

захтева да заузме чврст и принципијелан став према појединим животним појавама које ремете брачне односе, а од странака велику меру савесности и добре воље да настоје одржати брак до крајне границе могућности. Уосталом, генерална клаузула о могућности развода брака када постоји тешка поремећеност брачних односа пребацује решење одређених питања од законодавца на суд. Ако би прихватили само овакву клаузулу, опет би била ствар суда да детаљније разради принцип тешке поремећености брачних односа у својим пресудама или начелним мишљењима (18).

Ако прихватимо становиште да треба остати при садашњој комбинацији система кривице и система тешке поремећености, онда настаје питање да ли је потребно да се прописи чл. 56 и сл. допуне или би се пак, могло оставити судској пракси да, као досад у сагласности са потребама живота, одговарајућим тумачењем постојећих прописа регулише питање развода брака.

Ако се приступи новелисању чл. 56 и сл. Основног закона о браку, онда би требало углавном допунити чл. 56 прописом који би под одређеним условима изузетно дозвољавао развод брака и онда када је до поремећености брачних односа дошло искључивом кривицом тужиоца а други брачни друг се противи разводу. Овде, у том доста уском сектору, може се оставити суду да он према приликама оцени када постоји изузетна ситуација и када би, према томе, требало дозволити развод брака. Суд треба да процени да ли постоји изузетан случај узимајући у обзир и интересе тужиоца и интересе туженога и све прилике конкретног случаја а нарочито интересе деце. У случају када је до поремећаја брачних односа дошло искључивом кривицом тужиоца, суд може али не мора дозволити развод брака. На тај начин се могу помирити два супротна принципа, принцип кривице и принцип тешке поремећености брачних односа која постоје у модерним правима за одређивање бракоразводних узрока.

Др. Алојзиј Финжгар

СТАРА „ПРАВНА ПРАВИЛА“ И ЈЕДИНСТВО ПРАВА

1. — Потпуна аброгација права које је постојало код нас до 6 априла 1941 и остављена могућност да се и даље примењују нека правна правила садржана у аброгираним правним прописима повукле су за собом нека питања, која још нису добила потпуна или опште прихваћена решења.

Одузимајући правну снагу свим правним прописима који су били на снази 6 априла 1941, закон о неважности правних прописа донетих пре 6 априла 1941 године и за време непријатељске окупа-

(18) Тако у СССР одлука Пленума Врховног суда СССР од 16. септембра 1949, у Немачкој Демократској Републици, Richtlinie des Plenums des Obersten Gerichts über die Voraussetzungen der Ehescheidung nach § 8 Eheverordnug vom 24 XI 1955, Neue Justuz, 1957, бр. 14.

ције, од 23 октобра 1946, био је овластио Президијум Народне скупштине да одреди да се поједина правна правила садржана у аброгираним законима и другим правним прописима примењују и даље, и да их ако је потребно измени или допуни (чл. 3). Остала „правна правила садржана у законима и другим правним прописима“ који су били аброгирани, „могу се по овом закону примењивати“ и то само уколико нису у супротности са Уставом и осталим важећим прописима, као и са начелима уставног поретка ФНРЈ (чл. 4).

За свако правно правило треба, данас, испитати да ли је или не у супротности са неким новим прописом или са начелима уставног поретка, и према резултату тог испитавања закључити да ли се оно може и даље примењивати или не.

2. — Случај је релативно прост ако је правно правило у супротности са Уставом или неким другим прописом, или са начелима уставног поретка. Али се та супротност мора доказати. Није довољно да суд просто тврди, као што се то дешавало, да је правило у супротности са начелима уставног поретка. Врховни суд ФНРЈ о томе се врло прецизно изјаснио: „Законски израз из чл. 4 „могу по овом закону да се примењују“ значи у ствари дужност суда да, с обзиром на конкретну ситуацију сваког конкретног случаја о коме решава, утврди да ли би примена појединог правног правила садржаног у старом закону била допуштена у смислу члана 4 и, уколико нађе да би та примена била противна, суд мора то нарочито да образложи с позивом на пропис, установу, практично-политичке задатке и другу принципијелну одлуку поретка којима се таква примена супротставља. Суд не може да уопште и необразложено одбије овакву конкретну оцену, полазећи од апстрактног гледишта да извесно правило из старог закона не важи као правно правило.“ (Решење Врховног суда ФНРЈ Гз 24/51 од новембра 1951, Збирка одлука врховних судова 1945—1952, књ. I, (Београд, 1952), бр. 145, стр. 160)

3.— Тежи је случај када правно правило није у супротности ни са новим прописима, ни са новим уставним поретком. Тешкоће нема ни тада ако је у датом случају постојало правно правило исте садржине на свим ранијим правним подручјима. У том случају оно испуњава све услове да буде примењено: није у супротности са новим прописима и начелима уставног поретка, и постоји као правило у свима крајевима наше земље. Тешкоће настају кад се констатује да правило није у супротности са новим прописима и начелима уставног поретка, али да је материја на коју се оно односи била различито уређена на појединим ранијим правним подручјима, те да данас срећемо у нашој земљи различита правна правила у разним крајевима. Тако, на пример, Хрватски општи грађански законик, као и ранији Аустриски, није дозвољавао раскидање уговора због неизвршења (§ 919), док је Аустриски грађански законик, у облику у коме је важио у Словенији и Далмацији после измена од 19 марта 1916, дозвољавао раскидање уговора због неизвршења. За Српски

грађански законик (§ 553) извесно је да није дозвољавао раскидање ако је уговор био делимично извршен, али је питање: да ли се уговор може раскинути ако није ни делимично извршен, било предмет спора у теорији, а и судска пракса у том погледу није била устала. Општи имовински законик имао је исто правило које има новелирани Аустриски грађански законик (чл. 548). Сличних примера има много, нарочито у области имовинског права, које нас овде нарочито интересује, и које углавном имам у виду пишући ове редове. Поставља се питање да ли треба применити свако од тих правила на подручју на коме је важило, или би помоћу њих требало створити једно правило које би важило свуда.

Питање се још више компликује тиме што се ранија правна подручја не поклапају са подручјима републичких врховних судова. Због тога има случајева да се у разним деловима подручја истог републичког врховног суда налазе сасвим супротна правна правила о истом питању. Треба ли у тим случајевима исти суд да примењује на истоветне случајеве са разних подручја наслеђена правна правила која имају супротну садржину и тако решава исту врсту спорова на различите, некад сасвим супротне начине? А ако је однос који је предмет спора заснован између лица са разних правних подручја, по којим ће нормама суд решити сукоб правних правила?

4. — Многи мисле да би до доношења нових прописа требало на сваком подручју примењивати у потпуности сва правна правила која испуњавају услове постављене у чл. 4 закона о неважности правних прописа донетих пре 6 априла 1941, од 23 октобра 1946. По том мишљењу, чланом 4 овог закона правна правила садржана у ранијим законима и другим правним прописима деле се у две групе: једну чине правна правила која су у супротности са новим прописима или са начелима новог уставног поретка, и та правила се не могу примењивати; другу групу чине сва остала правна правила и она се имају и даље примењивати, као да су закон.

Извесност и правна сигурност говоре у прилог овог мишљења, али оно није опште, нити га се судови држе увек. Против њега може се истаћи више аргумената.

5. — Приметимо, пре свега, да кад би ово мишљење било опште прихваћено, онда би смо имали у нашој земљи правни федерализам најгоре врсте, који се не би много разликовао од стања које смо имали пре рата. У извесном погледу стање би било још горе, пошто се границе подручја републичких врховних судова не поклапају са границама ранијих правних подручја.

На овом аргументу не би се могло инсистирати, ако би ранија правна правила имала обавезну снагу закона, на основу закона о неважности правних прописа. Међутим, закон их није изједначио са новим прописима. Он им је дао значај материјала којим судови треба да се послуже при решавању спорова. Судови не могу прећи преко њих или их отстранити као противна начелима уставног по-

ретка без образложења, али она ипак немају снагу закона и кад нису у супротности са начелима уставног поретка.

Не треба губити из вида да је законом о неважности правних прописа донетих пре 6 априла 1941 године и за време непријатељске окупације, од 23 октобра 1946, прекинут правни континуитет код нас. То је већ било извршено добрим делом одлуком АВНОЈ-а о укидању и неважности свих правних прописа донетих од окупатора и његових помагача за време окупације; о неважности одлука које су за то време донете; о укидању правних прописа који су били на снази у часу непријатељске окупације, од 3 фебруара 1945. Према чл. 2 те одлуке: „Правни прописи (закони, уредбе, наредбе, правилници, итд.) који су били на снази у часу непријатељске окупације (до дана 6 априла 1941 године) укидају се, уколико су у супротности са тековинама народноослободилачке борбе, с декларацијама и одлукама АВНОЈ-а и Земаљских антифашистичких већа (скупштина, света, собрања) појединих федералних јединица и њихових претседништава, као и правним прописима донетим од Националног комитета ослобођења Југославије и његових повереништава, влада и појединих повереништава федералних јединица.“ Одредбе самог закона о неважности правних прописа сасвим су експлицитне: „Правни прописи (закони, уредбе, наредбе, правилници и др.) који су били на снази на дан 6 априла 1941 године, изгубили су правну снагу“ (чл. 2). „Правна правила садржана у законима и другим правним прописима поменутим у чл. 2 овог закона [...] могу се по овом закону примењивати на односе који нису уређени важећим прописима, и то само уколико нису у супротности са Уставом ФНРЈ, уставима народних република, законима и осталим важећим прописима донетим од надлежних органа нове државе, као и са начелима уставног поретка ФНРЈ и њених република“ (чл. 4, ст. 1). „Државни органи не могу своја решења и друге акте заснивати непосредно на овим правним правилима“ (чл. 4, ст. 2). „Пракса и правна схватања судова и других државних органа бивше Југославије не могу бити подлога за тумачење и примену правних правила из чл. 3 и 4 овог закона“ (чл. 5, ст. 3). Довољно је пажљиво прочитати ове текстове па увидети да остаци ранијег правног поретка немају исту обавезну снагу као и нови прописи. Разликовање између правних прописа и правних правила учињено је несумњиво свесно и у том циљу, иако би се иначе сама разлика могла спорити. Такозвана правна правила нису тврда правила закона, већ много мекши материјал, који је дат судији да се њим послужи како је најбоље могуће ради попуњавања празнине настале глобалним одузимањем правне снаге свима ранијим прописима.

6. — Може изгледати парадоксално да постоје правила из истог извора која немају исту обавезну снагу за судију. Обавезна снага правних правила из истог извора, по самој природи ствари не може се степеновати, као ни једнакост: она постоји, или не постоји. Али ма колико то изгледало парадоксално, то је чињеница

код нас. То се јасно може видети и из самих наведених текстова, да не потсећамо на остале околности које су познате, а које су довеле до потпуне аброгације ранијег права. То је нешто сасвим ново, изузетно и што измиче утврђеном начину резоновања у области примене правних правила, и та једињственост треба да буде уочена. Та јединствена чињеница може бити искоришћена у једном вишем циљу, у циљу стварања јединственог правног система у нашој земљи.

Према уставном закону (чл. 15, ст. 1, т. 5) наша земља треба да има у великој мери јединствено законодавство. Између осталог, цела материја грађанског законика спада у искључиво савезно законодавство. Ако посматрамо само ту материју, констатоваћемо да о многим важним питањима из те области постоје од раније различита, некад супротна правна правила. Ако би судови до доношења грађанског законика, или имовинског законика, како га назива уставни закон, примењивали, сваки у своме делокругу сва та различита правила, резултат тога би био да у једном месту буде забрањено оно што је у другом месту дозвољено, да се правда с ове стране реке сматра за неправду с оне стране. Стога мислим да ослабљена снага правних правила и уставна тежња ка јединственом правном систему дозвољава судији да води рачуна не само о правним правилима свога подручја, већ и о правним правилима других подручја. Није претерано рећи да га оне упућују на то да, ако су правна правила разних подручја противречна, изабере оно које данас најбоље одговара нашим потребама. Разуме се, није довољно тврдити да неко правило одговара нашим потребама, а друго да им не одговара, већ те тврдње треба поткрепити разлозима.

Није лако рећи у сваком случају које од разних правила најбоље одговара нашим потребама. Критеријум је врло широк и недовољно прецизан. Он не искључује грешке и лутања. Учења правне науке, већ стечена искуства, тенденције које су се показале у другим нашим прописима, искуства из упоредног права могу помоћи да се смање погрешке и избегну лутања.

7. — Нарочито треба водити рачуна, где је то могуће, о општим узансама које је донео Пленум Главне државне арбитраже 18 јануара 1954, а које су објављене 7 априла 1954. Примена свих узанси заснива се на вољи странака, па се и опште узансе примењују ако су странке уговориле њихову примену. Међутим, као што је познато, у нашим општим узансама, поред правила која се и у другим земљама налазе у узансама, има много правила која се у другим земљама налазе у законима. Аутори узанси су их свесно унели у узансе, да би тако постигли изједначење имовинског права у области промета у коме учествују привредне организације, дали основна правила за уређење односа насталих у промету, и тако обезбедили сигурност промета. Друго је питање да ли се то могло учинити путем узанси. Али независно од тог питања, правила општих узанси која иначе по својој природи треба да се налазе у закону,

састављена су у складу са потребама савременог правног промета, и може се са великом вероватноћом очекивати да ће та или њима врло слична правила бити садржана у нашим будућим законима. И састављачи општих узанси узели су их највећим делом из материјала припремљеног за напрт једног општег облигационог закона. Судови не могу примењивати опште узансе у грађанским споровима, изузев ако су се уговорници споразумели о томе. За прописе општих узанси не може се рећи ни да су правна правила у смислу који овоме изразу даје закон о неважности правних прописа, од 23 октобра 1947. Али с обзиром да се она примењују у пракси на највећи део промета код нас, и да је њихово састављање инспирисано савременом правном науком, суд се може у највећој могућој мери ослонити на опште узансе, када тражи за решавање неког грађанског спора једно правило које би могло важити у свима крајевима наше земље. Притом, разуме се, не могу доћи у обзир она правила општих узанси која треба да важе само у трговинском промету.

Цео овај посао истраживања општег правила захтева ванредне напоре у једној изузетној и врло сложеној правној ситуацији. У њему главне улоге имају републички врховни судови и, нарочито, Савезни врховни суд.

8. — У збиркама судских одлука има доста примера да се судови држе стриктно правних правила са свога подручја, што значи да њихову обавезну снагу изједначају са законом. Али има и одлука које на та правила гледају на начин који се мени чини исправац. Ја ћу, примера ради, навести једно решење Врховног суда НР Босне и Херцеговине, од 9 новембра 1956 (*Збирка судских одлука*, књ. I, св. 3, Београд, 1956, бр. 680, стр. 131), о питању да ли је могуће раскинути уговор због неизвршења о коме, као што сам напред потсетио, постоје супротна правна правила на разним правним подручјима. У наведеном случају првостепени суд био је мишљења да се питање има расправити по правном правилу које је важило у Босни и Херцеговини, а Врховни суд је изнео мишљење да примена тог правила није обавезна, јер оно више не одговара нашим потребама, и стао на становиште да се случај има расправити по правном правилу новелираног Аустриског општег грађанског законика, који је код нас важио у Словенији и Далмацији. „У разлозима побијане пресуде, између осталог, наводи се и то да првостепени суд стоји на становишту, да тужена странка није била овлашћена на раскид уговора услед чињенице што се тужилац није одазвао њеном позиву да јој у одређеном року исплати остатак куповнине. Очито је да се први суд ослања овде на правно правило изражено у § 919 Општег грађанског законика, по коме у случају да једна страна не испуни уговор или да га не испуни уредно, друга страна, осим случајева предвиђених у закону или у нарочитој клаузули уговора, — нема права тражити да се уговор раскине, него може тражити само да се уговор тачно испуни и да се дадне накнада штете. Треба

одмах приметити, да се пракса судова још пре рата на нашем подручју руководила ширим схватањем ове одредбе, које је било изражено у новелираним прописима §§ 918—920 наведеног Законика, а по коме је поверилац могао у случају неиспуњења теретног уговора тражити испуњење уговора и накнаду штете због неиспуњења, или раскинути уговор ако га дужник не испуни ни у накнадном року који му је поверилац у ту сврху поставио. Ово правно схватање треба поготову прихватити за наше право, јер оно одговара нашим потребама и јер је правно схватање изражено у новелираном § 919 споменутог законика, на који се ослања први суд, још давно пре рата превазиђено потребама промета. Према томе, када једна страна не изврши теретни уговор уопште или га не изврши уредно, другој страни — која није крива за неизвршење — треба признати право да уговор једнострано својом изјавом раскине — између осталог и онда када је по конкретним околностима јасно да туженик злонамерно избегава да испуни уговор”.

Мотивима овог решења могле би се правити разне замерке. Не може се рећи да се пракса пре рата руководила при примени § 919 Општег грађанског законика „ширим схватањем ове одредбе” кад је она ту одредбу била одбацила и поступала сасвим супротно тој одредби. Не би се смело рећи за закон да је „превазиђен потребама промета”, јер то ставља судију у опасан положај изнад закона, а ако се то каже за „правно правило” у смислу нашег закона од 23 октобра 1947, онда би требало показати зашто је оно „превазиђено”. Исто вреди, као што сам раније напоменуо, и за формулу да правило „одговара нашим потребама”: и то би требало образложити, што не би било тешко. Али поред свих ових замерки закључак овог решења је исправан: и поред правног правила које важи на његовом подручју, да се уговор не може раскинути због неизвршења, Врховни суд НР Босне и Херцеговине сматра да треба дозволити раскид уговора због неизвршења, како то дозвољава правно правило других неких подручја. До истог резултата долази се и помоћу општих узанси, које у чл. 209 имају исто правило. То значи да се налазимо на путу замене партикуларних, диспаратних и супротних правних правила о питању раскидања уговора једним јединственим правилом. Ту креативну активност судова треба помоћи и пожелети да она обухвати и многа друга питања и тако, очекујући нове законе, приближи нас изједначењу права.

Михаило Константиновић

РАЗВОЈ И САДАШЊИ ИЗВОРИ ПОМОРСКОГ ПРАВА

Поморско право као правило или норма о пловидби старо је колико и само поморство, а то значи колико и повијест наше цивилизације. Поморска путовања описана су већ у Хомеровој *Илијади* и још више у *Одисеји*, а ту се спомињу као још давнији морепловци