

са Уставом ФНРЈ, уставима народних република, законима и осталим важећим прописима.“ Овде ваља приметити да је у више махова кроз судске одлуке изражено становиште да је суд дужан да, уколико при решавању појединих конкретних спорова не примени раније важеће прописе, односно принципе који из истих призилазе, образложи због чега их није применио. У случају који је предмет овог расправљања нема разлога да се не примене правна правила из ранијих закона, пошто о материји о којој је овде реч наши закони немају никаквих прописа. Међутим из разлога наведене одлуке не види се правни разлог на коме се заснива становиште Врховног суда.

Врховни суд заузео је своје становиште које је противно правним правилима која садрже наведени прописи Аустриског грађанског законика због тога да би се отклонила штета која би настала за туженога рушењем куће и штале. За туженог би штета заиста настала. Он би био дужан, по пресуди прва два суда, да кућу скрати, а ако то не би било могуће, морао би да је разруши и пренесе на свој плац. Али с обзиром на начин како је он поступио приликом зидања исте, то би било сасвим на свом месту, пошто самовлашће не може бити основ стицања права. Затим, ако се пође за тим да треба избећи штету, онда не треба водити рачуна само о интересима туженога, него и о тужиочевим интересима. За разлику од туженога који је, како је установио првостепени суд а оба виша суда прихватила, у читавој ствари поступио не само несавесно него и насилнички, тужилац је, чим је туженик почео да припрема материјал за зидање и да обележава темељ, упозорио овог да је прешао на његов плац и предложио му да доведу геометра да установи међу а дотле да не зида, што је овај одбио. Тужилац је онда отишао и замолио претседника тадашњег месног одбора да пошаље комисију ради интервенције, па је овај сам изашао и видевши да туженик поступа неправилно, прво му саветовао да не зида док се путем премера не установи где је међа, а кад то није помогло, забранио му да зида. Међутим туженик није послушао већ је наставио зидање. Тужилац очигледно има више права да буде заштићен од штете него тужени.

Филип Ђосић

---

## ОДРЖАЈ СЛУЖБЕНОСТИ И ЗАКОНСКА СЛУЖБЕНОСТ

Питање службености је и данас веома актуелно у нашој правној пракси. Многи спорови искрсавају поводом ње, нарочито на селу. Један такав спор завршен је пресудом Врховног суда НР Србије бр. Гзз 168/49 од 18 априла 1949, која је објављена у *Збирци одлука врховних судова*, I, под бр. 104.

Образложење ове пресуде гласи:

„Пресудом Среског суда у Сврљигу Г. 517/48, — која је потврђена пресудом Окружног суда у Нишу Гж. 37/49, утврђено је да тужилац има права службеног прелаза до главног сеоског пута у дужини од 50 метара и у ширини од 3 метра из свога плаца поред имања туженога и туженик је обавезан да то право призна тужиоцу.

„Против првостепене и другостепене пресуде уложио је захтев за заштиту законитости Претседник Врховног суда НР Србије због повреде закона...

„Првостепена и другостепена пресуда засноване су на чињеницама да се тужиочев претходник, од кога је тужилац купио плац, служио тим путем за прелаз са плаца на сеоски пут и да се по куповини плаца служио и сам тужилац. Судови су нашли да то што тужилац има и други пут није разлог да се лиши спорног права службености.

„Међутим наведеним пресудама повређена су процесна правила, услед чега није правилно примењен ни материјални закон. Наиме, првостепени суд није утврдио: коме припада својина земљишта самог пута; откад пут постоји, да ли он постоји и као земљишнокрњжни терет и као посебан катастарски објект и на чије се име води; откад се тужиочев претходник и на коме основу користио тим путем. Без потпуног разјашњења тих околности није се могла имати правилна правна оцена о питањима: да ли туженик има и каква права на земљишту пута и ако га има да ли је дужан да трпи да тужилац прелази тим путем, односно да ли је тужилац као власник купљеног плаца овлашћен да се служи тим путем... Најзад није требало оставити ван оцене ни питање да ли тужилац има излаз са купљеног плаца преко свог имања, јер ако је туженик власник земљишног пута, а тужилац има прелаз преко свог имања који није нарочито штетан за то имање... неправилно би било да туженик трпи један терет који је настао као неизбежна потреба у корист ранијег власника, а та неизбежна потреба је престала за садашњег власника, те би одржање таквог стања било у пуној супротности са начелом да ограничењу приватне својине у корист приватне својине има места само онда кад без тога ограничења корисник не може уопште или без несразмерне штете да врши корисну употребу свог права. Из тога начела произилази да таква теретна права и као стечена имају да престану ако је отпао основ њихове намене.“

Нисмо могли да прочитамо разлоге Среског и Окружног суда јер нам те пресуде нису биле приступачне. Но на основу података из наведене пресуде Врховног суда јасно је да нижи судови нису донели правилну одлуку, јер сама околност да су се већ тужилац и његов претходник служили тим путем још није основ за стицање службености. Из тих података можемо са извесношћу тврдити да тужилац није стекао службеност правним послом. Могућа су два основа стицања: одржај или тзв. законска службеност из § 341 бившег Српског грађанског законика. Стога ћемо се поводом те пресуде осврнути на два питања: на питање стицања службености одржајем и на питање постања и престанка законске службености.

1. Према систему Српског грађанског законика (§§ 926 и 927) и његовог оригинала Аустриског грађанског законика (§ 1461) потребна

је за одржај својине као и других стварних права поред савесне државине и протекла времена још и законита (*rechtmässig*) државина. (То захтева и најновији грађански законик, Грчки грађански законик од 1946 — чл. 1041.) Но иако је то тако, те иако је то неспорно за стицање својине одржајем, многи сматрају да за стицање службености одржајем није потребна законита државина, тј. државина која је стечена правним послом, већ је довољна само савесна државина. Тако напр. у предатној судској пракси имали смо једну пресуду у коме је бивши Апелациони суд заузео становиште да је за стицање службености одржајем потребан правни основ у смислу §§ 926 и 342 Српског грађанског законика. Но бивши Касациони суд је био мишљења да је у смислу § 930а службеност стечена у корист лица које службеност има у државини 35 година, иако не може да докаже правни основ стицања (Тих. Ивановић, Судска пракса, 1932—39, Београд, 1940, бр. 525).

Несумњиво да је у овом спору са гледишта правне логике правилније схватање бившег Апелационог суда. Но бивши Касациони суд могао је да брани своје становиште не само противречношћу између §§ 926 и 930а Српског грађанског законика, већ и разлозима потреба праксе. Наиме у пракси државина службености настаје најчешће без правног посла, фактичким, спонтаним радњама. Ако одржај има између осталог за циљ и то да усклади фактично стање које дужи траје са правним стањем, тешко би се то могло постићи захтевајући да се државина службености која води одржају, заснива на правном послу. Врло се ретко дешава да неко стиче државину службености на тај начин што ју је пренело на њега правним послом лице које није ни сам био власник послужног добра. Затим постоји још један разлог за становиште да за одржај службености није потребна законита државина у смислу § 926 и 927 Српског грађанског законика. Наиме по Аустриском грађанском законик до одржаја може доћи и онда ако државина није законита али је савесна, само тада су потребни дужи или чак двоструки рокови (тзв. ванредни одржај §§ 1476 и 1477 Аустриског грађанског законика и чл. 1045 Грчког грађанског законика). Овај одржај Српски грађански законик није познавао. Пошто код ванкњижног (и вантаписког) одржаја — а одржаји службености махом су ванкњижни код нас — и иначе имамо дугачак рок од 24 године, сматрамо да би било корисније узети да код нас за стицање службености одржајем није потребна законита државина, ако постоје остали услови за одржај. То решење важи само за ванкњижни (вантабуларни) одржај службености. За одржај службености уписаних у тапије и земљишне књиге могла би се тражити и законита државина за одржај с обзиром на краће рокове одржаја. Ако стварно стање не одговара књижном стању, тј. ако је стечен одржај ванкњижно, или обротно, ако службеност не постоји или је престала невршењем, а уписана је у јавне књиге, заинтересовано лице може тражити упис односно испис. Напомењемо још да неки писци сматрају да су за одржај службе-

ности потребни исти услови као и за одржај својине, дакле и законита државина (напр. Л. Марковић, Грађанско право, Београд, 1927, стр. 450, М. Бартош, Основи приватног права, Београд, стр. 113).

Према бившем војвођанском (мађарском) праву, према Немачком грађанском законнику (чл. 900 и 937) и према Швајцарском грађанском законнику (чл. 661 и 728) не тражи се законита државина у смислу Аустриског и Српског грађанског законика за стицање стварних права одржајем, већ само савесна. То се не тражи ни у Code civil-у (чл. 2229) али по том законнику постоје краћи рокови за одржај ако је државина стечена још и правним послом (чл. 2265).

По неким правима државина погодна за одржај не треба чак ни да буде савесна у том смислу што је држалац у заблуди о свом тобожњем праву, тј. да мисли да је власник, титулар службености итд. (§§ 203 Српског грађанског законика, 326 Аустриског грађанског законика), већ је довољно да је државина слободна од мана (Аустријски грађански законик у § 345 ову врсту државине спомиње под називом „права — echt“, док Српски грађански законик меша овај појам са савесношћу). Тако напр. по бившем војвођанском (мађарском) праву стиче службеност одржајем онај који 32 године врши службеност као *своје право*, а није дошао до службености нити је врши силом, преваром, потајно или прекарно, тј. на основу дозволе власника повласног добра, већ је врши јавно и континуирано. То је ипак различито од појма савесног држаоца по Српском и Аустријском грађанском законнику који мора себе *оправдано* сматрати титуларем службености.

По француском и швајцарском праву такође је довољна за одржај таква државина. Мислимо да би ово решење мађарског, француског и швајцарског права било корисније и за наше прилике, разуме се уколико се односе на одржај службености.

2. Питање тзв. „законске службености“ интересантно је и са гледишта правне теорије. У теорији је спорно да ли је то уопште службеност у класичном смислу речи, или је то нарочита врста ограничења права својине. Данас влада ово друго схватање. Ово схватање нарочито се ослања на околност што једном конституисана службеност у принципу траје неограничено као и својина (иако се службеност може изгубити невршењем), док законска службеност, звана још и службеност по нужди (овај назив је много правилнији), траје само донде док траје потреба ради које је конституисана.

Законску службеност предвиђену у § 341 Српског грађанског законика не познаје његов изворник Аустријски грађански законик. Она је прешла у Српски грађански законик из Code civil-a где је под називом „право пролаза — droit de passage“ предвиђена у чл. 682—685 (док у том законнику израз „законска службеност“ из чл. 649—652 значи нешто друго). У француском праву она је нарочита врста службености из суседских односа. У аустријском праву она је предвиђена нарочитим законом из 1896. Модерна права, као напр. Немачки грађански законик (чл. 917 и 918), Швајцарски грађански за-

коник (чл. 694), Италијански грађански законик из 1942 (чл. 1051—1055), Грчки грађански законик (чл. 1011—1017) такође је познају али је не спомињу код службености него у одељку о својини као њено ограничење. Уосталом из формулације § 341 Српског грађанског законика она се такође може схватити као нарочито ограничење својине а не као службеност.

Овде нас у вези са горњом пресудом интересују нарочито два питања из проблематике законске службености из § 341 Српског грађанског законика, и то: начин њиховог настанка и могућност и начин њиховог престанка.

а) Законска службеност из § 341 Српског грађанског законика може се стећи само споразумом странака о законској службености, дакле таквим споразумом који има у виду ограничење послужног добра само док траје нужда, или судском пресудом о законској службености. (У аустриском праву може настати само судском пресудом и то у ванпарничном поступку, а исто тако по Грчком грађанском законнику, чл. 1013.) Ми сматрамо да ће, иако постоје услови за конституисање законске службености, у случају да странке уговором о конституисању службености нису хтеле такву службеност већ редовну службеност, она остати и после отпадања разлога за законску службеност. Сматрамо такође да се одржајем (уколико она не базира на законитој државини, тј. на државини стеченој правним послом) не може стећи законска службеност већ само редовна, у трајању неограничена службеност. То изводимо из тога што законска службеност, насупрот традиционалном називу, уствари и није службеност него ограничење својине *sui generis*, према томе то је само једно пролазно стање.

б) Управо због такве природе законске службености као једног пролазног стања потпуно је логично да она престаје кад отпадну разлози за њено конституисање. Али кад она престаје, титулар законске службености има право на повраћај вишка накнаде дате приликом конституисања законске службености у мери у којој је накнада већа од предвиђеног нормалног трајања службености. То излази из принципа еквивалентности економских ефеката у грађанском праву, и изричито га предвиђају Италијански грађански законик (чл. 1055) и Грчки грађански законик (чл. 1017).

На основу изложенога можемо рећи да је тачна констатација горње пресуде да ограничење својине у виду законске службености престаје када отпадну разлози због којих је то ограничење било конституисано. Но да ли се у овом спору заиста ради о законској службености у смислу § 341 Српског грађанског законика или о редовној службености која се може стећи одржајем, није се могло утврдити у недостатку чињеница.