

СТАРО И НОВО У НАШЕМ ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ

Много се говорило по ослобођењу а и данас се говори о новом, социјалистичком карактеру нашег права. Разумљиво је да наш правни систем као целина има социјалистички карактер. Спорно је само у чему је социјалистички карактер нашег права.

Првих година после ослобођења, под ауторитативним утицајем совјетске правне науке, било је код нас мишљења да је социјалистички карактер нашег права сасвим отсечан и јасан, да имамо квалитативно сасвим ново право, у целини различито од старог, буржоаског права. У Совјетском Савезу се учило, под утицајем Вишинског и Жданова, да је совјетско право сасвим оригинално, антагонистички супротно буржоаском праву, савршеније је и развијеније од буржоаског права. Ово схватање је било у складу са идеолошким преокретом у Совјетском Савезу који је пратио учвршћење Стаљина на власти. У грађанском праву тај идеолошки преокрет је био нарочито оштар: то је био обрачун са схватањем — чији је главни протагониста био Пашуканис — да је осовина целокупног правног система грађанско право те да се остале гране права одређују према свом посредном или непосредном односу према грађанском праву; да грађанско право, постиже свој врхунац развоја у капитализму јер су тамо највише развијени робни односи; да грађанско право у социјалистичком друштву опада и одумири опадањем и одумирањем робних односа и да истовремено с том појавом одумири и право у целини као и држава. Међутим Вишински, главни правни идеолог стаљинизма, тврдио је да право и држава у социјализму не само да не одумиру већ да достижу још виши степен развоја него у капитализму; али да зато није грађанско право најважнија грана права (за њега грађанско право претставља само „техничка правила“) него државно право. Основни смисао тога схватања је у томе да се потискује значај економских односа за настанак и постојање права, а да се истиче значај нормативног елемента у праву. Ово схватање је одговарало интересима владајуће бирократије која је у том периоду највише дошла до изражаја.

Морамо рећи да совјетски научници у ери стаљинизма нису успели да докажу „надмоћност“ совјетског грађанског права над класичним системима грађанског права (а грађанском праву није се ни обраћала велика пажња у том периоду). Они су се и даље служили достигнућима „буржоаске“ правне науке у грађанском праву, а основне и горуће проблеме совјетског грађанског права: социјалистичку својину у грађанском праву, однос плана и уговора, однос административног и грађанског права, појам и значај правних лица, итд. само су површно обрађивали и нису их продубљивали. А ако

су их и дубље анализирали, стали су на пола пута и нису повлачили даље конзеквенце.

Разуме се, наведени став совјетске литературе у ери стаљинизма и ставови извесних наших писаца који су настали под тим утицајем нетачни су. Социјализам је прелазна фаза од капитализма ка комунизму. Право у социјализму свакако добија нови карактер али то никако не значи потпуни прекид са правом претходне етапе у развоју друштва. Овакво схватање нити је материјалистичко, нити је дијалектичко. Иако је и наше ново социјалистичко друштво настало путем револуције, у том нашем друштву итекако има још елемената старог. Има их и у области права. Свакако да у области такозваног јавног, политичког, „државног“ права има мање старог него у области грађанског, имовинског права. Али старог има у свим областима права, јер га има и у друштвеним односима које регулишу правне норме, у интересима и у свести људи који су учесници тих друштвених односа — иако, разуме се, и оно што је „старо“ разликује се у много чему од ранијег, преображава се на изванредан начин. Занемарити ову чињеницу или чак порећи је и покушавати променити те односе самим нормама, „декретима“, супротно је суштини марксистичких схватања у друштвеним односима.

У овом раду ограничићемо се само на област грађанског права, тачније речено имовинског права у истраживању тога шта је старо и шта је ново у нашем грађанском праву.

1. — Ако полазимо од поставке да свака грана права регулише одређене области друштвених односа, лако нам је да пријемо решавају постављеног проблема. Треба видети која је она област друштвених односа коју грађанско право регулише. За нас је несумњиво, то је једна од основних поставки марксизма, да грађанско право регулише односе робне привреде.

Односи робне привреде по Марксу чине „објективно биће“ друштва. Ти односи имају своје сопствене законе кретања, а основни закон у том кретању је закон вредности. Тај закон се пре свега испољава у размени еквивалентних вредности на тржишту. Својство грађанског права као непосредне надградње над робним односима чини да је грађанско право најмање подложно „свесном“ регулисању од стране законодавства; да је правно-нормативни елемент у њој најслабији; да оно има своју унутрашњу „логику“, паралелну са „логиком“, иманентним законима кретања, робне привреде; свој специјалан систем појмова који се најдоследније искристалисао у римском праву као праву простих поседника робе“, као што каже Енгелс (вид. *Лудвиг Фојербах*, Београд, изд Културе, 1947, стр. 57).

Ова околност управо одређује да грађанско право постоји у сваком друштвеном систему у којем постоји робна привреда. Оно је додуше постигло свој врхунац у буржоаском праву, у капиталистичком друштву. Али грађанско право, под којим подразумевамо и римско грађанско право које служи као основица модерном континенталном

грађанскоправном систему, постоји и у римском робовласничком, у феудалном, па и у нашем социјалистичком друштву. И не само то, него и наше савремено позитивно грађанско право има у својој основи исте категорије, исте основне установе, исту основну технику као и римско право. (Под „техником“ овде подразумевамо не оно што је Вишински назвао „техничка правила“, него начин повезивања правила у грађанском праву и њихову примену у пракси.)

Да видимо то на неким примерима из нашег позитивног права. Закон о наслеђивању има исту технику као и класично буржоаско право (а такву технику има, например, и совјетско наследно право). Та техника у основи вуче свој корен још из римског права: тестамент, законско наслеђивање, нужни део, урачунавање поклона, недојност за наслеђивање, легат, итд. Све ове установе постојале су већ у римском праву. (Узгред напомињемо да и породично право у нашем или совјетском праву које је уско повезано са наследним правом има сличну технику као напредна буржоаска права.) Какав је случај у облигационом праву? Узмимо закон о застарелости потраживања од 30 септембра 1953. Он садржи иста правила као и модерна буржоаска права. Или узмимо узансе за промет робом Главне државне арбитраже од 7 априла 1954. И они садрже истоврсна, често истоветна правила као Трговински законик бивше Краљевине Југославије, или као модерна буржоаска права; итд.

Ситуација је још разумљива код наследног права. Наследно право се непосредно надовезује на постојање приватне својине која, ма како ограничена, постоји још и данас у нашем праву (1). Међутим, поставља се питање како је могуће да у сфери друштвене својине, у односима између друштвених привредних организација можемо још и данас тако успешно да се служимо класичном правном техником облигационог права. Понављамо да при томе потпуно одбацујемо прагматистичко тумачење да законодавац слободно може да бира „технику“ коју хоће (2). Правну технику у изнетом смислу, у смислу метода, начина израђивања, повезивања и примене правних правила код сваке гране права, па и код грађанског права, одређује суштина друштвених односа које одређена грана права регулише. Такође смо свесни околности коју Маркс и Енгелс истичу да се у основици логичке везе која постоји међу правним правилима нала-

(1) У совјетској литератури се узима да у Совјетском Савезу не постоји више приватна већ лична својина, те да је према томе и наследно право израђено на личној својини. И неки наши писци имају такво схватање. Лична својина је корелат колективне својине. То је оно што поједини чланови колектива као такви добују из колективне својине. Та својина је везана и употребљава се на одређен начин. Лична својина (особина) постојала је, например, у породичној задрузи код нас. Но пошто код нас (а ни у Совјетском Савезу) није још израђена колективна социјалистичка својина, пошто су потрошна добра још увек роба, то није реч о личној већ о приватној својини која са гледишта права има иста овлашћења, макар у ограниченијем обиму, као и класична приватна својина.

(2) Тако, например, у ери тзв. административног управљања привредом такође су постојали у нашем грађанском праву уговори међу предузећима. Но многи од тих уговора су били само то по форми. У суштини административни акт о планској производњи и расподели био је само назван уговором. То се најбоље видело по томе што спорове нису решавали судови већ тзв. арбитраже које су имали овлашћење да мењају те „уговоре“ сходно плану и моменталним економским потребама.

зи својина. Својина одређује лик и карактер свих осталих правних установа, целокупног правног система. Па кад је тако још се оштрије поставља питање: како се ствара на друштвеној својини грађанскоправна техника.

Одговор на то питање је јасан: и друштвена својина код нас (као и у свим друштвеним системима у којима постоји робна привреда) има грађанскоправну компоненту која — ма и у мањем обиму, ма и у квалитетно друкчијим оквирима — има истоврсну садржину као класична приватна својина. У нашем правном систему ова компонента се већ данас и у теорији признаје и зове се „право коришћења“ (3). Данас већ мали број правника оспорава да је то грађанско, имовинско, апсолутно и стварно право као и остала апсолутна и стварна права. Оно се прво уобличило у судској пракси. Судска пракса, понекад и несвесно, почела је да употребљава исту „технику“ при третирању тога права као и при третирању својине и државине. Исти начин заштите и постанка и престанка оригинарним и деривативним путем (поред неких нових начина постанка које је увело наше ново право). Но судска пракса није почела да употребљава стару технику случајно. Њу је нужно наметала околност што је предмет тога права роба: онај објект друштвене својине који је истовремено и роба. Ова околност диктира имовински, стварноправни карактер тога права као и могућност примене класичне облигационоправне технике. Пошто је предмет тога права роба, то право је у промету. Најважније средство промета тога права је уговор о куповини и продаји. Разлика је у томе што, док се код класичне куповине и продаје преноси својина на једној ствари, овде се преноси једно друго стварно право — право коришћења.

2. — Поставља се сада питање у чему је разлика између буржоаског и социјалистичког грађанског права када оба употребљавају углавном исту технику.

Да бисмо одговорили на то питање треба да се потсетимо да основ те технике чини грађанскоправна својина. Грађанскоправна својина, *proprietas* римског права има своје особености које је разликују од осталих историских облика својине: то је слобода коришћења

(3) Право коришћења, по дефиницији која је дата у закону о средствима привредне организације од 28 децембра 1957, истоветно је са тзв. правом управљања као грађанским правом, како се то раније називало. Но опет, под утицајем совјетске теорије, код нас је дуго трајало док је већина правних писаца то увидела. Када сам први пут тврдио да је „право управљања [...] имовинско право“ (А. Гамс: Стварно право, 1949, стр. 99) и да „државни орган као правно лице социјалистичког права има своју одвојену имовину [...] а пошто имовина сваког лица у праву састоји се из стварноправних и тражбеноправних елемената, то нужно морамо право управљања схватити као стварно право“, наишао сам на оштре критике. Рећи да државни орган (а у то време и привредно предузеће било је државни орган) има своје субјективно право, било је супротно званичној совјетској концепцији која је, разумљиво за оно време, имала велики утицај на нашу теорију. Тим је веће задовољство видети да је то схватање о праву коришћења (односно праву управљања као грађанском праву) постало тако популарно, да га данас већ неки писци прихватају као своје оригинално. Тако, на пример, проф. Спаић се у тој мери залаже за то схватање да замера што правничка јавност није приметила кад је он то први пут изнео 1952, а још јасније 1954 (вид. Спаић: Нови аспекти права управљања предузећима, „Годишњак Правног факултета у Сарајеву“, V, 1957, стр. 188 примедба 19).

и располагања предметом те својине. Слобода коришћења и располагања у својини — то је оно основно начело грађанског права из којег проистиче друго основно начело: аутономија воље субјеката грађанског права. Начело аутономије воље пак одређује слободу уговарања. Уствари рећи „слобода“ уговарања је плеоназам — уговор без слободе, без слободне иницијативе равноправних субјеката да га закључе или не — и није уговор. Дакле, две основне установе грађанског права су грађанскоправна својина и уговор.

Но ове две основне установе у нашем социјалистичком грађанском праву нису више истоветне са својином и уговором класичног римског и буржоаског права, иако су у суштини остале сличне. Разлика је у ограничењу својине и уговора.

Шта је разлог и смисао тога ограничења? Одговор треба опет наћи у економској бази. Ограничења грађанскоправне својине и уговора извиру из ограничења робне привреде у нашем друштву и потчињавања те привреде плану. Постоји паралела између ограничења робне привреде планом и ограничења грађанскоправне својине и уговора јавним правом. Јер правна надградња оних привредних односа које не обухвата робна привреда него план — јесте јавно (уставно, административно, финансиско) право. У области својине ова паралела се правно јасно изражава: друштвена својина има две компоненте, јавноправну и грађанскоправну. Јавноправна компонента друштвене својине непосредно изражава оне планске „инструменте“ (доприноси друштву, надзор и наменско коришћење друштвених средстава и т.сл.) који ограничавају право коришћења као правни израз робног вида друштвених средстава. У области уговора, у нашем праву ограничења се не испољавају тако непосредно. То су разна ограничења уговора у грађанском праву која се правно различито испољавају али која су одређена и усмерена јавноправном компонентом друштвене својине.

Уствари процес ограничавања својине и уговора срећемо већ у буржоаском праву. Он иде упоредо са потискивањем либералне капиталистичке привреде, јачањем монополског, финансиског капитала и најзад појавом државног капитализма. Буржоаска грађанскоправна литература много пише о ограничењу својине у капитализму (тако да неки пиisci сматрају да тамо више не постоји приватна својина у класичном смислу, по некима она је чак постала социјална функција), као и о такозваној „социјализацији“ права уопште. А „социјализација“ права у крајњој линији испољава се — у ограничавању слободе уговарања у разним видовима и из разних разлога. То ограничавање уговарања иде и тамо упоредо са ограничавањем својине. Ипак ограничавање права у горе изнетом смислу разликује се код нас квалитативно од ограничавања у буржоаском праву: социјалистичка економика, интереси трудбеника који у разним областима самоуправљања у нашем друштву долазе до изражаја и који дају

плански смер тој економици, намеће том ограничавању у виду привредних планова и других инструмената трајан, друштвено-политички јасно одређен карактер. Управо у томе је нови, социјалистички карактер нашег грађанског права.

Но и у буржоаском и у нашем праву, у самој техници ограничавања, има нешто заједничко: ограничавања по правилу се не крећу на *грађанскоправном* терену, него на *јавноправном*, испољавају се у административном, уставном и финансиском праву. То је разлог да грађанскоправна техника, она техника која је већ била изграђена у римском праву, рецимо пренос стварних права и њихова заштита, подела права на апсолутна и релативна, појам облигације, разне врсте и типови уговора и других облигационоправних односа, остају *формално* скоро иста. *Садржинске* промене појављују се на терену јавног права. Додуше има ограничења која су и по форми грађанскоправна утолико што нису обухваћена другим гранама права, на пример, ограничење слободе уговарања „савесношћу и поштењем“ (*Treu und Glauben*), забрана зеленашких уговора и т.сл. Но у суштини и ова правила су слична јавноправнима, она претстављају опште императивне прописе који ограничавају слободу уговарања.

3. — Горње тврдње поткрепићемо неким примерима.

У области стварног права начин ограничења приватне својине је двојак. Мањи број прописа који ограничавају својину је грађанскоправни, рецимо прописи из области суседског права. Но већина тих прописа су административноправни, њихова повреда је угрожена административноправном санкцијом. Ова ограничења намећу не само границе својинским овлашћењима, него нека су од њих тако драстична да прописују позитивне радње које власник мора да предузме према предмету своје својине, као, на пример, закон о обрађивању необрађеног земљишта од 20 марта 1957. Сва ова ограничења у крајњој линији потчињавају приватну својину јавном интересу. Код друштвене својине, као што смо то већ много пута изнели, јавноправна компонента је збир јавноправних овлашћења која уоквирују грађанскоправни израз друштвене својине у виду права коришћења. Али у оквиру тих јавноправних овлашћења, без обзира на њихову оштрину и бројност, и приватна својина и право коришћења подложни су истим правилима у погледу њихове заштите и промета као класична приватна својина. О томе смо већ говорили. Без обзира, на пример, колики допринос плаћа титулар права коришћења на неко основно средство, колики износ уплаћује у амортизациони фонд приликом преноса тога средства, без обзира што основно средство може да пренесе у начелу само на друштвено правно лице, или што евентуално мора тражити одобрење неког административног органа за пренос — правила о предаји као начину стицања, правила о сношењу ризика, о одговорности за правне и физичке недостатке

иста су као и у класичном буржоаском праву (4). Јасно се види да се ограничења крећу на јавноправном терену.

У области облигационог права, као што смо видели, такође се одржавају стара правила. На пример, правила о понуди и закључењу уговора, о форми, — обезбеђењу и извршењу уговора, о доцњи, о уговорној казни, о накнади штете иста су као и у класичном буржоаском праву. Код осталих врсти облигација као код неоснованог обogaћења, грађанскоправних деликата, такође примењујемо стара правила. Горња правила важе без обзира на евентуална административна ограничења у вези са уговорима, на регистровање уговора код друштвених или административноправних органа, код добијања одобрења за закључење уговора, на девизна ограничења која се евентуално појављују код плаћања, итд. Момент подвођења тих уговора под план, под општи интерес, испољава се управо кроз та административна ограничења исто тако као и код стварних права, та ограничења дају оквири грађанскоправним правилима о уговорима код нас. Но у оквиру тих граница са успехом се примењују класична правила.

Ипак, има извесних појава при том ограничавању на које морамо указати и које су повезане са горе изнетом законитошћу развоја нашег грађанског права.

Сужавање слободе уговарања испољава се у повећању броја разлога за неважност правних послова. Тај број је данас много већи него што је био у буржоаском праву, нарочито у њеном либералном периоду. Нарочито се повећава број тзв. ништавих, тј. апсолутно неважећих правних послова. То је она врста неважности правних послова која потиче из сукоба правног посла са општим јавноправним поретком.

Некад је број ништавих правних послова био сасвим незнатан. Поред неких особитих забрана број противзаконитих и неморалних правних послова био је мали. Општи јавноправни оквири су били веома широки, а неморалнима су се сматрали само мали број правних послова, нарочито они који су се сукобљавали са полним моралом. Но већ у буржоаском праву је почело све веће ограничавање. Прво је почела, из опште познатих разлога, административна интервенција државе у радне односе. Но после су и неке друге гране друштвеног живота, неки породични односи, просвета, социјално осигурање, итд., односи који су се раније сматрали „приватнима“ (а који су се махом сводили на робне односе, рецимо школовање у приватним школама, заштита здравља код приватних лекара) — изузети су из поља регулисања грађанског права и поднети су у поље регулисања административног права. Па се онда администра-

(4) На уговор о преносу права коришћења не утиче ни то да је садржина тога права различита према предмету на који се односи (на пример, да ли је предмет основно или обртно средство). Карактеристична појава нашег права је у томе да, насупрот јединственом праву својине класичног буржоаског права, уводи више врста стварних, својинских права (слично садашњем енглеском или ранијем феудалном праву). У вези с тим карактеристична је и разноврсност субјеката права, на пример, подела правних лица у нашем праву на приватна (грађанска) и друштвена.

тивна интервенција проширила на све већи број привредних односа. Код нас та врста интервенције (без обзира на неке квалитативне разлике у самом смислу регулисања, например, самоуправно а не „државно“-управно регулисање), то изузимање разних сфера друштвеног живота из области грађанског права, а нарочито привреде — карактеристично је правило нашег социјалистичког правног система.

Неке односе, рецимо односе коришћења станова, грађанско право регулише само супсидијерно. Грађанскоправни уговор је ништаван ако је супротан административном акту који регулише исти однос. Ти случајеви су веома чести у области привреде.

Затим, околност да правна лица као субјекти грађанског права добијају све више маха (код нас титулари друштвене својине су увек правна лица), намеће такође једно ограничење. Правна лица имају такозвану специјалну правну способност насупрот општој правној способности физичких лица (5). Њихова правна способност ограничена је циљем због којих су основани. У начелу правни послови закључени противно специјалној правној способности правног лица су ништави (иако је у пракси често тешко одредити границе специјалне правне способности правног лица).

Но поред законских забрана и ограничења, сужава се и морална граница у којима се могу кретати грађанскоправни послови. У римском и класичном буржоаском праву обраћа се пажња само на формалну једнакост странака, на формалну слободу њихових воља. Њихова фактичка, друштвена и економска неједнакост по грађанском праву уопште се не узима у обзир. Такође се не узимају у обзир ни друштвени мотиви изјава воље. Тек појавом тзв. зеленашких правних послова почиње у грађанском праву да се испољава мисао да је фактичка неједнакост странака, у конкретном случају извлачење несразмерне користи једне уговорне странке из физичке или моралне беде, неискуства, подређеног положаја сауговарача, може бити разлог ништавости правних послова. Истом циљу служи и гећ наведена установа савесности и поштења (изречена први пут у § 157 Немачког грађанског законика) по коме правне послове треба тумачити и остварити у складу са моралним схватањима средине. Даља консеквенца тога начела је да не важе правни послови, иако њихови елементи формално испуњавају све захтеве које објективно право предвиђа, ако су њихова садржина, циљ, начин остварења или слична околност у вези с тим послом супротни моралу, стандардним схватањима и понашању оне средине у којој су закључени.

Разумљиво је да ови правни инструменти који већ у буржоаском законодавству служе тзв. „социјализацији“ права постоје и у нашем праву и требало би да имају још ширу и општију примену. Они код нас служе зато да кроз грађанскоправне послове дођу до изражаја социјалистички друштвени односи и да правни послови не буду ни у ком случају средство експлоатације. Зеленашки тосао је

(5) Специјална правна способност је једна појава која данас постоји и у теоријама буржоаских права.

истовремено и кривично дело у нашем праву (чл. 263 Кривичног законика) а поштење и савесност предвиђа чл. 3 општих узанаса за промет робом. То су веома ефикасна средства за давање социјалистичког карактера нашем грађанском праву. Ипак, мора се приметити да се та средства још не примењују довољно чак ни онда када је оправданост њихове примене сасвим очевидна. Нажалост, међу нашим предузећима понекад се појављују у њиховом пословању такви случајеви који су супротни социјалистичком схватању трговине и пословног морала. Привредни судови ретко реагују на такве појаве, и нема још код нас изграђених критерија у судској пракси за конкретизовање тог социјалистичког пословног морала. Понекад судови не примењују на такве појаве чак ни она средства која су постојала већ у класном буржоаском праву, као на пример, правила о симулованости и фиктивности правног посла или правила о побијању правних послова (паулијанска тужба — иако су код нас честе злоупотребе установе принудне ликвидације). Такође правила о злоупотреби права уопште, која би се у недостатку позитивних прописа могла код нас успешно примењивати у области оиндустриске својине и нелојалне конкуренције, ретко се засад код нас примењују.

Ограничавање слободе уговарања огледа се код нас још и у ширењу тзв. типских уговора и уговора по приступу која је такође закони процес и у савременом буржоаском грађанском праву. Код нас типски уговори се појављују, осим у области транспорта, осигурања, расподеле енергетских извора, још и у неким другим областима привреде, као рецимо код „контрахирања“ пољопривредних производа, а постоји тенденција ка типизирању уговора и у грађевинарству.

Наше ново право, како прописи (чл. 55 општих узанаса, чл. 126 закона о наслеђивању) тако и судска пракса, дозвољавају широку могућност примене клаузуле *rebus sic stantibus*. Ова установа такође служи горе наведеним циљевима.

Ограничавању слободе уговарања и замењивању диспозитивности императивношћу у облигационом праву служи и ширење осигурања уопште и принудног осигурања наполе у нашем праву. Код нас постоји обавезно осиграње путника на бродовима, у аутомобилском саобраћају као и обавезно осигурање путника и робе на железницама. Тенденција је да се обавезно осигурају и објекти друштвене својине.

Горе наведена тенденција огледа се још и у ширењу објективне одговорности у нашем праву, у замењивању субјективне одговорности објективном у многим гранама обавеза за накнаду штете. Судска пракса код нас поставила је правила о објективној одговорности држалаца опасних ствари (иако та правила још нису довољно повезана), као и о објективној одговорности предузећа за штету коју њихови службеници наносе у вршењу или чак поводом вршења послова предузећа, итд.

Најзад, имамо у нашем грађанском праву, и то у закону о наслеђивању једну веома интересантну и у суштини социјалистичку

установу: повећање законског наследног дела извесних лица на рачун дела других наследника уколико су та лица социјално угроже- нија од других наследника. Тако по чл. 28 закона о наслеђивању ако брачни друг нема нужних средстава за живот, може му се повећати наследни део на рачун других наследника другог наследног реда, узимајући притом у обзир имовинске прилике заинтересованих лица, њихову способност за привређивање као и величину заоставштине. Чл. 29 садржи исту солуцију у корист економско угрожених родитеља. Још и неки други прописи закона о наслеђивању предвиђају сличне солуције. Овим прописима је дата судији широка директива да отступи од општих правила о наслеђивању ако то „правичност”, а у конкретном случају економска угроженост неких лица то захтева. Иначе могућност да се отступи од општих правила ако то у конкретном случају захтева правичност поникла је први пут у Немачком грађанском законнику (§ 829) у вези са накнадом штете, па су ту идеју после прихватили и други модерни законици, међу њима и Грађански законик РСФСР (чл. 406).

Навели смо примере да бисмо показали сужавање слободе уговарања у нашем позитивном праву, замењивање диспозитивних норма императивнима, преношење неких области друштвеног живота из сфере регулисања грађанског права у сферу регулисања административног или уопште јавног права. Дакле, оквири грађанског права се стално сужавају но у тим оквирима се задржава „стара“ правна техника. То не значи, ипак, да се потпуно задржавају стара правна правила. Иако се оквири грађанског права сужавају у тим оквирима, појављују се и нова компликованија грађанскоправна правила, нека стара правила добијају нови смисао, а нека потпуно губе свој значај. Показаћемо то на неким примерима.

Уговорна казна је установа грађанског права која потиче још из римског права. Она има двојаки значај, да унапред одреди накнаду штете и да буде средство тзв. уговорне дисциплине, да поттиче сауговараче на уредно извршење уговора. Код нас се уговорна казна много чешће употребљава него у буржоаским правима. Шта је томе разлог? Први разлог је у тешкоћама за принудно извршење уговора код друштвених предузећа. Још је спорно у нашем праву које све ствари улазе у имовинску масу предузећа које подлеже принудном извршењу. Донедавно се сматрало да основна средства уопште не улазе у ту масу, а и данас је још спорно да ли сва основна средства улазе у њу. Много је лакше и једноставније наплатити уговорну казну него водити принудно извршење. Но уговорна казна такође се појављује у нашем праву и као потстицај за уредно извршење уговора, ао средство привредне, планске дисциплине.

Насупрот томе, установе тзв. апстрактне штете, штете која настаје у разлици између уговорне и пијачне цене (а чију могућност предвиђа чл. 231 општих узанса), не би била оправдана у нашем праву. Судови је нерадо досуђују. Нарочито се не би смела досудити ако потиче од тзв. терминског посла који би свакако требало забранити у нашем праву. Наша трговина никако не сме бити средство

стицања зараде шпекулисањем на конјунктурном паду или дизању цене неке робе. Из тога разлога забрањена је у нашем праву и тзв. верижна трговина — куповина ради препродаје и без пријема робе (6).

*

Поставља се сада питање како је могуће да социјалистичка држава одумире а да се у праву те државе јача управо онај сектор који је нормативно јачи — јавно, административно право.

На ово питање одговоримо следеће. Пре свега нормативна снага прописа још ништа не казује о садржини друштвеног односа који тај пропис регулише. У либералној буржоаској држави јавно право је неразвијено док је грађанско право доминантна грана права. Ипак, класни карактер те државе је био веома јасно изражен. Управо грађанско право које је нормативно слабије (у њему постоји имовинска санкција поред личне санкције јавног права, оно је углавном диспозитивно) било је довољно да правно омогући економску експлоатацију пролетаријата. На пример, у *Code civil*-у била су довољна свега три прописа да „регулишу“ уговор о најму радне снаге. Управо малобројност тих прописа је дозвољавала немилосрдну економску експлоатацију радничке класе. Административна интервенција државе у радне односе, а затим у заштиту здравља, у ширење просвете, итд. био је управо захтев радничке класе. Друго, иако се број прописа у нашој земљи (као и у свим савременим државама) повећава, класна *оштрица* тих прописа све се више отупљује у мери у којој се социјализам код нас успешније изграђује. Повећање броја прописа никако не значи да држава као претставник насиља не може истовремено да слаби. Што се у већој мери доношење и извршење тих прописа преноси на демократске самоуправне органе трудбеничких маса, то ти прописи у већој мери губе принудно-нормативни карактер и заиста се претварају у „техничка правила“, правила која регулишу друштвене односе али у којима елемент организоване принуде неће бити потребан. То ће бити она фаза у развоју друштва у којој ће „објективно биће“ друштва, а то значи робни односи и антагонистички приватни интереси који их условљавају, бити савладано и потчињено субјективној друштвеној свести. Због тога само при површном погледу може изгледати парадоксалним да је инструмент савлађивања тог „објективног бића“, тих односа стихижности — јавно, „политичко“ право. Но у ме-

(6) Овај посао није само неморалан него и противзаконит. Он је ништаван у смислу чл. 65 уредбе о трговинској делатности и трговинским предузећима и радњама од 17 августа 1955. По тој уредби су такође ништави правни послови који су супротни специјалној правној способности привредних предузећа. Ова уредба и неки други прописи предвиђају још забрањеност и неких других правних послова међу привредним предузећима, на пример, набављање робе преко тзв. накупца, споразум о продајним ценама или поделу тржишта, итд. Спорно је, међутим, који од тих прописа предвиђају грађанскоправну ништавост а који административну казну поред истовремене грађанскоправне ваљаности. Видети о томе и чланак проф. Константиновића: *Забрањени уговори о трговини*, „Архив за правне и друштвене науке“, бр. 2—3 из 1957, стр. 339 и сл.

ри у којој то „политичко“ право постиже свој циљ, оно укида само себе.

Са тога становишта треба гледати, дакле, однос између грађанског и јавног права, како смо то горе поставили.

Андрија Гамс

СТАРО И НОВО У НАШЕМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Проучавање старог и новог у позитивном праву је свакодневни задатак свих оних који се баве научном анализом и тумачењем позитивног права. То је тема која се не може обрадити и изложити у једном кратком излагању.

Ово питање захтева многобројне и опсежне студије у свим областима позитивног права. Зато овде желимо само да укратко резимирамо постигнуте резултате по овом питању, затим да учинимо критични осврт на извесна постојећа мишљења по овом питању, и најзад, да дамо потстрек за даља дубља и темељитија испитивања старог и новог у данашњем праву.

При проучавању односа старог и новог у кривичном праву, на првом месту треба имати у виду да се код кривичног права, с обзиром на саму природу овог права и криминалитета као друштвене појаве, не поставља на исти начин питање односа старог и новог. Док се код извесних грана права, например, друштвеног управљања, радничког самоуправљања, социјалне заштите, итд., питање поставља да ли у новом има уопште нечега старог, дотле у кривичном праву питање се може свести на испитивање шта је у кривичном праву ново. Ово из више разлога. Криминалитет није нека нова појава која се појавила тек у социјализму, већ појава стара колико и само човечанство. Из овог разлога још од давнина почео се изграђивати један систем одбране друштва од криминалитета, правно формулисан као систем кривичног права, материјалног и процесног. У овом развоју кривичног права изграђен је читав један систем института у смислу основа и услова кривичне одговорности, како објективних тако и субјективних. Исто тако изграђен је читав један систем мера односно санкција које се примењују на учиниоце кривичних дела. Најзад, створен је један систем инструмената и метода откривања кривичних дела и судског утврђивања кривичне одговорности њихових учинилаца. Свако друштво и свака држава, од давнина па надаље, брижљиво су се старали да што више усаврше свој систем кривичног права као средства за заштиту од криминалитета а посредно и као средства за своју сопствену заштиту од унутрашњих и спољних напада на државну безбедност и сигурност. Са овога гледишта посматрано кривично право, у целини узев, претставља заиста богату ризницу инструмената и инвенција створену постепено у развоју државе и права а у циљу заштите