Магистратура стојећа и седећа 141.
Метод Крив. и Гр. проц. пр. *1* 67.
Монократски систем уређ. суд. 89.
Монопол оптужни, систем о. м. 136.
Мутабилитет, принцип м. 30, м. у к. с. п. 38.

Н

Ne bis in idem, принцип п. в. і. і. (непоновимост својства проц. субј.) 70, појам идентитета 71.
Независност судска и судијска 97, обезбеђ. истих 101 и 102, нез. чланова држ. туж. од судова 147.
Ненападљивост одлуке 64.
Неопозивљивост одлуке 64.

О

Опортунитет, принц. о. 30.
Објективни пост. као изуз. 152.
Опозивљивост чланова држ. туж. 147.
Основни проблеми, појам *1* 3, предмет I. од. *1* 4, II. од. 3.
Основни појмови кр. и гр. проц. права *1* 54.

Општи (осн.) *проц. принципи 1* 51, врсте истих *1* 52, систематски положај њихов *1* 52, о. пр. за пр. радње и деоба истих у унутарње (матер.) и спољне (форм.) 10 и 11, матер. и форм. истине 13 и 56, легалитета и опортунитета 13 и 30, имутабилитета и мут. 14 и 36, правне снаге пресуде 14 и 61, јавн. и тајн. 14, усм. и писм. 14, непосредн. 14, служб. јез. 14, правило о месту и времену проц. р. 14, принц. контроле оптужбе 20, принц. концентрације пр. р. 42, акуз. и инквиз. 55, официјални принц. 56, принц. судске одг. и одг. странака 56, двостраначки принц. 122, принц. једнакости странака (или једн. оруж.) 125, принц. двостраности (обостр. услуха) 126, принц. хијерар. суборд. и јединства држ. туж. 142, принц. недељ. држ. туж. 143, принц. вође за колег. суд. 92.
Одбрана, право о. окрив. 155, поз. и негат. права одбр. 156, форм. и мат. о. 157, гарантне устан. права о.: забр. капц. и суг. пит. 158, недоп. сведоч. у својој ствари 158.
Окривљеник, његова права и дужн. в. одбр. и дужн.
Оптужница 130, захтев специјализ. и индивидуал. крив. оптужбе 132.
Опортунитет, принц. о. 30.
Опозивљивост члан. држ. т. 147.
Објективни крив. пост. као изуз. 152.

Р

Пасивна странка, п. с. или пасивно легитимирана с. као нападнути проц. субј. 150, туженик у г. с. п., осумњиченик, окривљеник, оптуженик у к. с. п. 151 и 152, субјективитет крив. и грађ. захтева 15[1], смрт п. с. 152, поновно крив. суђ. у корист умрлог 152, изуз. објективни кр. пост. 153, проц. способ. за п. с. 153, право одбр. окрив. и опште дуж. п. с. 155 и 159, доказна дужност окрив. 161.
Питање, п. правно и чињенично 94, п. виности и казне 95, капц. и суг. п. в. одбрана.
Покретљивост члан. држ. туж. 147.
Покретни суд 105.
Порота 5, оптужна п. 21, грађ. п. 95.
Поступак у реал. и јурист. см. *1* 7, 8 и 16, одређен ближе као процесно-правни однос (у јурист. см.) в. проц. пр. однос, схватање п. као правног положаја *1* 47, проширење реал. појма пр. и потпуна деф. п. као реално-правне целине *1* 49 и 50, акуз. и инквиз. п. 55, мешовити (акуз. инквиз.) у к.с.п. 59.
Правна заштита у г. с. п., њене две врста *1* 14, као предмет г.с.п. *1* 14.
Правна снага пресуде (одлуке), принцип пр. с. 61, појам 62, форм. и матер. пр. с. 62 и 63, потп. и парц., апс. и релат. пр. с. 62, појам матер. пр. с. 64, матер.-правна теор. матер. пр. с. 66, ужа 67, негат. функц. пр. с. 70 (у рим. пр. и страх од ње 68), позит. функц. пр. с. 69 и 70, пр. с. као институт јавног права 73, одсуство исте као апс. проц. претп. 74, ништавост пресуде при постој. исте и једно средње схватање 74 и 75.
Правни прописи, деоба њихова у правичне и строге, прин. и неприн. *1* 20.
Право вођења проц. 122, право одбране в. одбрана.
Правосудни захтев као право стран. *1* 41.

Предмет проц. *1* 6 и **14**, 130, п. тужбе (спор. п.) 131.
Приватни учесник 123 и 133, пр. тужилац 133.
Принципи процесни, в. општи проц пр.
Противтужилац и противтужба 133.
Процес, в. поступак, пр. као истор. дог. 15, циљ пр. 15, чудовишни (monstre) пр. 59.
Процесна радња, немогућност њеног субјективног елемента *1* 62, отсек о њој 6, садрж. и сист. тог отс. 8, циљ пр. р. 15, врсте пр. р. 16, целисх. и нецелисх. пр. р., чињења и нечињења 18, претсуђе и судеће пр. р. 18 и 19, појам пр. р. 23, као правни посао 23, појам пр. р. према теорији пр. као правног положаја 25, разлик. форм. и матер. појма пр. р. 26, форм. појам пр. р. и његови елем. 27, матер.-форм. појам пр. р. 28, систематика општег уч. о пр. р. 29, с. пос. уч. о њој 40, континуитет пр. радњи као њихова особеност и основ њихове систематике 41, концентрација пр. р. 42, форм. право распол. (диспоз.) пр. р. 5.
Процесна способност в. способност.
Процесне претпоставке, одсуство правне способ. као (нег.) пр. претп. 73, као апс. проц. претп. 74.
Процесни субјекат, појам 50, прави (главни) и неправи (помоћни) пр. с. 51, сведоци, вештаци и поднос. кр. приј. као (неправи) пр. с., а не објекти проц. 53, вољност као елем. проц. с. 54, непонов. својства пр. с. (ne bis in idem) 60.
Процесно-правни однос, кр. и гр. п. као пр. однос (у јурист. см.) *1* 29, обележја и границе пост. као пр. одн. *1* 36, систематска вредност схватања процеса као проц. пр. односа *1* 31, тространост проц. пр. одн. *1* 38, према франц. т. *1* 39, његов јав.-пр. карактер. *1* 45, независност проц. пр. од матер. пр. одн. *1* 44, п. као континуирани и генерички исти остајући проц. пр. одн. *1* 45, границе п. као проц. пр. одн. *1* 46.
Процесно право, појам кривичног п. п. *1* 5, грађанског *1* 13, као део јавног пр. *1* 9 и 16, Крив. и Грађ. проц. пр. као две засебне дисц. *1* 10, као форм. право *1* 16, веза с крив. и грађ. пр. *1* 11 и 17, извршно *1* 12 и 20.

Р

Радња, в. проц. р.
Располагање, в. диспозиција.

С

Сведочење у својој ствари в. одбрана.
Систематика Кр. и Гр. проц. права *1* 66, сист. I. отс. II. од. 8, сист. општег уч. о проц. р. 29, с. пос. уч. о њој 40, с. пос. д. Кр. и Грађ. проц. пр. 43, с. II. отс. II. од. 47.
Смрт пасивне странке 152.
Специјализација функц. и стручна крив. судије 89.
Способност за странку, постулациона и процесна 107 и 108, сп. за странку 115, проц. с. за акт. стр. 134, за пас. стр. 153.
Споредна странка 123 и 124.
Странка, основи за одређ. њеног појма 106, акт. и пас. с. 106, држ. туж. не држава као акт. с. 107, способност за с., постул. и процесна 107 и 108, одређење појма с. 109, порекло речи с. 110, дефин. с. 110, друге дефин. с.: матер. пр. 111 и 114, проц. пр. 113, мат. проц. појам с. 114, способ. за с. 115, стварна (активна и пасивна) легитимација 116, обележја појма с. 117, процесни терет за с. *1* 34, 119, терет за с. по правилу, а изуз. дужн., као д. истине 120, могућа вишина супарника у проц. при двостр. принц. 122, спор. и гл. о. 123, два разна лица само као активна и пас. с. 124, проц. правна једнакост странака (принц. једнакости или ј. оружја) 124 и 125, принц. двостраности (обостр. услуха) 126, В. и *v.* К. појам с. 127, с. активна в. активна с., с. пасивна в. пасивна с.
Субјекат в. проц. с.
Субјективитет (перс., индивид.) крив. и грађ. захтева 151.
Сугестивна питања в. одбрана.
Супституција, право с. држ. туж. 146.
Суд, његова општа проц. дуж. (дуж. врш. правос.) *1* 41, 123, појам с. 77, с. у држ. пр. и проц. см. (процесни суд) 77 и 78, с. (не судије) као носилац права вршења правосуђа и функција суда у проц. см. 80, спор. и глав. орг. с. 81, судија заменик као орг. с. 81, предлог о учешћу с. у изврш. к. и м. безб. 82, оригинерно и дериват. право врш. правосуђа 83, појам судбености (судствености) и однос ка појму правосуђе 173, правосуђе у проц. см. или правом и у админ. с. или неправом (управа судством) 83 и 85, патримониј. правосуђе 84, сист. унит. и дуал. (диференц. или деконц,) правосуђа 85 и 89, монокр. и колег. сист. 89, принц. воће 92, учешће лајика у правос. 92, кабинетска правда 97, судска (ств. или обј.) и судијска (лична или субј.) независност 98, испитив. закон. ур. и уставн. з. 98, везаност судије за одлуке виш. суд. у степ. реш. и невезаност иначе од јудикатуре 99, обезб. ств. и личне незав. 100 и 101, деоба суд. 102, држање претреса ван м. с. 105, покретни с. 105.
Специјализација функц. и стручна крив. судије 89.

Т

Терети проц. за странке (два мишљ.) *1* 34, 119, правило т., а изуз. дуж. 119.
Тужба, појам 129, њен предмет 131, теор. индивид. и супстанцијал. 131, противтужба 133.
Тужени, његова општа процесна дужност 42, д. вођења процеса 122.
Тужилац 132, т. приватни 133, т. државни 133 и 137.

У

Умешач (интервенијент) у проц. 123.
Унитет судства 85.
Упуштање (ступање) у процес као општа проц. дуж. *1* 42, 160, дужност трпљења процеса, не д. уп. 121.
Услух (чујење), право на у. *1* 42, обостран у. 119 и 156.
Уставност, забр. суд. испит. исте 98.
Учесништво (суделов. [спорно], субј. гомил. тужби) 122.
Учесник приватни у крив. проц. 123 и 133, п. у. или супсид. прив. туж. 137.

Ч

Чујење, прав. ч. в. услух.

ПРЕДСЕДНИШТВО ВЛАДЕ ФНРЈ БИБЛИОТЕКА

ПРЕГЛЕД САДРЖИНЕ

ОСНОВНИХ ПРОБЛЕМА (ВИШЕГ ОПШТЕГ ДЕЛА) КРИВИЧНОГ И ГРАЂАНСКОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА.[1])

II ОДЕЉАК

СТРАНА

§ 1. Предмет другог одељка 3

ОТСЕК I

Процесна радња

Увод

§ 2. Садржина и систематика I. отсека 8

ГЛАВА I

Појму процесне радње претходећа учења

§ 3. Општи принципи за процесне радње 11

§ 4. Процесна радња као особена врста правне радње, њен циљ и њене врсте 14

§ 5. Претсуђе (или иследне) и судеће процесне радње и претсуђени и судећи судски органи (јурисдикције) . 19

[1]) Као што је у §-у 1 IV истакнуто, *Основни проблеми* нису овде просто скуп извесних више или мање општих процесних учења (као што се каткад таквом скупу даје овај наслов), већ **виши**, *опште процесни систем*, дакле једна *засебна, виша* синтетичка процесна правна наука (у духу нашег излагања у I. књизи Синтетичке правне филозофије [1921, на француском 1927] § 10 I). С овим, II. одељком Основних проблема завршавамо више процесно учење. Али ће, ако прилике допусте, у току времена изићи и један нов, III. одељак, у коме би се, поред евентуалних допуна, налазило излагање елемената опште процесне теорије у Стечајном и Административном поступку.

ГЛАВА II

Појам процесне радње

§ 6. Појам процесне радње и систематика општег учења о њој 23
§ 7. Принцип легалитета одн. опортунитета кривичног гоњења и диспозиције грађанске тужбе 30
§ 8. Принцип имутабилитета и мутабилитета 36
§ 9. Систематика посебног учења о процесној радњи (Посебног дела Кривичног и Грађ. проц. права) . 40

ОТСЕК II

Процесни субјекат у опште

Увод

§ 10. Садржина и систематика II отсека 47

ГЛАВА I

Процесни субјекат у опште

§ 11. Појам процесног субјекта 50
§ 12. Одељеност функција три процесна субјекта (акузаторски и инквизиторски поступак; принцип судијске одговорности [истражна максима] и његова консеквенца принцип материјалне истине; принцип одговорности странака и његова консеквенца принцип формалне истине) 55
§ 13. Непоновимост својства процесног субјекта у истој ствари (ne bis in idem). Принцип правне снаге пресуде 60

ГЛАВА II

Суд

§ 14. Појам суда 77
§ 15. Системи дуалитета и унитета судства 85

§ 16. Монократски и колегијални систем уређења процесних судова 89
§ 17. Учешће лајика и специјализираних експерата у кривичном и грађанском правосуђу 92
§ 18. Судска и судијска независност 97
§ 19. Деоба судова 102

ГЛАВА III

Странка у опште

§ 20. Појам странке 106
§ 21. Обележја појма странке 117

ГЛАВА IV

Активна странка

§ 22. Појам тужилачке (активне) странке (тужиоца) . . 129
§ 23. Државно тужиоштво (као активна процесна странка у кривичном и грађанском поступку) 193

ГЛАВА V

Пасивна странка

§ 24. Појам туженичке (пасивне) странке (туженика и окривљеника) 150
§ 25. Право одбране окривљениково и опште дужности пасивне (кривичне и грађанске) странке 155
Поговор 163
Регистар садржине I и II одељка 165

TABLE DES MATIÈRES[1])

DES PROBLÈMES FONDAMENTAUX DES PROCÉDURES CRIMINELLE ET CIVILE

SECTION II

§ 1. Objet de la section II 3

SOUS-SECTION I

Acte procédural

Introduction

§ 2. Contenu et systématique de la sous-section I . . . 8

CHAPITRE I

Doctrines préalables à la notion de l'acte procédural.

§ 3. Principes généraux relatifs aux actes procéduraux . . 11
§ 4. Acte procédural comme une espèce particulière de l'acte juridique, son but et ses espèces 14
§ 5. Actes procéduraux préjudiciaires et judiciaires . . . 19

---

[1]) Comme il est relevé dans le § 1 IV, *Les problèmes fondamentaux* ne sont pas ici simplement un ensemble des doctrines procédurales plus ou moins générales (comme on intitule quelquefois un tel ensemble), mais un *système* s u p é r i e u r, *général — procédural*, donc une science procédurale-juridique synthétique *supérieure, particulière* (dans le sens de notre exposé dans le Ier livre de la Philosophie juridique synthétique [Paris 1927] § 10 I). Par la II section des Problèmes fondamentaux, nous terminons la doctrine procédurale supérieure. Mais si les circonstances le permettent, paraîtra au cours du temps une nouvelle section, IIIe, dans laquelle, à côté de suppléments éventuels, se trouverait l'exposé des éléments de la théorie procédurale générale dans les procédures de faillite et administrative.

CHAPITRE II

Notion de l'acte procédural

§ 6. Notion de l'acte procédural et systématique de la doctrine générale de cet acte 23
§ 7. Principes de légalité et d'opportunité de la poursuite criminelle et de disposition de l'action civile . . . 30
§ 8. Principes d'immutabilité et de mutabilité 36
§ 9. Systématique de la doctrine spéciale de l'acte procédural (de la Partie spéciale des Procédures crim. et. civ.) 40

SOUS-SECTION II

Sujet procédural

Introduction

§ 10. Contenu et systématique de la sous-section II. . . . 47

CHAPITRE I

Sujet procédural en général

§ 11. Notion du sujet procédural 50
§ 12. Séparation des fonctions des trois sujets procéduraux (procédures accusatoire et inquisitoire; principe de responsabilité du juge (maxime inquisitoire) et sa conséquence, principe de vérité matérielle; principe de responsabilité des parties et sa conséquence, principe de vérité formelle) 55
§. 13. Irrénovabilité de la qualité de sujet procédural dans la même chose (ne bis in idem). Principe d'autorité de chose jugée 60

CHAPITRE II

Tribunal

§ 14. Notion du tribunal 77
§ 15. Système de dualité et d'unité de la juridiction . . . 85

§ 16. Système monocratique et colléguial de l'organisation des tribunaux 89
§ 17. Participation de laïques et d'experts spécialisés dans les procédures criminelle et civile 92
§ 18. Indépendance de tribunal et de juge 97
§ 19. Division des tribunaux 102

CHAPITRE III

Partie en général

§ 20. Notion de la partie 106
§ 21. Eléments de la notion de la partie 117

CHAPITRE IV

Partie active

§ 22. Notion de la partie active 129
§ 23. Ministère public (comme partie procédurale active dans les procédures criminelle et civile) , ... 139

CHAPITRE V

Partie passive

§ 24. Notion de la partie passive 150
§ 25. Droit de défense de l'inculpé et devoirs généraux de la partie passive (criminelle et civile) . . . . . , . 155

SAVEZNO IZVRŠNO VEĆE
CENTAR ZA INFORMACIONU I
DOKUMENTACIONU DELATNOST
Inv. br. 9350
SIGN.
Inv. br. 39282

Књига

LVI (22). — **Д-р Владимир Ћоровић,** Краљ Твртко I Котроманић. — Б. 1925 8⁰ 105. Цена 12 динара.

LVII (23). — **Д-р Василј Поповић,** Политика Француске и Аустрије на Балкану у време Наполеона III. — Б. 1925 8⁰ 194. Цена 20 динара.

LIX (24). — **Милан Решетар,** Дубровачка нумизматика, II (описни део). — Б. 1925 8⁰ XLVII 407, са 25 табли слика. Цена 100 динара.

LXIV (25). — **Д-р Душан Пантелић,** Београдски пашалук после Свиштовског мира (1791—1794). — Б. 1927 8⁰ 202. Цена 30 динара.

LXVIII (26). — **Д-р Владан Ђорђевић,** Србија и Турска (1894—1897). — Б. 1928 8⁰ 338. Цена 60 динара.

LXIX (27). — **Живко Г. Павловић,** Битка на Колубари. Први део. Дефанзивна битка, св. I. — Б. 1928 8⁰ XX 464. Цена 100 динара.

LXX (28). — **Живко Г. Павловић,** Битка на Колубари. Први део. Дефанзивна битка, св. II. — Б. 1928 8⁰ 465—927), са четири карте у прилогу. Цена 100 динара.

LXXIII (29). — **Д-р Илија М. Јелић,** „Васојевићки закон од дванаест точака", с коментаром. — Б. 1929 8⁰ 76 (с I картом). Цена 15 динара.

LXXV (30). — **В. Јагић,** Спомени мојега живота. Део I. (1838—1880). — Б. 1930 8⁰ VII 461. Цена 60 динара.

LXXVIII (31). — **Д-р Марко Костренчић,** Fides publica (јавна вера) у правној историји Срба и Хрвата до краја XV века. — Б. 1930 8⁰ 160. Цена 30 динара.

LXXVIII (32). — **Д-р Душан Пантелић,** Кочина крајина. — Б. 1930 8⁰ 168. Цена 80 динара.

LXXX (33). — **Живко Г. Павловић,** Битка на Колубари. Други део Офанзивна битка, св. I. — Б. 1930 8⁰ XII 532. Цена 70 динара.

LXXXI (34). — **Живко Г. Павловић,** Битка на Колубари. Други део. Офанзивна битка, св. II. — 1930 8⁰ 533—872 (са 2 карте у прилогу). Цена 50 динара.

LXXXIII (35). — **Васо Чубриловић,** Босански устанак (1875—1878). — Б. 1930 8⁰ VI 419. Цена 60 динара.

LXXXIV (36). — **Д-р Василј Поповић,** Метернихова политика на Блиском Истоку. — Б. 1931 8⁰ 208. Цена 30 динара.

LXXXVI (37). — **Д-р Никола Радојчић,** О Троношком родослову. — Б. 1931 8⁰ 82 (са два прилога). Црна 15 динара.

LXXXVII (38). — **Д-р Фрања Рачки,** 1. Борба Јужних Словена за државну независност, 2. Богомили и патарени. Спремио за штампу д-р Јов. Радонић. — Б. 1931 8⁰ XXXVI 599. Цена 80 динара.

LXXXIX (39). — **Ст. Станојевић** и **Д. Глумац,** Св. писмо у нашим старим споменицима. — Б. 1932 8⁰ XXIX 688. Цена 100 динара.

XC (40). — **Мих. Јов. Динић,** О Николи Алтомановићу. — Б. 1932 8⁰ 46. Цена 10 динара.

XCIII (41). — **Јорјо Тадић,** Шпанија и Дубровник у XVI в. — Б. 1932 8⁰ 161. Цена 30 динара.

XCIV (42). — **Јован Н. Томић,** Питање Царева Лаза. — Б. 1932 8⁰ 223. Цена 30 динара.

CI (43). — **Д-р Грегор Чремошник,** Развој српског новчарства до краља Милутина. — Б. 1933 8⁰ 80 (са 3 табле слика). Цена 15 дин.

CIII (44). — **Илариoн Руварац,** Зборник. Одабрани историски радови. Спремио за штампу д-р Никола Радојчић. — Б. 1934 8⁰ XXX 579. Цена 80 динара.

CIV (45). — **В. Јагић,** Спомени мојега живота. Део II (1880—1923). — Б. 1934 8⁰ X 380. Цена 50 динара.

CXII (46). — **Д-р Дурагослав Страњаковић,** Вучићева буна 1842 г. — Б. 1936 8⁰ X 164. Цена 30 динара.

CXIV (47). — Светосавски зборник. Књ. I. Расправе: **Вл. Ћоровић,** Међусобни одношај биографија Стевана Немање. — **Ст. Станојевић,** О одласку св. Саве у манастир. — **Ф. Гранић,** Црквеноправне одредбе Хиландарског типика св. Саве. — **Драг. Костић,** Учешће св. Саве у канонизацији св. Симеона. — **А. Белић,** Учешће св. Саве и његове школе у стварању нове редакције српских ћирилских споменика. — **Рад. М. Грујић,** Палестински утицај на св. Саву при реформисању монашког живота и богослужбених односа у Србији. — **Л. Мирковић,** Да ли су речи: »молю по мнѣ хотєщихъ бити...«

Књига

светога Саве, како то Никодим каже? — **Никола Радојчић,** О. животу светога Саве од Ивана Томка Марнавића. — **Ст. Станојевић,** Смрт св. Саве. — Б. 1936 8⁰ 392. Цена 100 динара.

CXX (48). — **Борислав М. Радојковић,** О сокалницима. Расправа из социјалних односа у старој српској држави средњег века. — Б. 1937 8⁰ 143. Цена 30 динара.

CXXI (49). — **Д-р Станоје Станојевић,** Историја српског народа у средњем веку. I. Извори и историографија. Књига I. О изворима. — Б. 1937 8⁰ 392. Цена 60 динара.

CXXV (50). — Светосавски зборник. Књ. 2. Извори: — **Владимир Ћоровић,** Житије Симеона Немање од Стевана Првовенчанога. — **Владимир Ћоровић,** Пролошко житије св. Саве. — **Георгије Острогорски,** Писмо Димитрија Хоматијана св. Сави и одломак Хоматијевог писма патријарху Герману о Савином посвећењу. — **Веселин Чајковић,** Живот светога Саве епископа сина Симеона Стефана краља Рашке од Ивана Томка Мрнавића. — **Ф. Граниħ,** Одговори Охридског архиепископа Димитрија Хоматијана на питање српског краља Стефана Радослава. — **П. Ђорђевић,** Помени св. Саве у нашим старим споменицима. — Б. 1939 8⁰ 256. Цена 50 динара.

CXXVI (51). — **Д-р Драгослав Страњаковић,** Успомене и доживљаји Димитрија Маринковића 1846—1869. Предговор написао **Слободан Јовановић.** — Б. 1939 8⁰ 286. Цена 50 динара.

CXXVII (52). — **Владислав Скарић,** Старо рударско право и техника у Србији и Босни. — Б. 1939 8⁰ 124. (са 19 табли слика). Цена 40 дин.

CXXIX (53). — **Д-р Владимир Ћоровић,** Хисторија Босне. Прва књига. — Б. 1940 8⁰ 658. Цена 120 динара.

CXXX (54). — **Д-р Ник. Радојчић,** Српски државни сабори у средњем веку. — Б. 1940 8⁰ 318. Цена 60 динара.

CXXXI (55) — **Д-р Тома Живановић,** Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка). II одељак. — Б. 1941 8⁰. Цена 25 динара.

ИЗДАЊА
ЗАДУЖБИНЕ ДРАГОСЛАВА ГОЋЕВЦА

1. **Светосавски зборник.** Књига 2. Избори. — Б. 1939.
2. **Д-р Тома Живановић,** Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка). II одељак. — Б. 1941 8⁰. Цена 25 динара.