АНАЛИ
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34 АПФ

ИЗАБРАНИ ЧЛАНЦИ
ПРОФЕСОРА МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА

3—4
БЕОГРАД, 1982.

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

УРЕЂИВАЧКИ ОДБОР:

Др Обрен Станковић (главни и одговорни уредник), др Зоран Видаковић (заменик гл. и одговорног уредника), др Владимир Јовановић, др Јелена Даниловић, др Верољуб Рајовић, др Стеван Врачар, др Владимир Милић, др Миленко Крећа, др Дејан Поповић (секретар Уређивачког одбора) и др Стеван Лилић.

Технички уредник Вукосава Манојловић

Штампа: Штампарија ПТТ Београд, Таковска 2

АНАЛИ
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XXX | мај — август | Број 3 — 4

UDK 34 | YU — ISSN 003 — 2565

САДРЖАЈ

ДР МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ:

Прилог теорији ризика у римском класичном праву — 247
Забрана злоупотребе права и социјализација права — — 261
Питање својине — — — — — — — — — — 282
Означавање закона — — — — — — — — — 294
Књижевни и уметнички рад и право — — — — — 308
Тенденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање — — — — — — — 351
Право, сила и правичност — — — — — — — — 361
Хипотека на стоци — — — — — — — — — 365
Југословенски грађански законик — — — — — — 384
Колективни уговори о раду — — — — — — — 397
Извори брачног права — — — — — — — — — 410
Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву 422
Одговорност закупаца за пожар — — — — — — 434
Реформа брака и заштита деце и мајки у Совјетском Савезу — — — — — — — — — — — — 448
Опште напомене уз тезе за предпројекат закона о наслеђивању — — — — — — — — — — — — 468
Развод брака због тешке поремећености брачних односа 484
Однос између права на накнаду штете и права на осигурану суму — — — — — — — — — — — 496
Основ одговорности за проузроковану штету — — — 507
Природа уговорне казне — смањење од стране суда — 520
Оштећење преко половине и зеленашки уговори — — 529
Стара „правна правила" и јединство права — — — — 540
Забрањени уговори о трговини — — — — — — — 549
Осигурање и одговорност у југословенском праву — — 559
Друштвена својина — — — — — — — — — 575
Конвенција о застарелости у области међународне продаје телесних покретних ствари — — — — — — — 582
Предговор за превод швајцарског Законика о облигацијама — — — — — — — — — — — — 606

CONTENTS

DR MIHAILO KONSTANTINOVIĆ:

A Contribution to the Theory of Risk in Roman Classical Law — — 247
Prohibition of Abuse of Rights and the Socialization of Rights — — 261
From Ownership as an Individual Right to Ownership as a Social Function — — — — — — — — — — — — — — — — 282
Disignation of Law — — — — — — — — — — — — — 294
Literary and Artistic Work and Rights — — — — — — — — 308
Tendencies of Modern Legislatures in Respect of Limitation of the Right to Inheritance — — — — — — — — — — — — 351
The Law, Force, and Legal Equity — — — — — — — — — 361
Mortage on Cattle — — — — — — — — — — — — — 365
The Yugoslav Civil Code — — — — — — — — — — — — 384
Collective Labour Contracts — — — — — — — — — — — 397
The Sources of Marriage Law — — — — — — — — — — 410
The Ideas of Valtazar Bogišić on Common and Statute Law — — — 422
Responsibility of Renters in Case of Fire — — — — — — — — 434
Marriage Reform and the Legal Protektion of Children and Their Mothers in the US.S.R. — — — — — — — — — — — — 448
General Remerks in Supplement of the Draft of the Inheritance Law — 468
Divorce of Marriage due to Severe Deterioration of Marital Relations — 484
The right of Compensation of Damage and the Right to the Insurance Amount (Question of Cummulation) — — — — — — — — — 496
The Basis of Liability for Damage Caused — — — — — — — 507
The Legal Nature of Contractual Penalties Reduction by the Courts — 520
Damage „Over one Half" and Usury Contracts — — — — — — 529
The Old „Legal Rules" and the Uniformity of Law — — — — — 540
Prohibited Trade Contracts — — — — — — — — — — — 549
Insurance and Responsibility in Yugoslav Law — — — — — — 559
Social Ownership — — — — — — — — — — — — — 575
The Convention on Legal Expiration in the Field of International Sale of Physical Movable Property — — — — — — — — — — 582
Preface to the Swiss Code of Obligations — — — — — — — — 606

SOMMAIRE

DR MIHAILO KONSTANTINOVIĆ:

Contribution à la théorie du risque dans le droit romain classique — 247
La défense de l'abus de droit et la socialisation du droit — — — — 261
De la propriété du droit individuel à la propriété de fonction sociale — 282
La désignation des lois — — — — — — — — — — — — — 294
Le travail littéraire et artistique et le droit — — — — — — — 308

Les tendances des législations modernes dans le sens la limitation du droit à la succession — — — — — — — — — — — — — — 351

Le droit, la puissance et l'équité — — — — — — — — — — 361

L'hypothéque sur le bétail — — — — — — — — — — — 365

Le Code civil yougoslave — — — — — — — — — — — 384

Les contrats collectifs de travail — — — — — — — — — — 397

Les sources du droit de mariage — — — — — — — — — — 410

Les idées de Valtazar Bogišić relatives au droit national et au droit legal 422

La responsabilité des locataires pour l'incendie — — — — — — 434

La réforme du mariage et la protection des enfants et des mères dans l'Union Soviétique — — — — — — — — — — — — — 448

Remarques générales sur les thèses de l'avant-projet de la loi sur les successions — — — — — — — — — — — — — — 468

Le divorce pour cause de troubles graves dans les rapports entre les époux — — — — — — — — — — — — — — — 484

Le rapport entre le droit à la réparation du dommage et le droit à la somme assurée — — — — — — — — — — — — — — 496

Le fondement de la responsabilité pour le dommage provoqué — — 507

La nature de la peine contractuelle — la réduction de la part du tribunal — — — — — — — — — — — — — — — 520

L'endommagement au-dessus de la moitié et les contrats usuriers — 529

Les anciennes „regles de droit" et l'unité du droit — — — — — 540

Les contrats de commerce interdits — — — — — — — — — 549

L'assurance et la responsabilité dans le droit yougoslave — — — — 559

La propriété sociale — — — — — — — — — — — — — 575

Convention relative à la prescription dans le domaine de la vente internationale des biens mobiliers corporels — — — — — — — 582

Avant-propos du Code des obigation suisse — — — — — — — 606



Михаил Константинович

(1897 — 1982)

Професор Михаило Константиновић био је више од педесет година присутан у нашем правном животу, и својим делом заузима посебно место у нашој најновијој правној историји.

Дуга је листа свега онога што је он радио и урадио. Све до пензионисања 1969. године био је шеф Катедре за грађанско право и руководилац чувеног Општег семинара за грађанско право, на коме је својим слушаоцима дуги низ година откривао лепоту права и уливао им љубав за право. Био је оснивач и први главни и одговорни уредник нашег часописа „Анали", у два маха декан Правног факултета у Београду, оснивач и дугогодишњи председник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије у Београду, која је, захваљујући умногоме и његовом утицају и доприносу, израсла у угледну установу у земљи и у иностранству. Један је од твораца Општих узанси за промет робом, које је 1954. године донео пленум Главне арбитраже и које су дуго служиле као извор нашег привредног и облигационог права. Поред активног и врло плодног рада у међународним комисијама за унификацију права (посебно о продаји покретних ствари), израдио је нацрте већег броја наших законских текстова, који су практично усвојени онако како их је он редиговао: Основни закон о браку (1946), Основни закон о односима родитеља и деце (1947), Основни закон о старатељству (1947), Закон о усвојењу (1947), Закон о застарелости потраживања (1953) и Закон о наслеђивању (1955).

Докторирао је у Француској, бриљантно одбранивши докторску дисертацију из области римског права, под насловом „Periculum rei venditae en droit romain classique", За потребе својих слушалаца на општем курсу написао је много пута прештампавани уџбеник „Облигационо право" (под скромним поднасловом „Белешке по предавањима професора Михаила Константиновића"). При крају свог радног века (1969) објавио је у облику нацрта облигационог законика дело „Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима", које је више година примењивано у пракси као прави законик. Редактори Закона о облигационим односима прихватили су „Скицу" као основ за рад на облигационом законику, преузимајући највећи број решења предложених у њој и усвајајући њену законодавноправну технику.

Блистава ума, широке правничке и опште културе, изврсни зналац матерњег али и неколико светских језика, оставио је иза себе и велики број чланака класичне вредности, објављених у разним часописима пре и после рата. И као што је његова усмена реч увек остављала снажан утисак, тако су и ови радови вршили велики утицај на развој наше научне правне мисли и на образовање многих генерација правника.

Једна од одлика професора Константиновића, чији су усправан и одмерен лик његови ученици и поштоваоци задржали у памћењу и срцима као узор, била је скромност. Због те скромности није волео да прима јавна признања за свој рад и одлучно је одбио да Правни факултет у Београду и часопис „Анали" изразе своје поштовање према његовој личности и делу издавањем посебног броја часописа са радовима његових колега и ученика, као што се то већ радило и ради у част наших истакнутих професора. Он је то одбио и у време када је напуштао активан рад на факултету и у време прославе осамдесетогодишњице живота.

Поштујући и даље овакво његово опредељење и полазећи од тога да је жеља (па и она постхумна) сваког творца духовних вредности да његово дело служи онима којима је намењено и да што дуже живи, као и од тога да је објављена реч и нека врста јавне својине, редакција „Анала" је уз сагласност породице преминулог професора одлучила да приреди овај избор његових чланака објављених у разним и данас тешко приступачним часописима. Тако ће ово велико правничко благо постати доступно широком кругу корисника, посебно младих, обогаћивати их и служити им као путоказ, узор и подстрек.

Радови су прештампани без икаквих објашњења и без прилагођавања данашњој терминологији и језичким правилима.

Уређивачки одбор „Анала"

UDK — 34 (37)

ПРИЛОГ ТЕОРИЈИ РИЗИКА У РИМСКОМ КЛАСИЧНОМ ПРАВУ

Према извесним јасним местима у компилацији[1]) ризик продате одређене ствари сноси купац: ако пре традиције продата ствар пропадне услед неког случаја више силе, и тако се продавац нађе у немогућности да преда, купац не само да не може тужити продавца и тражити му испуњење његових обавеза, него поред тога мора да плати уговорену цену. „Emptoris damnum est, каже § 3. Inst.. III. 23, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere."

До скора се веровало, да римско право није никад познавало друге теорије ризика, и да правило *periculum est emptoris* резимише теорију ризика римског права од почетка његове историје па све до краја. Чак, према извесним ауторима[2]) оно се једино историјом може и објаснити на задовољавајући начин. — Међутим одавно се приметило, да се ово правило ни мало не слаже са принципом међусобне зависности обавеза странака- код синалагматичних уговора,[3]) и према коме једна странка у уговору не може захтевати од друге, да ова испуни своју обавезу, ако она сама није испунила своју обавезу. Обавеза једне странке је *causa* обавезе друге странке, Обавезе странака зависе једна од друге, како у моменту склапања уговора,[4]) тако и у моменту његовог извршења. Логично

---

[1]) § 3. Inst. III, 23; L. 8 pr. Dig. 18, 6; Cod. lib. 4. tit. 46, „et sexcentis similibus locis* како каже Vinnius, Selectae Quaest. lib. II, Cap. I, § 2.

[2]) Girard, Manuel (6e éd) стр. 546 и n. 4 и стр.. 559. — Bechmann, Kauf, I, стр. 543, 592 sq. — Dernburg. Pandekten, II, §§ 20. и 96.

[3]) Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten, T. XVII, § 1033, стр. 130. — Girard, op. cit. стр. 557—558.

[4]) L. 57 pr. Dig. 18, 1: Paulus libro quinto ad Plautium. Domum emi, cum eam et ego, et venditor combustam ignoraremus; Nerva, Sabinus, Cassius, nihil venisse, quam vis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt, — В. тако исто II. 9, 11, 8, pr. codem.

је да, кад извршење обавезе једне странке постане немогуће услед неког случаја више силе, друга странка такође буде ослобођена своје обавезе, као год што њена обавеза и не постаје, ако обавеза друге странке не постане истовремено. — После тога, правило *periculum est emptoris* повлачи често апсурдне и врло неправичне последице. Тако, на пример, ако у случају продаје туђе ствари, која је пуноважна по римском праву[5]) ствар пропадне случајно пре традиције, продавац не само што неће ништа потрошити ради набавке ствари, него ће још имати право да захтева од купца уговорену цену. Неправда је још већа у случају сукцесивне продаје једне исте ствари двојици или више купаца; јер ако ствар пропадне услед случаја више силе, продавац ће имати право да захтева од сваког купца уговорену цену. Да, међутим, ствар није пропала, он би могао тражити цену само од једног купца, а другима би чак морао надокнадити штету, коју им причињава неизвршењем уговора.[6]) Напослетку, постоји чак неколико текстова у компилацији, који су противни овоме правилу ризика и који постављају правило *periculum est venditoris.*[7]) Према овим текстовима традиција је моменат од пресудне важности у питању ко има да сноси ризик. Тако, на пример, 11. 13 (12) и 15 (14) Dig. 18, 6 кажу:

Paulus libro tertio Alfeni Epitomarum.

Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit; si traditi essent emptori, aut per eum stetisset, quominus traderentur, emptoris periculum esse placet.

Paulus libro tertio Epitomatorum Alfeni.

Quodsi neque traditi essent, neque emptor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum erit. § 1. Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris; videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.

Аутори свих времена покушавали су да објасне ове противуречности, али су сви њихови покушаји остали без успеха. У сваком случају једно је тачно: по Јустинијановом праву, праву компилације, ризик сноси купац од момента закључења уговора, и без обзира на традицију. Јустинијанови комесари посветили су, поред других раштрканих места, читава два титулуса узакоњењу овог правила (Dig. lib. 18., tit 6: Cod lib. 4. tit. 48).

---

[5]) L. 28 Dig. 18, 1.

[6]) В. међутим Jhering, Oeuvres choisies, 1, 1893, стр. 89—124 и Girard, op. cit. стр. 558, n. 4.

[7]) 13 и 15 Dig. 18, 6; 1. 33 Dig. 19, 2.

Али ако нема сумње да компилација прокламује *periculum est emptoris*, ствари стоје друкше са класичним правом. Класично право је било правичније и доследније самом себи. Његов принцип ризика био је директно супротан ономе из компилације. Кад по закључењу једног простог купо-продајног уговора, који има за предмет једну одређену ствар, ова ствар, пропадне услед неког случаја више силе пре него што буде предата купцу, продавац, који се услед тог случаја налази у немогућности да изврши предају продате ствари, и тако одговори својој обавези, губи право да тражи уговорену цену од купца, једном речју, он сноси ризик. После радова Карла Арно-а и Хајман-а[8]) нама изгледа да се у ово више не може сумњати. Тек су Јустинијанови комесари, следујући његовој препоруци,[9]) извршили промену принципа интерполишући све класичне текстове. Само благодарећи журби са којом су они радили, остали су нам неки класични текстови недирнути, у којима су се сачували трагови класичне теорије ризика.

Узакоњавајући правило *periculum est emptoris*, компилатори су увели у компилацију један принцип из грчког права,[10]) које се примењивало у источном делу империје, и тако довели општу теорију ризика у склад са једном покрајинском праксом.

---

[8]) Carlo Arnò, La teorica del periculum rei venditae nel diritto romano classico, Torino1897. (Estr. dalla „Giurispr. Ital." XLIX); Note minime sul § 3 Inst. III, 23, in Archivo Gluridico, vol. 62 (1899) стр. 540 sq; Comento ad Codicem, de periculo et commodo rei venditae (IV—XXXXVIII) const. 1, in Archivio Giurid, vol 65 (1900) стр. 301 sq.; La const. 2 Cod. 4, 48 nella „Summa Perusina", in Arch. Giurid. vol. 68 (1902) стр. 429 sq.; La massima „dolusauctoris bona fide emptori non nocet" nella const. 3, Cod. 4—48, in Studi in onore du Vittorio Scialoja, vol. 1, стр. 341 sq.; Di una interpolazione certa nella c. 4. Cod. 4, 48, in Mélanges Fitting (1907) стр. 29 sq.; La costituzione ultima del Codice de periculo et commodo rei venditae, Cod. 4, 48, 6, in Studi in onore di Biagio Brugi (1910) стр. 154; Sul c. 23 dei Fragmenta Vaticana (Cod. Just. 4—48—5), in Memorie della R. Accademia di Scienze in Modena, Serie III, vol. 9 (1909) str. 73 sq.; I „Sumptus funerum servi ai tempi di Orazio et di Labeone, Modena 1920 [Estr. dalle Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere et Arti Modena, Serie III, vol. XIV (Sezione Sienze)]. — Хајманови радови „Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht" објављени су у Zeitschrift der Savignuj-Stiftung R. A. Bd. 49, 41. — Видети тако исто наш рад „Le „periculum rei venditae" en droit romain" Lyon, 1923. — Али још пре ових модерних критичара велики француски правник Кижас тврдио је, да римско право ставља ризик на терет продавца све до традиције. О његовим интересантним теоријама видети наш Periculum rei venditae en droit romain, стр. 68 sq.

[9]) Const. Tanta § 10. ... multa et maxima sunt qui propter utilitatem rerum transformata sunt.

[10]) Хајман Zeitschrift S.-St. Bd. 41, стр. 172 sq. и наш Periculum, стр. 289 sq.

Да је то тако било, ево још једног доказа, поред оних који су до сада изнети:

Summa Perusina,[11] резиме Јустинијановог кодекса, која је важила за закон у Италији у средњем веку, резимисала је на следећи начин tit. 48, lib 4. Cod de periculo et commodo rei venditae: до традиције продате ствари или до доцње *(mora)* купчеве, ризик исте сноси продавац. Ово и овако резимисање је нетачно. То је управо фалсификат, пошто поменути титулус Кодекса ставља ризик на терет купца од дана закључења уговора, и без икаквог обзира на традицију. Али је то у толико значајније, пошто је очигледно да се аутор Суме није случајно преварио; он је *намерно фалсификовао шест законских текстова.* Разлог овој смелости не може бити други него овај: пракса у колевци римског права није могла да се навикне на једну *реформу*, која поред тога што кида са једном дугом традицијом, стоји у опреци са духом самог римског права и специјално са економијом римског купопродајног уговора. Она је протестовала против атрибуције ризика купцу, и у том протесту ишла је до фалсификата.

Овој новој теорији ризика у римском класичном праву учињене су већ извесне замерке. У следећим редовима ми ћемо покушати да одбацимо замерке, које је учинио г. професор Рабел.[12])

Према Рабел-у данас је сигурно да правило *periculum est emptoris* не претставља класичну теорију ризика, пошто су скоро сви текстови, који га садрже интерполисани. Али он сматра да се из овога не може закључити, да је у класичном праву важило супротно правило, т. ј. *periculum est venditoris.* Класично право није познавало једну општу теорију ризика (као § 446. B. G. B.). Класичари су давали различита решења у разним практичним случајевима и та се решења не могу концентрисати у једно једино правило. Једном речју, оба принципа су имала њихову сферу примене. Тако, извесне случајеве више силе купац је сносио од момента закључења уговора, други, опет, остајали су на терету продавца све до предаје ствари. Што се, пак тиче разграничења респективних поља примене ова два правила, Рабел мисли да је она немогућа. Све што знамо сигурно, то је да се принцип *periculum est venditoris* примењивао у следећим случајевима: у случају продаје са суспензивним условом; у случају продаја *ad mensuram* једне специјализиране масе ствари једног рода (н. пр., све жито,

[11]) Bullettino dell' Istituto di diritto romano, vol. XII. (1900).

[12]) Rabel, Gefahrtagung beim Kauf, in Zeitschrift der S.-St. Bd. 42. (1921), стр. 543—564.

које се налази у мом амбару, по цени од X сестераца мерица) и, а *fortiori*, у случају продаје неодређених ствари једног рода (1. 35 Dig. 18, 1); у случају продаје одређених кревета, које затим, али пре традиције, едил разори (1. 1. 13 и 15 Dig. 18, 6); у случају продаје земљишта, које, такође пре традиције, држава експроприше (1. 33 Dig. 19, 2), и у случају краће продате грађе (1. 15 § 1. Dig. 18, 6). — На против, принцип *periculum est emptoris* примењивао се кад продато, али непредато, вино прокисне или се уквари, кад се тиче продаје наследства (1. 2 § 9. Dig. 18. 4), у случају продаје једног неодељеног дела (1. 13 § 17. Dig. 19. 1). Напослетку, према Рабел-у купац је сносио ризик смрти продатог роба или животиње од момента закључења уговора (1. 5 § 2. Dig. 18, 5; 1. 13 § 22. Dig. 19, 1 и др.).

Није могуће на овом месту, а није ни потребно, ући у детаљно побијање Рабел-ове теорије. Ми ћемо се зато задржати на њој само колико је потребно да докажемо, да је разлика коју предлаже Рабел неоснована, и да је класично право познавало само принцип *periculum est venditoris*.

1. — Сви случајеви које он наводи, да би доказао да се у класичном праву примењивао и принцип *periculum est emptoris*, објашњавају се, изузев последњи, врло лако, ако се узме са нама да је класичном праву постојала једна општа теорија ризика, концентрисана у правилу *periculum est venditoris*, те према томе није потребно, ради њиховог објашњења, прибегавати хипотези коегзистенције ова два правила.

a) Случај продаје неодељеног дела, 1. 13 § 17 Dig. 19, 1.

Ulpianus libro trigesimo secundo ad Edictum.

Idem Celsus libro eodem scribit: fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti et antequam traderes, coactus es communi dividundo iudicium accipere; si socio fundus sit adiudicatus, quantum ob eam rem a Titio concecutuses, id tantum emporti praestabis; quodsi tibi fundus totus adiudicatus est, totum, inquit, eum emptori trades, sed ita, ut ille solvat, quod ob eam rem Titio condemnatus es. Sed ob eam quidem partem, e vendidisti, pro evictione cavere debes, ob alteram autem tantum de dolo malo repromittere; aequum est enim eandem esse conditionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo; sed si certis regionibus fundum inter te et Titium iudex divisit, sine dubio partem, quae adiudicata est, emptori tradere debes.

Овај текст одлучује да, кад продавац једног неодељеног дела добије при подели, пре традиције *(antequam traderes)* једну суму новца на место свог дела, или узме целу земљу, под тере-

том да плати свом сусопственику извесну суму новца, он испуњава своју обавезу према купцу уступајући му оно што је добио. Купац се мора задовољити сумом додељеном продавцу, па макар она била мања од цене коју је он платио продавцу, или, у другом случају, узети целу земљу, под теретом накнаде продавчевом сусопственику. Одатле излази, да купац у овом конкретном случају, сноси неку врсту правног ризика *(casus iuris)*. Ту би, дакле, били у домену правила *periculum est emptoris*. Међутим ово гледиште није са свим тачно. Јер, да би се могло говорити о ризику, потребно је пре свега да постоји случај више силе. Сетимо се шта је то случај више силе: то је удес кога људи не могу предвидети, или коме се не могу одупрети и кад су га предвидели. Постоји ли овде тако што? Је ли подала заједничке својине удес кога није било могуће предвидети? Очигледно не! Чак, ништа нормалније него претварање заједничке својине у индивидуалну. Штета коју купац може том приликом да претрпи није последица неког непредвиђеног удеса; она је проузрокована „нормалним развијањем купљеног права".[13]) Према томе, купац је морао да зна, а он је то и знао, да при овом развијању купљеног права он може да штетује, као што може и да добије. — Приметимо још начин на који се изражава Целсус. Подела се десила пре традиције *(antequam traderes)*. Па ипак он не каже да у овом случају ризик (?) сноси купац, већ *aequum est* inim, eandem esse conditionem emptoris, quae futura esset, si cum ispo actum esset communi dividundo. Дакле, другим речима, купац је желео да заузме продавчево место, и он је ту своју жељу остварио још од дана закључења уговора. У сваком случају изузетак, који чине речи *aequum est*, комбиноване са речима *antequam trade res*, указују на постојање једног општег правила, према коме није *aequum* да купац сноси ризик пре традиције.

b) Сва ова разлагања важе и за случај кад се продато вино уквари, с том разликом, што смо у предњем случају били у присуству једног *права* коме је у природи да еволуише, а овде смо у присуству једног *физичког објекта*, коме је у природи да се мења.[14])

c) Продаја наследства, 1. 2 § 9. Gig. 18, 4.

Ulpianus libro quadragensimo non ad Sabinum.

Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.

[13]) Хајман, Zeitschrift der S.-St. Bd. 41, стр. 71.

[14]) Видети о acor et mucor-у вина Хајман, Z. S.-St., Bd. 41, стр. 98—99 и наш Periculum стр. 231 sq. и текстове који су тамо испитивани.

Овај текст није аргуменат за *periculum emptoris*, зато што је продаја наследства, по своме предмету, нарочита продаја. Оно што купује *emptor hereditatis* није ова или она ствар, већ сва права и дужности једног човека. Он купује биланс једног лица; његовом личном друштвеном рачуну он придодаје рачун једног другог лица. Ништа правичније и логичније, него да онон трпи последице варирања овог новог рачуна.

2. — Затим, није тачно, као што то тврди и Рабел, да је по класичном праву ризик смрти продатог роба или животиње подносио купац од момента закључења уговора. Да би доказао своју тезу он се позива на више текстова. Ми ћемо се ограничити на испитивању најважнијих.

a) L. 5 § 2. Dig. 18, 5.

> Iulianus libro quinto decimo Digestorum.
> Mortuo autem homine perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur, et emptori homo pereat; quare, nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt.

Рабел мисли. да према овом тексту ризик смрти продатог роба сноси купац од момента закључења уговора. Из речи *ac si traditus fuisset* види се да ризик смрти треба третирати од момента закључења уговора на исти начин као остале ризике тек после традиције. У главном[15] текст је чист, пошто ми пре можемо да разумемо, да класичар терети смрт роба као традицију, него да то чине компилатори, за које традиција не игра никакву улогу у питању ризика.[16])

Да подвучемо прво контрадикцију у коју пада Рабел објашњавајући овај текст. Он полази у својој теорији ризика од ове поставке: једна општа и јединствена теорија ризика није постојала у римском класичном праву: два противна принципа су била примењивана у разним практичним случајевима. И сад, да би доказао да је принцип *periculum est emptoris* примењиван у случају смрти продатог роба, он је принуђен да претпостави постојање једног општег принципа, према коме ризик сноси продавац све до предаје ствари, и од кога би случај смрти продатог роба или животиње чинио изузетак. У осталом и сам га текст наводи на тако објашњење. Речи: *ac si traditus fuisset*, збиља, чине изузетак од правила, према коме је традиција моменат од пресудне важности. С тога су оне и неразумљиве са гледишта права компилације. — Па

[15]) Рабел признаје да су речи: nisi — intervenerit интерполисане, као што је то доказао Ајзеле, Zeitschrift der S.-St. Bd. 10, стр. 308.

[16]) Рабел, op. sit. стр. 545.

ипак ми мислимо да су ове речи компилатори нарочито оставили у тексту. Ево зашто: компилатори мењају принцип ризика; на место класичног принципа, који је водио рачуна о традицији, они стављају обрнути принцип, према коме традиција не игра никакву улогу у питању ризика. Зато они искоришћују сваку прилику и до досаде понављају да традиција не игра никакву улогу и питању ризика. Треба само видети § 3. Inst. III. 23. Ту се они формално боре против принципа *periculum est venditoris*, па тек онда постављају принцип *periculum est emptoris*. На другим пак местима они нам кажу да ризик сноси купац од дана закључења уговора, који дан треба сматрати као дан традиције![17] Ми се питамо сада: да ли би се класичари изражавали тако, да је правило *perculum est emptoris* постојало од вајкада? Очигледно не. Тек компилатори, који желе да потисну класично правило, чине бесмислице као што је ова: тврде прво, да је традиција моменат без икакве важности у питању ризика и затим да ризик пада на купца од дана закључења уговора, као год да је традиција извршена!

Затим има и других сигурних знакова, који показују да су компилатори направили измене у нашем тексту. Прво, како се може из правила да купац сноси ризик смрти продатог роба од момента закључења уговора извести *(quare)*, да *actiones ex empto et vendito manebunt?* Је ли могуће замислити, да је један класичар казао: *actio ex empto manebit*, зато што после смрти продатог роба треба третирати уговор *као да је традиција извршена?* Затим, чему би служила ова *actio ex empto купцу?* Да тражи предавање споредних ствари продатих уз роба, као што је то мислио Кижас?[18]) Немогуће, пошто класичар не би пропустио да нам каже, да су уз роба продате и неке споредне ствари.

Закључак: овај текст је интерполисан и према томе нема вредности за реконструисање класичне теорије ризика.

в) Пређимо сада на 1. 13 Ж 22. Dig. 19. 1.

Ulpianus libro trigesimo secundo ad Edictum.

Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, utputa si quid in aedificia distracta erogatum est; scribit enim Labeo et Trebatius, esse ex vendito hoc nomine actionem; idem et si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem, aut si quid in disciplinas, quas verisimile crat etiam emptorem velle impendi. Hoc amplius Labeo ait, et si quid in funus mortui servi

[17]) В. 1. 15 Dig. 23, 3; c. 6 Cod. 4, 48. В. наш Periculum стр. 185 sq.
[18]) Opera, VI, стр. 96.

impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit.

Рабел је принуђен да призна, да је овај текст делимично интерполисан. Заиста, као што је то доказао Пернице[19]) фразу *aut si — impendi* додали су компилатори.

Што се тиче првог дела текста, до *hoc amplius*. Рабел резонује овако: зашто купац мора да накнади продавцу ове нужне трошкове, ако је ризик на терету продавца? Јер, према правилу *periculum est venditoris*, у интересу је самога продавца да сачува у животу продатог роба, пошто се, ако роб умре, купац ослобађа плаћања цене. Ако је дакле тако, ако се купац ослобађа своје обавезе у случају смрти продатог роба, нелогично је натерети га да плати трошкове око болести.

Али ми ћемо одговорити да одлука нашег текста, према коме купац има да накнади продавцу трошкове, које је овај учинио лечећи продатог роба, није ни мало противна правилу *periculum est venditoris*. Позната је ствар да купац има да надокнади продавцу *impensae necessariae*, т. ј. трошкове, који су нужни ради очувања саме ствари. Тип ових нужних трошкова је оно, што је потрошено ради лечења роба[20]) или *in aedibus instaurandis*. Није ни мало нелогично натерати купца, да накнади продавцу ове трошкове, а ослободити га од плаћања цене у случају смрти роба. Јер у првом случају трошкови су учињени у његову корист, и он мора бити задовољан што има ствар, коју је желео имати, док би у другом случају без икаквог еквивалента требало да исплати уговорену цену. Затим, нормално је да се ствар квари временом; купац је могао да се нада, да ће се роб разболети, али не и да ће умрети.[21]) Напослетку, сам Рабел признаје, да 1. 33 Dig. 19, 2 садржи један случај примене правила *perculum est venditoris*, случај експроприације продатог имања. Исти текст третира на исти начин и случај *рушења куће* услед одроњавања земљишта. Међутим наш текст (1. 13 § 22. Dig. 19. 1) каже у самом почетку, да купац има да накнади продавцу трошкове, које је овај учинио ради *оправке продате куће*. Praeterea ex venditoagendo consequetur etiam sumptus qui faeti suni in re distracta, *utputa si quid in aedificia distracta erogatum est*. Па ипак

[19]) Labeo, 2, 1, 118.

[20]) L. 2 Dig. 25, 1: Paulus libro septimo ad Sabinum. Si... in valetudinem servorum impenderit, ... necessarias impensas fecisse videbitur. B. 1. 38 § 1. Dig. 19. 1.

[21]) B. 1. 58 Dig. 18, 1. од кога треба одбацити из почетка quoque и крај од sive autem emptor (Faber, ad h. l.) као византиске интерполације. Према овом тексту купац сноси ризик малих детериорација.

Рабел нигде не каже, да је ово нелогично, и ако је случај исти: трошак око оправке куће је *impensa necessaria,* а њено рушење услед одроњавања земљишта је *vis maior,* као што је трошак око лечења роба *impensa necessaria,* а његова смрт *vis maior!* Случајеви су дакле исти и класичари су их третирали на исти начин: купац је накнађивао продавцу *impensae necessaria,* а овај је сносио све ризике. То је правило, чак и кад не би било најлогичније, nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.[22])

У другом делу наш текст иде још даље: hoc amplius Labeo ait, et si quid in funus mortui servi impensum si, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit.

Али је цео овај део текста дело компилатора. Што се тиче форме, може се приметити да глаголи *consequi* и *oportere* немају подмета. Затим, *aut si, et si, si* modo чине текст више него сумњивим.[23]) *Mortui* је сувишно; цео свет зна да се не сахрањује жив човек! Што се пак садржаја тиче, ми верујемо са Арном, да Лабео није могао дозволити продавцу да тражи од купца накнаду трошкова, које је он учинио са сахрану продатог и непредатог роба, из једног простог разлога: у доба Лабеона господар роба није био дужан да га сахрани.[24]) Лешеви робова бацани су у *Campus Esquilinus,* одакле су им, по речима Хорацијевим, „несахрањене удове разносили куријаци и есквилинске тице грабљивице".[25] Наравно, било је господара, који су сахрањивали своје робове; то нам сведоче епиграфи, у којима се говори о робовима. Чак је и место, где је роб сахрањен *res religiosa.*[26] Само, све су то ствари, које су изван домена грађанског права, *ius-a;* оне се тичу једино *fas-a,* по коме је пуноважан чак и *volum* једног роба, и према коме *servos quoque licet in collegio tenuiorum recipi.*[27]) По грађанском праву *servi pro nullis habentur.*[28]) Нико, дакле, не мора да сахрани свога роба. Ако га пак сахрани, као што се то и дешавало, он то чини по својој вољи или *pietatis gratia.*[29])

---

[22]) 1. 1 pr. Dig. 1 1.

[23]) О овој партикуларности византиског стила видети Ајзеле, Zeitschrift S.-St. 1886, стр. 18 sq. и Х. Аплтон, Des interpolations dans les Pandectes. 1894, стр. 39 sq

[24]) Карло Арно, I „Sumptus funerum servi", цитиран у ноти 8.

[25]) Epod, V, 99 sq. Видети тако исто Хорације, Sat. I — VIII — 15 sq. и Sat. I — VIII — 8 sq.

[26]) L. 2 pr. Dig. 11, 7: Ulpianus libro vicensimo quinto ad Edictum. Locum, in quo servus sepultus est, religiosum esse Aristo ait. Видети Пернице, Labeo, I, стр. 114.

[27]) L. 3 § 2. Dig. 47, 22.

[28]) L. 32 Dig. 50, 17. Cf Пернице, op. cit., стр. 111.

[29]) L. 14 § 7. Dig. 11, 7.

Из свега излази да је наш текст интерполисан и да не може бити аргуменат за класичност правила *periculum est emptoris*, у случају смрти продатог а не предатог роба. За доказ ове интерполације имамо, према Арно-у, још један аргуменат, који је један од најсигурнијих критеријума за тражење интерполација, т. ј. упоређење нашег текста са једним другим текстом, који се налази у Пандектама.

По класичном праву, купац једног наслеђа морао је надокнадити продавцу све трошкове, које је овај учинио за наслеђену масу. Међу ове трошкове спадају и трошкови око сахране *de cuius-a*[30]) Према томе, ако је продавац направио какве трошкове за масу, *consequens erit dicere agnoscere emptorem et hoc debere*[31]). Ова дужност купчева наведена је и у једном, за нас врло важном, тексту Улпијановом, 1. 2 § 17. Dig. 18, 4:

> Ulpianus libro quadragensimo nono ad Sabinum.
> Quodsi funere facto heres vendidisset hereditatem, an impensam funeris ab emptore consequatur? *Et ait Labeo, emptorem impensam funeris praestare debere*, quia et ea, inquit, impensa hereditaria esset; cuius sententiam et Iavolenus putat veram, et ego arbitor.

Према Улпијану, Лабео је рекао, да купац наслеђа има да накнади продавцу трошкове, које је овај учинио око сахране *de cuius*-ове, пошто и ти трошкови падају на наслеђе. Компилатори су искористили ову прилику да би направили. под утицајем хришћанства,[32]) једну реформу, које није познавало римско право: обавезати господаре да сахрањују своје робове. Истим потезом они су, по свом обичају, још једном потенцирали другу једну њихову реформу: замену правила *periculum est venditoris* са правом *periculum est emptoris*[33])

---

[30]) L. 1. Dig. 11, 7; 1. 45 Dig. 11, 7. Павле, S. nt. 1, 21, 15.

[31]) L. 2 § 16. Dig. 18 4.

[32]) О утицају хришћанства на римско право в. Рикобоно, Crist. e dir. priv. и у Rivlsta di Scienza „Scientia", V (1909), — Један леп пример интерполације под упливом хришћанске caritas, в. код Кошакера, Die Verteilung der Gefahr b. sogenannten contractus mohatrae lin Separat-Abdruck aus „Gerichts-Zeitung", Sondernummer für Schey).

[33]) Не треба се чудити што се у Пандектама налази и оргиналан (1. 2 § 17 Dig. 18, 4) и интерполсан текст (1. 13 § 22 Dig. 19, 1). Компилатори чине и веће невероватности. На пример, 1. 130 Dig. 50, 17: Ulpianus libro octavo decimo ad Edictum. Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit. Исти се текст налази у Inst. lib. IV, tit. 9. § 1. in fine. Ако пак узмемо 1. 60 Dig. 44, 7, ми читамо следеће: Ulpianus libro septimo decimo ad Edictum. Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit! Још типичнији пример

3. — Напослетку, чувени 1. 33 Dig. 19, 2 примењује принцип *periculum est venditoris* на случај експроприације и одроњавања земље.

Africanus libro octavo Quaestionum.

Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis; nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mes intersit eum vacuum mihi tradi.

Међутим, одроњавање земље је типичан пример случаја више силе, Ако овај ризик, као што то и Рабел мора признати, сноси продавац све до предаје ствари, ми не видимо из ког би разлога требало донети супротну одлуку у случају да продата ствар пропадне услед грома, поплаве, непријатељске најзде и осталих случајева више силе.

Јасно је, дакле, да је по класичном праву ризик продате ствари сноси продавац. Што се противно правило налази у компилацији и што је његовим присуством покварена економија купо-проданог уговора, има се заблагодарити Јустијановим комесарима, а не оним великим класичним практичарима и учитељима права свих народа и свих времена.

(Архив за правне и друштвене науке, 1924, књ. VIII)

компилаторске несмотрености налази се у 1. 80 Dig. 23, 3 I, 83 Dig. 23, 3, где се интерполисани текст налази скоро уз сами оригинал.

A SUMMARY

A CONTRIBUTION TO THE THEORY OF RISK IN ROMAN CLASSICAL LAW

According to the traditional belief, based on the texts from the Justinian compilation, there dominated in Roman Law throughout its long history the rule that the risk of accidental destruction of sold property from the moment of entering into the contract is borne by the buyer (periculum est emptoris). The author, on the contrary, is of the opinion that this is a Greek principle, which the compilators imposed by interpolating classical texts, while classical law observed the contrary principle, that up to the handing over of the sold property the risk of accidental destruction of the same is borne by the seller.

Pointing out the already noted descrepancy between the principle „periculum est emptoris" and the principle of mutual dependence of obligations in synallagmatic contracts, the author comments that its application results in absurd and unfair consequences, which are not characteristic of the Roman Classical Law. Besides that, the reverse principle — „periculum est venditoris" — may also be found in some of the texts of Digesta which have evaded the compilators (for example D-18. 6. 13 and 15; 19. 2. 1, 33), as well as in „Summa Perusina", a medieval summary of codification which, falsifying the text of the law, virtually expresses the true tradition of the classical law.

The author challanges the credibility of the new, improved version of the traditional belief as well, according to which the general theory of risk originated in as late as the Justinian Law, while classical law offered versatile solutions in each particular case, so that both principles had their own spheres of implementation (Rabel). The texts based on this interpretation, in the opinion of the author, are partly interpolated and therefore cannot provide the basis for reaching conclusions, and partly do not refer to the risk accidental destruction of sold property at all. The undisputed texts, on the contrary, clearly evidence that the principle — „periculum est venditoris" is applied in classical law.

RÉSUMÉ

CONTRIBUTION A LA THEORIE DU RISQUE DANS LE DROIT ROMAIN CLASSIQUE

D'apès la conception traditionnelle, basée sur les texets de la ompilation de Justinien dans le droit romain au cours de toute son histoire était valable la règle que la perte fortuite de la chose vendue á partir du moment da la conclusion du contrat est supportée par l'acheteur (periculum est emptoris). L'auteur, au contraire, considère, ql'il s' agit du principe grec, que les compilateurs ont imposé en interpolant les textes classiques, et que le droit classique connaissait le prncipe opposé-jusq'á la transmission de la chose vendue le risque da sa parte accidentelle est supporté par le vedeur.

En signalant la discordance constatée déjá de la règle „periculum est emptoris" avec le principe de la dépendance réciproque des obligations des parties dans le contrat synallagmatique, l'auteur remarque que son application entraine des consequences absurdes et inéquitables, qui ne sont pas propres au droit romain classique. En outre, la règle opposée — periculum est venditoris" — peut être trouvée dans certains textes du Digeste qui n'ont pas été aperçus par les compilateurs (par exemple D 18, 6. 13 et 15; 19. 2. 1. 33), ainsi que dans la „Summa Perusina", résumé moyenâgeux de la codification qui, en falsifiant le texte de loi, exprime en réalité la tradition du droit classique.

L' auteur conteste le bien-fondé aussi á la variante plus récente corrigée de la conception traditionnelle, selon laquelle la théorie générale du risque n'a été créée que dans le droit de Justinien, tandis que le droit classique donnait des interprétations différentes dans les divers cas pratuqes, de sorte que les deux principes avaient eu leurs propres sphères d'application (Rabel). Les textes sur lesqueles est basée une telle interprétation, selon l'opinon de l'auteur, sont interpolés en partie et c'est pourquoi ils ne peuvent pas servir de base aux conclusions, et en partie ils ne se rapportent pas au risque de la perte accidentelle de la chose vendue. Les textes incontestés, au contraire, peuvent servir de preuve authentiue que dans le droit classique a été appliqué le principe „periculum est venditoris".

UDK — 340 + 347

ЗАБРАНА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА И СОЦИЈАЛИЗАЦИЈА ПРАВА

I

Ослањајући се на извесне текстове Јустинијанове компилације[1]), већина доктрина грађанског права од увек сматра, да никад штета проузрокована вршењем неког права не излаже одговорности његовог титулара. Међутим ти римски текстови немају значење које им је доктрина дала. Римски правници били су далеко од тога, да у сваком случају ослободе одговорности оног који, вршећи неко своје право, нанесе другоме штету.[2]) Сва историја римског права је ту да посведочи противно. Ми ћемо покушати да то докажемо у једној идућој студији. Али је за нас сада то споредна ствар. Ма какво било мишљење о томе, колико има римске мисли у доктрини одговорности, која је, скоро неоспорна, владала од Ренесанса римског права па до наших дана, главно је да та доктрина учи, да се не одговара другом за штету проузроковану му вршењем неког свог права. Nemo damnum facit, neminem laedit qui suo iure utitur. Овај је принцип ушао после рецепције римског права и у обичајно право. Ево какав му израз даје Француски *Coutume de Bretagne:* „Nul n'attente qui n'use que de son droit." Неки модерни законици такође су га прокламовали. Тако је § 1305 Аустријског Грађанског Законика, пре новеле III (19 марта 1916 године), гласно: „Ко чини употребу од свога права у законским границама, не одговара за штету, која би отуда за другога настала," а § 806 Српског Грађ. Зак.: „Који би другоме с тим, што би право своје уживао, само ако границе не прескочи, штету каву нанео, није дужан одговарати, нити му ту накнади-

[1]) L. 55 Dig. 50, 17; l. 151 eod.; l. 155 § 1. eod и др.
[2]) Видети нпр. l. 1 § 12 Dig. 39, 3.

ти".[3]) У другим земљама доктрина се старала да га, резонујући, наметне судској пракси.

Што је овај принцип триумфовао и дуго се задржао у модерној доктрини, има се, поред његовог лажног римског порекла, захвалити успеху основних идеја Француске Револуције. Познато је да је Револуција ишла за тим да ослободи човека од туторства Државе и Цркве. Зато она, после Гроциуса, Пуфендорфа, Лока, Монтескјеа, Канта и других, прокламује да је човек циљ по себи. Човек, узет апстрактно и у опште, има као такав прерогативе које су старије и више од људских закона.[4]) Међу те прерогативе долази неповредност личности, слобода у својим разним манифестацијама и својина, која је само једна директна последица индивидуалне слободе.[5]) Позитивно право има један једини циљ: осигурати човеку ове прерогативе, које произилазе из легитимних потреба и тежњи његовог бића, другим речима, из његовог циља.[6]) Држава, та колективна сила, има да штити слободно развијање свачијих моћи и да се стара да нико не узурпира туђе право.[7]) Њена се улога своди на то, да свакоме човеку осигура безбедност у вршењу његове активности.[8]) „Што се тиче лица којима држава гарантује ту сигурност, она могу чинити од своје својине (или боље рећи од своје активности) оно што им је воља."[8bis]) Према томе, нико не може контролисати вршење права. „Ако имам право, вели Планиол,[9]) да извршим извесну радњу, ја нисам направио грешку учинивши је; а ако имам право да не учиним нешто, нисам погрешио уздржавши се. Следствено томе, ма какву штету да је другом нанело моје делање или моје неделање, ја не дугујем ником ништа.". А мало даље[10]): „Људи проводе свој живот наносећи штету један другоме; живот друштва је стална и општа борба; свака делатност, сваки рад је један случај економске или социјалне конкуренције; сваки човек,

---

[3]) Видети, међутим, г. Чед. Марковића, Поштење и морал у праву, у Архиву књ. V (XXII) 1922, стр. 254 и г. Н. Перић, Теорија злоупотребе права (Београд, 1912) стр. 133 и 134, по којима овај текст има сасвим супротан смисао од онога који излази на први поглед.

[4]) Beudant, Le droit individuel et l'État, (Paris, 1920) № 86, p. 137. В. и његов Cours de droit civil français, Introduction, (Paris, 1896), № 12, pp. 16. и 17.

[5]) Beudant, Le droit individuel, № 91, p. 146.

[6]) Beudant, op. cit., № 57, p. 90, и № 13, p. 22.

[7]) Beudant, op. cit., № 91., p. 146.

[8]) Beudant, op. cit., № 158, p. 263.

[8bis]) Yves Guyot, La propriété, p. 250.

[9]) Planiol, Traité élémentaire de droit civil (Paris, 1921) II, № 870, p. 280.

[10]) № 871, p. 282.

сваки народ, који стекне неку надмоћност у извесној грани своје активности, узима место осталих, потискује своје конкуренте, наноси им штету, *и има право да их штети.*[11]) Такав је закон природе и човечанство нема интереса да му се не покорава, јер он је једини покретач његове енергије. Очигледно је немогуће натерати онога који тријумфује на штету других, да накнади штету својим несрећним конкурентима."

Дакле, једино питање које се може поставити у случају тражења накнаде причињене штете, јесте, да ли је штетник[12]) проузроковао штету вршећи неко своје право, или ју је причинио делајући без икаквог права. У првом случају сваки даљи разговор престаје: не може бити речи о одговорности онога који нанесе штету вршећи своје право, па макар и да га је вршио једино у том циљу. У другом случају има места одговорности због бесправног делања. Према томе, у теорији одговорности за накнаду штете треба разликовати свега две категорије поступака: поступци учињени на основу неког права, *правно*, и поступци учињени без икаквог права, *бесправно*. Места за неку трећу категорију нема.

Али, као што смо у почетку напоменули, у компилацији има и других прописа о вршењу права. Они се, до душе, не налазе у фамозном титулусу De diversis regulis juris antiqui, где су, у форми кратких правних максима, смештени текстови који су служили за основ предње теорије. Они су раштркани по разним другим титулусима осталих књига. Један од најважнијих, и који је због своје оштре противности горњем принципу пао одавна у очи, јесте 1. 38 Dig. 6,1. У њему Целсус, пошто је размотрио разне случајеве који се могу десити, при ликвидацији односа између савесног купца туђег имања и правог сопственика због конструкција које је купац подигао на том имању, поставља принцип, да не треба имати обзира према пакости (neque malitiis indulgendum est), и забрањује купцу да оструже боје и слике, које је дао насликати по зидовима, јер тиме само смета другом а себи не користи (nihil laturus, nisi ut officias). — На другом једном месту (l. 1 § 12 Dig. 39,3), Марцелус даје actio de dolo против онога који је копајући на свом имању animo vicino nocendi пресекао жицу суседовог извора.

Противност је очигледна, у пркос тврђењу Јустинијановом да су све противности изглађене. Велика неприлика за старе цивилисте, који се старају да умање значај ових текстова и

[11]) Курзив је Планиол-ов.

[12]) Видети чл. 923 Имовинског Законика за Краљевину Црну Гору, који употребљава овај израз за учиниоца штете, и Драг. Аранђеловић, Аустр. Грађ. Зак. § 1295.

других сличних.[13]) Међутим прави правници не задовољавају се да прикрију тешкоћу и да је тако избегну. Они се старају да реше ову противуречност, коју им, поред многих других, пружа ratio scripta. Зато они не усвајају просто правило Neminem laedit као већина, већ га комбинују са овим другим правилом: Malitiis non est indulgendum, и тако постављају правила о вршењу права. Ево шта у том смислу пише Дома[14], један од највећих старих правника[15]): „Онај који се, правећи нешто ново на свом имању, служи својим правом не вређајући ни закон, ни обичај, ни основ, ни државину који би му могли наметнути обавезу према суседима, не одговара за штету коју би због тога они могли имати; мањ' ако он то прави једино у намери да нанесе штету другима, без користи за себе. Јер, у том случају то би била злоба коју правичност не би могла поднети."[16])

Дакле, Дома је нашао да има места примени оба правила, и да их зато треба везати: Neminem laedit qui suo jure utitur, али malitiis non est indulgendum. Из њихове спреге изилазило би, да се у принципу не одговара за штету проузроковану вршењем неког права. Али само у принципу, а не у опште, како је било

---

[13]) И модерни писци, присталице правила Neminem laedit, не помињу ове текстове кад аргументирају римским правом. Код Планиол-а, op. cit., № 870—872 bis, p. 280—285, од њих нема ни трага, док су текстови, који изгледају склони правилу Neminem laedit, савесно наведени.

[14]) Domat, Loix civiles dans leur ordre naturel, Liv. III, tit. VIII, sect. 3, § 9.

[15]) H. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil (4e éd. Paris, 1924 15 p. 29, n. 1: „D' après ses contemporains (Domat) fut „le restaurateur de la raison, dans la jurisprudence.""

[16]) „Celui qui faisait une nouvelle oeuvre dans son héritage use de son droit sans blesser ni loi, ni usage, ni titre, ni possession qui pourraient l'assujettir envers ses voisins, n'est pas tenu du dommage qui pourra leur en arriver; si ce n'est qu'il ne fût ce changement pour nuire aux autres sans usage pour soi. Car en ce cas, ce serait une malice que l'équité ne souffrirait pas". — В. такође Domat, op. cit., Liv. II, tit. VIII, sect. 2, Pr.: „L'ordre qui lie les hommes en société ne les oblige pas seulement à ne nuire en rien par eux-mêmes à qui ce soit, mais il oblige chacun à tenir ce qu'il possède en un tel état que personne n'en reçoive ni mal ni dommage." — Видети још раније Guy Coquille, Coutume de Nivernais, Ch. X, art. 1-er. — Pothier, Traité du contrat de société, № 212 (Oeuvres, Paris, 1781, II, p. 912), објашњавајући чл. 195 Париског Обичаја (Coutume de Paris), по коме је сваки сусед имао право да о свом трошку повиси заједнички зид, додаје: „Cela dépend néanmoins des circonstances; car si l'élévation du mur, et l'obscurité qu'elle cause à la maison voisine, étaient si grandes qu'elles rendissent cette maison inhabitable, surtout s'il y avait lieu de croire que cette élévation se faisait animo nocendi, il pourrait avoir lieu à réduire cette élévation". Видети и op. cit. Nis 235, 236, 245 sq.

владајуће мишљење. Од тог принципа постоји изузетак у случају штете проузроковане вршењем неког права у намери да се другом нашкоди, без икакве користи за себе.[17])

Ова се доктрина налази и у неким старим судским пресудама.[18])

Доцније, ближе нашег доба, она је ушла и у неке законике. Тако Имовински Законик за Краљевину Црну Гору у свом чл 943 вели: „Ко год ради или врши што је властан радити, он никога не вријеђа, па је без одговора баш и онда кад би од тога коме другоме и какве штете било. Ипак, он треба да, вршећи своје право, не прије̂е границе своје области, нити учини што противно правилима благонаравља (1000) или поштења." Чл. 1000, на који упућује претходни текст гласи: „Ни својим се правом служит не мож', тек другоме на штету ил' досаду."[19]) Ови законски прописи очигледно изражавају доктрину чији је присталица био и Дома,[20]) покушавајући да

---

[17]) Напоменимо још једанпут, да се нас у овој студији не тиче, колико је, са тачке гледишта римских класика, тачна ова теорија. Нас интересује само, и једино, доктрине грађанског права, о штети проузрокованој приликом вршења неког права. На њихово изигравање, као и на многе друге теорије грађанког права, римско право, често пута врло нетачно схваћено, имало је пресудни утицај. Оно је до скора за правнике било извор аргумената за поткрепљење њихових схватања питања модерног права. — Узгред буди речено, нама изгледа, да ни овако ограничен принцип Neminem laedit не садржи мисао класичних мајстора.

[18]) Pothier, loc. cit., помиње неку пресуду од 1659, не дајући њену садржину нити каквих других детаља. — E. - H. Perreau, Revue générale du Droit de Legislation et de Jurisprudence, t. XXXVII, p. 488, даје између осталих и овај пример (узет из Boniface, Arrêts de Provence, t. III, liv. II, tit. I, ch. II): „Le Parlement d'Aix осудио је 1 фебруара 1577

liv. II, tit. I, ch. II): „Le Parlement d'Aix осудио је 1 фебруара 1577 једног чешљара вуне и његове раднике, који су нарочито певали из свег гласа ноћу, да би узнемирили у раду једног адвоката, који је становао у суседству." — Видети и код Merlin-a (Répertoire de jurisprudence, V° Puissance paternele, Sect. III, § 1, 1°) случајеве у којима је стара судска пракса у Француској кажњавала злоупотребу очинске власти. — Г. Чед. Марковић (Архив, књ. V (XXII), 1922, str. 247, прим. 89) наводи један врло интересантан случај из владе Фридриха II.

[19]) Дакле, противноје благонарављу вршити своје право с намером да се другоме нанесе штета. Видети у идућој примедби у колико је услед тога ограничено дејство члана 1000-ог, и у прим. 21 колику је важност он уопште имао, због наслова раздела у коме се налази.

[20]) Француски превод Имовинског Законика (Le Code Général des Biens pour la Principauté de Monténégro de 1888, Trad. Rodolphe Dareste, Membre de l'Institut, et Albert Rivière, Paris 1892) није на овом месту дослован. Друга половина чл. 943 у њему гласи: „Il est tenu néanmoins, dans l'exercice de son droit, de ne pas en dépasser les limites et de ne rien faire par méchanceté ou à mauvaise intention." У тој форми он је много ближи и са спољне стране, што се самих речи тиче, доктрини забране злоупотребе права како ју је изложио Дома. Није без интереса за

измири супротне аргументе из Дигеста. У осталом то је лако објашњиво: Писац Имов. Зак. био је запојен доктринама римског права, чији се утицај на Имовински Закон, поред све његове дубоке оргиналности, опажа на више од једног места.[21])

Њу су били усвојили и неки старији законици, као што су Грађански Законик Западне Галиције[22]) и Пруски Грађански

разумевање овог члана 943 и начина на који га је Богишић схватио, напоменути да је Богишић учествовао у преводу Имов. Зак. на француски. (Видети Dareste et Rivière, op. cit., p. XLIV). Према томе, француски превод одговара његовој мисли. И ако ужи у обиму, пошто је све оно што је урађено „par méchanceté ou à mauvaise intention" противно „правилима благонаравља и поштења", док све оно што је урађено противно тим правилима не мора да буде урађено „par méchanceté," француски превод је енергичнији него српски текст. Јер, он забрањује злоупотребу права, његову пакосну употребу („Il est tenu de ne rien faire par méchanceté. . .), док српски текст каже, да онај који врши своје право не треба „да учини што противно правилима благонаравља и поштења." А правила благонаравља и поштења нису увек санкционисана влашћу. То нам чл. 785 Имов. Зак. јасно каже:„ Правилима благонаравља и поштења називају се, у овом Законику, она правила обичне људскоте и правичности, на покоравање којима Власт у опште не може свагда управо да принуди, али зато народна савјест свагда осуђује оне који та правила преступају." — Мада сумњамо да су наведени чланови а нарочито чл. 943, претрпели измене у разним издањима Имов. Зак., ипак нам обазривост налаже да приметимо, да је превод на француски извршен са издања од 1888, до кога ми нисмо могли доћи, док су наши наводи из издања од 1913 године.

[21]) Dareste et Rivière, op cit., p. XXXIII и passim. — K. Dickel, Étude sur le nouveau Code Civili de Monténégro, Trad. J Brissaud (Paris, 1891)., N° 23, p. 27. — Под утицајем римског права Богишић је саставио последњи раздео Законика („Раздио VIII, Дио Шести"), који има за наслов: „Неке законачке (правничке) изреке и поставке које и ако не могу закона ни преиначити ни замијенити, могу му, ипак објаснити разум и смисао" (чл. 987—1031), у коме се налази горе цитирани чл. 1000. И по месту на коме се налази (на крају), и по природи свог садржаја (кратке, лапидарне формуле из разних материја), овај „раздио" потсећа на титулус De diversis regulis juris antiqui (Dig 50, 17). Cf. Dareste et Rivière o.p. cit., p. XXV. — Dickel, o p. cit., N° 81, p. 71: „Колико је мени познато, међу модерним законицима постоје свега два, који садрже слична правила: Српски Законик има их десетак, а Калифорнијски једно двадесет."

[22]) .... који је постојао пре данашњег аустриског грађанског законика од 1811..... у томе законику било је од речи до речи ово: „Закон не штити ни злобу ни пакосно оштећење другога" (§ 255) и тај је пропис био одмах иза једнога, који је постављао правило да: ко врши своје право не одговара за штету другоме нанету, и дошао је као ограничење овога начела" Н. Перић, op. cit., стр 66-67, где се налази и ова референција: J. Winiwartet, Das österreichische bürgerliche Recht (Wien, 1832), св. II, ср. 109.

Законик.[23]) Оба она, као и Имовински Законик садрже мисли противних римских текстова, са значењима које им је дала доктрина, чији је присталица био Дома: нико не може бити учињен одговорним за штету коју је проузроковао вршењем свога права, изузев случаја кад се употребом права нарочито ишло на оштећење другога.

Што је најинтересантније, то је, да ни творцима Француске Револуције, ватреним поборницима индивидуализма, њена основна мисао није била страна. Када се је било почело са саставом Декларације, којом су требала да се прокламују природна и неповредима „Права Човека и Грађанина", многи су се бојали, да прости људи не закључе одатле, да имају неограничена права. Ево шта је у том смислу рекао Малуе:

„Добро се треба опоменути да нема ни једног природног права које није модификовано позитивним правом. Сад, ако изложите принципе и изузетак, ви стварате закон; ако не укажете ни никакво ограничење, зашто износити људима права у свој њиховој потпуности, кад они не треба да се служе њима без правичних ограничења?... Зашто их прво носите на један висок брег и показујете им једно царство без граница, кад они морају одатле сићи, да би се на сваком кораку спотицали на ограде."[24]) Те су умесне примедбе нашле места и у самој Декларацији, чији чл. 4 гласи:: „Слобода се састоји у томе да се може чинити све што *не шкоди другоме.*" Овај текст тако растегљив и у својој суштини са свим противним закључцима модерних индивидуалиста, да би се могло рећи да он нема право да се назове индивидуалистички и ако припада инидвидуалистичкој Декларацији.[25]) За њега би се могло рећи оно што је Е. Леви рекао за фамозни § 1382 Француског Грађанског Законика:[26]) „Он поставља један тако широк принцип правичности, да би свака активност била парализована његовом дословном применом." У сваком случају, из њега се као минимум мора извући да је свака злоупотреба права забрањена, дакле, не само злоупотреба у облику вршења права са намером да се други штети, већ и злоупотреба у облику ненормалног вршења права. На

[23]) „Нико не одговара за накнаду штете коју нанесе другоме вршењем свога права својине, изузев ако јасно из околности излази, да је онај, који је вршио своје право, изабрао између више начина вршења права онај начин који је за другога штетан, у намери да му нанесе штету" § 27. Cf. Н. Перић loc. cit.

[24]) Archives parlementaires, 1-re série, t. 8, p. 323 (Наведено код Beudant-a, Le droit individuel et l'État, № 89, p. 141.

[25]) Поредити оно што каже Planiol наведен supra изнад прим. 11.

[26]) E. Lévy, L'exercice du droit collectif у Revue trimestrielle de droit civil, 1903, p. 95.

тај је начин стара доктрина, чији је присталица био и Дома, знатно проширена, благодарећи томе што Декларација није црпела своје аргументе из Јустинијанове компилације.[27])

Ова идеја о општој забрани злоупотребе права није могла остати без утицаја на доцније француско законодавство. Према истраживањима проф. Перо-а, из припремних радова Француског Грађанског Законика, Законика у коме је прво триумфовао индивидуализам, излази без могуће сумње, да су његови аутори били сагласни у томе, да је забрањена злоупотреба права у свим њеним облицима.[28]) Следствено томе, француска судска пракса, која најенергичније сузбија злоупотребу права у свима њеним видовима, потпуно је у духу Code Civil-a.[29])

II

Забрана злоупотребе права у духу Декларације Права Човека и Грађанина и Француског Грађанског Законика изгледа, збиља, немогуће, пошто су нас ауторитети као Планиол[30]) и Бодри-Лакантинри и Бард[31]) научили да у тој забрани видимо неку нову теорију, произишлу из модерне тенденције ка социјализацији права, и која се ни мало не слаже са духом законодавства основаног на индивидуалистичком принципу. Ми смо, међутим, видели да забрана није тако нова. Тако то прво тврђење противника забране злоупотребе права отпада. Што се тиче њеног тобожњег неслагања са индивидуалистичким принципом, и то погрешно тврђење је објашњиво. Ми смо навикли да индивидуализам гледамо и схватамо, не кроз његове творце, претходнике и људе Француске Револуције, већ кроз њихове следбенике и ученике. А позната је чињеница, да ученици претерују и тешко деформишу мисао учитеља. Тако се, благодарећи модерним индивидуалистима у праву, поред

---

[27]) Та тако проширена доктрина, као што ћемо покушати да докажемо доцније, владала је и у класичном римском праву, које није познавало правило Neminem laedit.

[28]) E. H. Perreau, Revue générale du droit etc., XXXIX, p.492 sqq, где су наведена врло интересантна места из дискусија пројекта Code Civil-a у разним телима, кроз која је он прошао.

[29]) Видети у лепој књизи E. — H. Perreau-a, Technique de la jurisprudence en droit privé, T. II, pp. 180—232, анализу француске судске праксе о забрани злоупотребе права, поткрепљену великим бројем пресуда разних судова о разноврсним предметима.

[30]) Planiol, op. cit., 11 № 871, p. 280.

[31]) G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, Des Obligations, T. IV, № 2855, p. 537. (Издато као свеска XV великог трактата: Baudry-Lacantinerie, Traité théorique et pratique de droit Civil, (Paris, 1908).

заблуде о скорашњем пореклу ове теорије, створила заблуда, да се индивидуализам и забрана злоупотребе права искључују.

Не мања заблуда постоји и код већине модерних присталица ове теорије.[32]) Они сматрају да у теорији злоупотребе права преовлађује социјални момент. Зато су они и окренули своје напоре за спровођењем забране злоупотребе права у правцу рушења индивидуалистичке доктрине. Индивидализму се истакао на супрот солидаризам, а независности и аутономији индивидуа, њихова међусобна зависност у сваком погледу. Одатле се закључило, да се при вршењу права мора водити рачуна и о интересима осталих чланова друштва.

Ово држање, ма колико да је данас добро са гледишта законодавне политике, није било потребно узимати ради одбране теорије злоупотребе права. Оно значи тежњу за променом законодавства, за трансформацијом права од индивидуалистичког ка социалном. Према томе последице усвајања овог гледишта превазилазе много резултат до кога се долази забраном злоупотребе права. Овај је много скромнији и састоји се у простом омогућењу мирног живота у свакој заједници, без обзира на принцип њеног законодавства. Затим, узимајући позицију за солидаризам а против индивидуализма, имплицитно се признаје да не може бити речи о забрани злоупотребе права у правном поретку основаном на индивидуалистичком схватању. А то је нетачно. Јер, у чему се састоји управо забрана злоупотребе права?

Забрана злоупотребе права значи једну врло просту ствар Одговара за накнаду штете сваки онај који је вршио своје право једино из пакости према оштећеном, у намери да му проузрокује штету, и, у опште, сваки онај који је употребљавао своје право без икакве зле намере, али на ненормалан начин, и услед тога, проузроковао другоме штету, онемогућивши му да на нормалан начин употреби своје право. Она је дакле шира него што то излази из старе доктрине, коју је бранио Дома, и коју је усвојио Црногорски Имовински Законик, а која је постала у времену кад се грађанско право није још било еманциповало од туторства римског права, управо права компилације, већ се кретао у границама његових још критички непроучених аргумената. Према њој, у теорији одговорности не треба разликовати само поступке учињене на основу неког права, и поступке

[32]) Видети литературу о злоупотреби права код Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit. p. 538 n. 1. Perreau, Technique de la jurisprudence, II, p.180 n-es 1, 2, 3, 4. Н. Перић, op. cit., passim Planioi, op. cit., II, № 862, pp. 274 и 275 Видети и Д. Аранђеловић, Одговорност за накнаду штете (Београд, 1924) стр 14 sqq.

учињене бесправно, као што то учи владајућа теорија. Између њих има места за једну трећу категорију: поступци учињени на основу неког права, али не на нормалан начин, и у циљу ради кога право постоји, већ на ненормалан начин, или једино у циљу да се другоме нанесе штета.

Та трећа категорија поступка не поклапа се, као што је речено,[33]) са категоријом поступка учињених бесправно. Између бесправног делења и злоупотребе права постоји иста разлика као и у административном праву између прелажења граница власти (excès de pouvoir) и злоупотребе власти (détournement de pouvoir) Постоји прелажење граница власти ако један орган власти уради нешто што није овлашћен да уради, нпр. Министар Правде поништи једну пресуду Првостепеног Суда. Такав ће акт органа бити поништен, зато што он прелази круг његовог овлашћења. Али по некад ће акт једног органа власти моћи бити поништен, и ако он улази у круг овлашћења дотичног органа. То ће бити ако је орган власти „своје атрибуције употребио у другом циљу, а не у оном због кога су му дате[34]). Орган је изашао из духа своје функције, он је злоупотребио власт, *и ако је остао у границама својих атрибуција.* Нпр. по чл. 95, тачка 1, „Општински суд... стара се о чистоти у месту и околини". На основу ове диспозиције у вези са чл. 94. тач. 1 и 2, општински суд сваке вароши може забранити фиакеристима да стационирају на извесном месту, укинути неку колску станицу. Ако је та одлука општинског суда изазвана старањем за чистотом, против ње нема лека. Али ако је општински суд укинуо станицу коњских кола једино у циљу да би направио места неком свом пријатељу, предузимачу транспорта аутомобилским колима, његова ће одлука моћи бити поништена, без обзира на то што стационирање аутомобила не проузрокује никакву нечистоћу. Општински суд у том случају није употребио овлашћење чл. 94 тач. 1 и 2. у циљу ради кога му је дато (одржавање чистоће), већ ради фаворизације појединаца.

Иста је разлика у приватном праву између бесправног делања и злоупотребе права. Злоупотребити право не значи делати бесправно. Пример: Постоји бесправно делање кад

---

[33]) Planiol, op. cit., № 871, p. 281: „Au fond, tout le monde est d'accord; suelemeit là ou les uns disent: „Il a usage abusif d'un droit" les autres disent: „Il y a un acte accompli sans droit."

[34]) К. Кумануди, Административно право (Београд, 1921), стр. 93 Видети и H. Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, (Paris, 1916). v 975 sqq и 985, и доцент Јован Стефановић, О Административним Судовима (Београд, 1924), стр. 31и 32.

један муж тражи поништај једног правног посла, који је учинила његова жена по одобрењу судије за неспорна дела, сходно чл. 146а Правила о поступању у неспорним делима. — Постоји, међутим, злоупотреба права мужевљевог да даје одобрење жени за предузимање правних послова, кад један муж, пошто је мировао дознавши да је његова жена извршила извесни правни посао без његовог одобрења, тек после дужег времена да би шиканирао своју жену, тражи поништај тог правног посла, и ако су његове последице, по хипотези, корисне за жену. У том случају он не дела бесправно; он врши своје право које му дају §§ 109 и 920 Српског Грађ. Зак., али га злоупотребљава. — Други пример: Копајући на свом имању неки сопственик пресече жицу суседног извора. Ако је он вршио копање без икакве зле намере и ради постигнућа неког дозвољеног циља, његова је одговорност искључена. Штета коју отуд сусед трпи слична је штети претрпљеној услед неког случаја више силе. Међутим, ако је тај сопственик копао animo vicino nocendi,[34bis]), он је одвратио своје право од његове намене он га је злоупотребио, и зато ће одговарати. У том случају он ипак није делао бесправно; он је, макар ненормално, вршио само своје право. — Бесправног би делања било тек кад би он прешао на суседово имање и тамо копао. — Слични се примери могу наћи за право тужбе и одбране пред судом,[35]) за право очинске власти и сва остала права.

Као што се из наведених примера види, теорија злоупотреба права није специфична законодавствима основаним на солидаристичком принципу. У њој нема ничег противног индивидуалистичком правном поретку. Према томе не треба мешати забрану злоупотребе права са тежњом да се право социјализира, трансформира у социјалистичком смислу. Ако промена права у овом последњем духу претпоставља признање принципа забране злоупотребе права, ако се таква промена не може замислити са искључивањем тога принципа, забрана злоупотребе права може се спровести без икакве промене права.

Међутим, ове две ствари аутори, ма којој школи припадали, врло често мешају.[35bis]) Ми смо већ видели један разлог те конфузије у претераним закључцима следбеника индивидуализма. Други разлог ове конфузије налази се у нетачном схватању једне од две форме у којима се манифестује злоупотреба права.

[34bis]) Поредите 1, 1 § 12 Dig. 39, 3.

[35]) Видети E. — H. Perreau, Technique de la jurisprudence, II, 183.

[35bis]) В. нпр. Alessandro Levi, La société et l'ordre juridique (Paris 1911), p. 339: „Ова теорија, и ако се не може бранити са логичке тачке гледишта, вреди као знак да је нужно извршити ускоро трансформацију неког дела права."

Злоупотреба права се јавља или у форми вршења неког права *у намери* да се другоме нанесе штета, или у форми вршења неког права, без обзира на намеру, противно његовој намени, дакле ненормално.

Уско посматрана, забрана злоупотребе права у овој другој форми изгледа да се инспирише неким неодређеним социалним разлозима и да поред тога садржи у себи идеју права-дужности. Рекло би се, због тога што говори о намени дотичног права, да она наређује његовом титулару да при његовој употреби води рачуна о интересима других лица као и о свом сопственом интересу: она га не оставља слободног у одлучивању како да се послужи својим правом.

У ствари није тако. Као и први и овај други случај забране злоупотребе права само је једна мера за омогућење вршења коегзистирајућих права, мера за омогућење друштвеног живота. И у једном и у другом случају забрана злоупотребе права је огледало „овог основног принципа правног морала, да је свако право пре свега једно друштвено правило које ни у ком случају не може ићи против своје финалности"[36]). Она захтева да се права врше нормлано, „сходно навикама, обичајима, духовном стању тренутка кад су постала."[37]) Она не тражи од титулара једног права, да га врши како је то најзгодније за остале чланове заједнице. Њега се њихов интерес, као ни интерес заједнице, не мора тицати. Он је дакле слободан са те стране у вршењу свога права. Али, ако не мора водити рачуна о туђим интересима, титулар једног права, при његовом вршењу, мора водити рачуна о туђим правима. Онда кад је онемогућено другом да ужива своје право, тиме што је употребио своје право противно његовој финалности, он је злоупотребио своје право и изложио се одговорности.

Сам карактер постојећих права остаје исти са усвајањем забране њихове злоупотребе. Дата индивидуи ради њене личне користи, она то остају и даље. Заједница не може, ослањајући се на ову теорију, претендовати да се она врше на начин који је њој користан, или бар на начин који јој није штетан. Све на шта заједница има право, своди се на контролу вршења тих правила у циљу омогућења вршења права и осталих чланова

[36]) Marco J. Barasch, Le Socialisme juridique, (Paris, 1923) p. 106.

[37]) A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil francais, (Paris, 1914), I, p. 28. Видети мишљење ових аутора о злоупотреби права и у op. cit., II, 371 sqq (éd 1915). За њих је злоупотреба права један случај где обичајно право регулише и ублажава вршење разних права, и где је оно и даље остало извор позитивног права, бар у колико се тиче тумачења закона.

заједнице. То је, управо, више њена дужност него право. Сузбијајући сваку активност, ма и основану на неком праву, која крњи друга права, или у опште уноси немир у друштвени живот, држава врши своју основну дужност, коју јој цео свет признаје. То је потпуно у складу са индивидалистичком доктрином, по којој је улога државе да осигура свакоме безбедност у вршењу његове активности[38]). — Теорија злоупотребе права не тражи, дакле, да индивидуа жртвује један део свог права у корист заједнице; она тежи да сваком омогући вршење *његовог* права. Она не почива на факту друштвене солидарности, већ просто на факту коегзистенције људи и има за циљ да омогући вршење права *свију индивидуа*. Њени поборници могли су је представити погрешно и очекивати од ње више него што она може да дâ[39]), као нпр. „да обнови цело право". У ствари у њој нема ничега новаторског ни револуционарног нити је она производ једне школе.[40]). Индивидуалистичком принципу не прети од ње никаква опасност. Субјективна права ergo прерогативе да се извуку *за себе самог* извесне *користи*[41]) из неке ствари или неког личног односа, остају неокрњена. Њихов се „круг" не сужава тиме што се забрањује њихова злоупотреба. Гарантија за њихово мирно искоришћавање само се увећава забраном злоупотребе. Другим речима, забрана злоупотребе права има свој основ у општој потреби (без обзира на принцип законодавства) за што већим миром и сигурношћу у свакој друштвеној заједници. Она је колико правно толико и морално правило.[42])

---

[38]) Видети supra изнад прим. 7.

[39]) По Saleilles-y њено усвајање у Немачкој је „први покушај' у циљу социјализовања права у супротности са правним индивидуализмом, који има још претежну улогу. L' introduction à l'étude du droit civil allemand, p. 118 наведено код Н. Перића, op. cit., стр. 37. — В. и Josserand, L'Abus des droits.

[40]) Contra г. Ж. М. Перић, Архив, књ. II, стр. 363. В. и Н. Перић, op. cit., стр. 54, 89 sqq и passim.

[41]) Чед. Марковић, Архив, књ. V (XXII), стр 254.

[42]) Зато г. Чед Марковић, loc. cit., и вели, да с обзиром на правне и моралне принципе на којима почива Српски Грађански Законик (§§ 1, 8, 10, 13, 22, 155, 419, 480, 539, 559, 567, 612), мора се рећи да он не трпи злоупотребу права. „И кад се деси да између појединих прописа постоји противречност, ова се у примени закона отклања. При том се одбацује оно што је у супротности са основном идејом закона-правда, јавни поредак, морал." — У сваком случају може се рећи да је злоупотреба права, у форми вршења права у намери да се другоме нанесе штета, забрањена експлицитно у свима правима која забрањују поступке противне моралу (§ 13 С. Г. З.). Злоупотреба права у тој форми неморална је у својој основи (рђава намера). П. Е. — H. Perreau-y, Technique de la jurisprudence, II. 182, постоји злоупотреба права у поступцима „qui, sans

После ове анализе забране злоупотребе права, нама се чини да та забрана није у ствари права теорија, већ само принцип тумачења закона.[43]) Права загарантована законом треба вршити, као што каже E. Picard, civiliter. „Да би се избегла одговорност није довољно служити се средствима која су дозвољена и којима се ништа не може пребацити; постоји још и *начин*.[44]) (Законски смисао не треба изврtати[45]) и крити иза њега једну неморалну или, у опште, антисоцијалну делатност, коју законодавац никад не санкционише. Зато је с разлогом примећено да би било боље рећи: „Злоупотреба законских текстова или правних правила, увек несавршених.[46]) Судија је зато позван да контролише вршење права, и да одбије санкцију свакој активности, формално основаној на неком законском тексту, али која вређа bona fides, или је, у опште противна финалности дотичног права. Све, дакле, зависи од нахођења, тумачења судије, на кога, и против његовог догматичног васпитања утичу навике, обичаји, променљива схватања друштвене средине.[47]) Тако се забрана злоупотребе права појављује као нужна допуна законског права обичајним правом, допуна која је у природи ствари и без које би било тешко замислити функционисање законског права. Помоћу ње се, по нахођењу судије, који је огледало своје средине, критикују или оснажују поступци појединаца при вршењу њихових права.

Зато ми и мислимо да је непотребно истраживати какав специјални критеријум за распознавање злоупотребе. Присталице субјективне и објективне теорије греше препирући се у недоглед о овом питању. У ствари имају све што им је потребно за констатовање злоупотребе. При испитивању да ли постоји злоупотреба у форми вршења права у намери да се другоме нанесе штета, судија ће се понашати као при испитивању у паулијанској тужби, да ли је дужник, а код теретних уговора и правопријемник, био савестан или не (§§ 303 а и 565 Срп.

---

tranchir les bornes apparentes du droit de leur auteur, choquent pourtant la bonne foi trés gravement et que pour cette raison le juge refuse de sanctionner."

[43]) Fathy Mahmoud, La doctrine musulmane et l'Abus du Droit, предговор од E. Lambert-a, (Paris, 1913). p. IX. — E. H. Perreau, Revue générale du Droit, t. XXXVII, p. 507 — Colin et Capitant. op. cit., I. 17.

[44]) Пресуда првостепеног суда из Тулуза (Француска) у Dalloz Périodique, 1906, Paris 2, p. 105 (note), наведена код Marco J. Barasche, op. cit., p. 106.

[45]) § 8 Срп. Грађ. Зак.

[46]) Ch. Appleton, Revue Générales du Droit, nº dde juillet aout-septmbre 1921. tiirage à part, p. 5. n. 4.

[47]) B. Gaston Morin, La Révolte des faits contre le Code, (Paris, 1920) p. III. В. о злоупотреби права op. cit., p. 174—175 и 177 sqq.

Грађ. Зак.); као при испитивању да ли је пуномоћник свршио поверени му посао поштено и својски (§ 615 Срп. Грађ. Зак.) или да ли се том приликом управљао „по своме разуму, знању и савести" (§ 612 Срп. Грађ. Зак.); и у опште да ли је један посао противан благонарављу (§ 13 Срп. Грађ. Зак.). — При испитивању, пак, дали постоји злоупотреба у другој форми, форми ненормалног вршења права, судија ће поредити делање туженог при вршењу свога права са начином на који би исто вршио сваки pater familias. И субјективна и објективна теорија нетачне су са њиховим искључивим гледиштима.

Закључак се намеће: Принцип забране злоупотребе права има места у свим законодавствима без обзира на основне идеје на којима она почивају. Њега је познавало римско право: њега познаје муслиманско право од када постоји;[48] његови се јаки трагови налазе у старим правима; најинтересантнија судска пракса, француска судска пракса, примењује га ни мало не сметана индивидуализмом Code Civil-a, а модерни законодавци почињу да му посвећују засебне диспозиције.[49]) Он је општи и сталан; он је нераздвојан од суштине права, други би рекли да је правило природног права, више од свих закона,[50]) које се према томе има примењивати и кад није написано у закону. Ми ипак мислимо, да су законодавци који су га написали, урадили добро. Овде се може поновити стара реч: „Si cela va bien sans qu'on le dise, cela va mieux en la disant".

III

Члан 16 Српског Устава 1903 године гласио је: „Својина је неповредна, ма какве природе била. — Нико не може бити принуђен да своје добро уступи на државне или друге јавне потребе, нити се право приватне својине може ради тога ограничити, осим где закон то допушта и уз накнаду по закону." А по чл. 37, ст. 1. нашег данашњег Устава: „Својина је зајемчена. Из својине проистичу и обавезе. Њена употреба не сме бити на штету целине. Садржина, обим и ограничења приватне својине одређује се законом." За разлику од Српског Устава од

[48]) Mahomoud Fathy, La doctrine musulmane et l'Abus du Droit.

[49]) Немачки Грађански Законик § 226 и 826. Швајцарски Грађански Законик чл 2 § 2 и чл. 3 § 2. — Поред тога видети нови чл 1780. грађанског Француског Законика, чл. 41 § 2 Швацарског Законика од 30 марта 1911 и Грађански Законик Мешовитих Судова у Египту (1876) чл. 60, 120и 492.

[50]) Porcherot, De l'Abfus du Droit, (Thèse, Gijon 1902).

1903. године он не проглашава „неповредност" права својине, Он га додуше „заједмчава", али одмах додаје да својина није само право већ и извор обавезама. Поред тога, то је право престало бити егоистичко. Његов циљ није само задовољење сопственика. Оно је заједмчено појединцима, не искључиво у њиховом интересу (који и даље, у осталом, остаје главни), већ и у интересу заједнице(целине, како то каже Устав). Зато га појединци не могу вршити на начин противан тим интересима заједнице. На супрот индивидуалистичком праву које смо ми до сада познавали, Устав истиче интерес целине који ограничава то право. Интерес заједнице виши је од њега. Лично право има управо разлог постојања док је у складу са интересом заједнице. На тај је начин од личног права, од егоистичке власти, својина претворена „у једну мешавину личног права и социалне функције."[51]).

Ова диспозиција Устава премаша оквир у коме дејствује принцип забране злоупотребе права. По овом принципу не тражи се од сопственика, да приликом вршења свога права пази на интерес целине. Њему је чак слободно да врши своје право противно, како интересу целине, тако и интересима појединаца. Оно што му је забрањено, то је да и ако остаје на терену свога права и у оквиру овлашћења која отуда држи, наноси штету појединцима вршећи своје право пакосно или на ненормалан начин. По члану 37 Устава, међутим, сопственик, не само да не сме наносити штету другима вршећи пакосно или ненормално своје право, већ не сме ни употребљавати своје право противно општим интересима. Споредно је што сопственик није повредио ничије право, није никоме нанео штету, чинећи употребу од свог права. Он се огрешио о наведени пропис. Устава чим је, на основу свога права, предузео нешто што није у складу са интересом целине, или није хтео предузети нешто што захтевају интереси целине. Очигледно је да, штитећи интересе целине на тај начин Устав тежи ка социјализацији права. Он нас је увео у ред оних, за које се рекло, да „на њиховом фронтону светли девиза: *„Помоћу права ка правди"*[52])

Само, питање је да ли је Устав дао законодавцу довољно потребних елемената и ширине за остварење те његове тежње. Устав вели да употреба права својине „не сме бити на штету целине"; употреба мора бити сагласна са интересима целине. Интереси целине! Тешко је наћи нешто неодређеније. Шта је то целина? Мисли ли се с тим на организовану политичку за-

[51]) Сл. Јовановић, Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, (Београд, 1924), № 471, стр. 452.

[52]) Marco J. Barasch, op. cit., p. 10.

јединицу, државу, област, општину? Ако је тако, онда чије интересе треба имати у виду, општинске, обласне или државне? Они се увек не поклапају, чак су често противни. Интерес једне чисто земљорадничке области није повређен тиме што су неки сопственици оставили необрађена своја имања; напротив! Остали ће моћи услед мањег прилива земљорадничких производа на тржишту, продати скупље своје производе. Међутим, несумњиво, интерес је државе да се што више произведе у свакој грани привреде. — Или се пак под целином разуме друштво, природни феномен који је резултат људске социалности. Његови се интереси могу извести и јасно формулисати. Али, је ли могуће измирити поштовање тих интереса са принципом личне иницијативе, кога уставотворац не дира и који и даље остаје основ нашег економског и правног живота? Нама изгледа сумњиво да ће законодавац моћи до краја извести програм који му је уставотворац означио у чл. 37, ст. 1 Устава. Немогуће је у правном поретку основаном на принципу индивидуализма направити од својине полу-социалну функцију. Сваки покушај у том правцу је тражење квадратуре круга. То не значи да је трансформација својине од личног права у социалну функцију немогућа. Само треба почети са постављањем принципа, да својина није лично право, већ социална функција. А ми нисмо још ту са чл. 37 нашег Устава.

Али, ако законодавац неће моћи ићи донде докле га Устав позива, он ће морати, спроводећи идеју друштвене солидарности[53]) која је инспирисала Устав[54]) да јасним изразима забрани сваку злоупотребу права. Ми смо видели да принцип забране злоупотребе права није специфичан законодавствима основаним на солидаристичком принципу; он је општи свима законодавствима. Само за разлику од законодавстава инспирисаних индивидуализмом, која га, без контрадикције, могу искључити као што га је, по некима, искључио наш стари законодавац у чл. 806 Грађанског Законика,[55]) законодавства инспирисана солидаризмом имплицирају га. Та би законодавства било немогуће замислити без забране злоупотребе права. По-

[53]) Видети P. Pic, Traité élémentaire de législation industrielle, (Paris, 1922) n-is 58—66, pp. 40—44 и литературу у примедбама. — G. L. Duprak, La Solidarité Sociale, (Paris 1907), И г. Ж. М. Перић тврди да „човечанство све више корача ка солидарности." (L'Unification de la législation pénale dans le royaume des S. C. S. (Extrait de la Revue internationale de Droit pénal, 1924), p. 5.

[54]) Видети нпр. чл. 26, 27, 23, 31 и др. Устава. О томе и г. Ђорђе Тасић, О правној природи економских и социјалних одредаба нашег Устава у Економисту књ. IV, Бр. 12 (1924) стр. 1050 sqq, нарочито стр 1055.

[55]) Видети, међутим, supra прим. 3 и 42.

зивајући законодавце да организују својину тако, да њена употреба не нанесе штету интересима целине, уставотворац је самим тим забранио њену ненормалну и пакосну употребу, употребу у циљу да се другоме нанесе штета. За важење овог принципа у нашем праву није дакле, у ствари, потребан и законски текст који би га поновио. Устав је довољан. Од дана његовог проглашења престали су важити сви прописи који би му били противни,[56]) па према томе и § 806 Српског Грађ. зак., наравно ако се узме да он дозвољава злоупотребу права, што, као што смо видели, није опште мишљење. Исти је случај и са §-ом 1305 Аустриског Грађ. Зак., у колико он важи на територији наше државе. На тај начин, и не чекајући законодавчев налог, наши су судови, на територији целе државе, позвани да одбију санкцију свакој злоупотреби права својине, другим речима, да осуде на накнаду штете сваког оног који је, злоупотребљујући своје право својине, нанео другоме штету[57]). — Само, ипак, из разлога кога смо раније видели, неће бити згорег повећати наш будући арсенал законских текстова једном кратком диспозицијом, која би, на директан и експлицитан начин, прописивала забрану сваке злоупотребе права, оно исто дакле што Устав чини индиректно и имплицитно.

Из мотива који су довели до усвајања чл. 37-ог Устава треба закључити да се тај члан не сме тумачити уско и рећи да он забрањује само злоупотребу права својине. Забрану чл. 37-ог треба генерализати и рећи да се њом забрањује свака злоупотреба права. — Поред тога, било би апсурдно забранити злоупотребу права својине, а дозволити злоупотребу осталих права. Право индивидуалне својине постоји искључиво у интересу појединаца, да би из ствари на којој га имају могли извући све могуће користи. Оно је најегоистичније и најапсолутније. Оно се налази у основи свију осталих права[58])

[56]) Чл. 142 Устава: „Овај Устав ... обавезну снагу добија када се обнародује у „Службеним Новинама.". Од тога дана престају важити сви правни прописис који су били њему противни." Овај је члан Устава, као и слични прописи који се налазе на крају великог броја закона, потпуно непотребан. Аброгација коју он садржи подразумева се и зато је непотребно наглашавати је.

[57]) О питању у колико судови имају да суде по Уставу Сл. Јовановић, op. cit., no 30 стр. 72 sq.

[58]) Драгутин Јанковић, Нешто о својини, у Архиву књ. VII (XXIV), 1923, стр. 107—108: „Својина је основни појам. — Основни правни појам за нас значи универзалну правну установу, која је извор вишеструких правних односа, различитог карактера, али са једним заједничким правним извором. У основне правне појмове долази својина као право оригиналног и генералног карактера и личност, као носилац тога права, без кога би право у данашњем индвидуалном правном систему, било мртво

Па кад је установотворац нашао да то апсолутно и егоистичко право, које је камен темељац модерног правног поретка, треба ипак ограничити, одакле ми закључујемо да је његова злоупотреба забрањена, шта онда рећи за остала права која имају више алтруистичку боју, чији је егоистички карактер блеђи? Нпр. право очинске власти, које је дато оцу у интересу деце; или право мужевље власти, које постоји у интересу брачне заједнице: или право одбране или тужбе на суду, чијом употребом, по Јерингу, ми вршимо једну индивидалну и једну социалну дужност: индивидалну, јер се боримо за нашу личност, социјалну, јер се боримо против неправде; итд. Сва та права, као и остала, могу бити злоупотребљена, тим пре што нису егоистичка, нису дата појединцима ради постигнућа њихових личних, себичних циљева. Има мање разлога за трпљење њихове злоупотребе, него злоупотребе права својина.[59])

Зато ми мислимо да је од дана обнародовања Устава забрањена злоупотреба сваког права, ма у ком се виду она појављивала, и да сви наши судови морају, на основу чл. 37 Устава досудити накнаду штете свакоме ономе који докаже, да је оштећен услед нечије злобне или ненормалне употребе права.

(Архив за правне и друштвене науке, 1925., кн. X)

безпредметно и илузорно. Сва остала права у данашњем индивидуалном правном систему изведена су из права својине као изворног и универзалног правног појма".

[59]) Српски грађ. Зак. у 154 и 155 изрично посвећује забрану злоупотребе очинске власти, и предвиђа више случајева због којих се оцу одузима та власт. Нпр. злостављање, упућивање деце на „зао пут живота", пренебегавање васпитања деце, оглашавање за распикућу итд.

A SUMMARY

PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS AND THE SOCIALIZATION OF RIGHTS

The prohibition of the abuse of rights means that accountable for damages is each and every party exercising its rights solely for the sake of malice toward the party suffering the damage, and the party which has exercised its rights without ill intent, but in an abnormal manner, thereby inflicting damage to the other party, preventing that party to exercise its rights in a normal way.

The theory of abuse of rights is completely in line with the individualistic doctrine, according to which the role of the State is to ensure to each person the security of performing his or her activities at will. It does not demand that the individual sacrifice a part of his rights in favour of the community, but only that each individual is free in exercising *his own* rights; this demand does not rely on the fact of social solidarity but simply on the fact of coexistence of people with a view to the enabling of the performance of rights of all *individuals*. The guarantee for their *peaceful exercise* is only enhanced by the prohibition of abuse.

According to the Yugoslav Constitution of 1921, the exercise of ownership „must not be to the detriment of the totality (Atricle 37). This provision exceeds the scope of functioning of the principle of the prohibition of abuse of rights; by protecting the interests of the totality, the Constitution strives toward the socialization of rights. In contrast to the legislatures inspired by individualsm, which are not compelled to accept the principle of prohibition of abuse of rights, the legislatures inspired by solidarity cannot by any means be conceived without the prohibition of the abuse of rights. Calling on the legislator to organise owership in such a way that its utilisation shall not inflict damage to the interests of the totality, the creator of the Constitution has by doing so prohibited its abnormal and malicious utilisation. For this principle to be effective in Yugoslav Law after the Constitution of 1921. it was not necessary to pass a special law repeating it, the Constitution was sufficient. The prohibition provided by the Article 37. of the Constitution of 1921. should be expanded to all other rights: if the abuse of the most egoistic and the most absolute right is prohibited, and such is the right of ownership, then this prohibition can all the more be applied to the rights with a more altruistic character (and with less egoistic characteristics).

RÉSUMÉ

LA DEFENSE DE L'ABUS DU DROIT ET LA SOCIALISATION DU DROIT

La défense de l'abus du droit signifie que pour le dommage est responsable toute personne qui a exercé son droit uniquement par méchanceté á l'égrad de la personne endommagée, ainsi que toute personne qui a usé de son droit sans mauvaise intention, mais d' une manière anormale et á cause de quoi elle a causé le dommage á autrui, en le privant de la possiblité d'utiliser son droit d' une manière normale.

La théorie de l'abus du droit est entièremeit en conformité avec la doctrine individualiste, selon laquelle le rôle de l'Etat consiste assurer la sécurité à chacun dans l'exercice de son activité. Elle n'exige pas que l'individu sacrifie une partie de son droit au profit de la communauté, mais de donner la possibilité à chacun d'exercer *son* droit; elle ne repose pas sur le fait de la solidarité sociale, mais simplement sur le fait de la coexistence des hommes et elle a pour but de rendre possible l'exerce des droits de tous les *individua*. La garantie de leur utilisation paisible est seulment augementée par le défense de l'abus.

D'après la Constitution yougoslave de 1921, l'utilisation de la propriété „n'ose être aux dépens de la collectivité" (article 37). Cette disposition dépasse le cadre dans lequel produit ses effets le principe de la défense de l'abus du droit; en protégeant les intérêts de la collectivité, la Constitution tend à la socialisation du droit. A la différence des législations inspirées par l'individualisme, qui ne doivent pas accepter la défense de l'abus du droit, il est impossible d' imaginer les législations inspirées par le solidarisme sans la défense de l'abus du droit. En faisant appel au législateur d'organiser la propriété de telle sorte que son utilisation ne port pas dommage à la collectivité, l'auteur de la constitution a par là même interdit son utilisation anormale et méchante. Pour la validité de ce principe dans le droit yougoslave aprés la Constitution de 1921 n' est point nécessaire un texte de loi qui le répétrait; la Constitution est suffisante. La défense de l'article 37 de la Constitution de 1921 doit être élargie sur tous les autres droits; si l'abus est interdit du droit le plus égoiste et le plus absolu, tel qu'est le droit de propriété, cette défense doit d'autant plus se rapporter aux droits qui ont plus un càractère altruiste et moins un caractère égoiste.

UDK — 347.2

ПИТАЊЕ СВОЈИНЕ

ОД СВОЈИНЕ ИНДИВИДУАЛНОГ ПРАВА КА СВОЈИНИ СОЦИЈАЛНОЈ ФУНКЦИЈИ

Старо схватање својине. — Декларација Права Човека и Грађанина од 1789. — Развој чињеница подрива индивидуално апсолутно право својине. — Друштвена међузависност, у времену и простору, позитивна и негативна. — Злоупотреба права својине забрањује се, најпре фактички, затим и формално.

Нове правне формуле у погледу својине. — „Својина социална функција" потискује „својину субјективно право".

За време рата, сопственост земље и кућа за становање претвара се у функцију. — Наше законодавство. — У модерним уставима долази до израза ново схватање својине. — Чл. 25. 26 и 37 Видовданског Устава.

Критериум и санкција за схватање својине као социјалне функције у погледу земље, кућа и индустријских предузећа.

Индивидуална својина нападана је и брањена најразноврснијим аргументима. Њој је са крајњег крила противника противстављена колективна својина, за коју се тврди да је без мана индивидуалне својине и много кориснија за заједницу.

Ми се нећемо упуштати у ову школску дискусију, која је на крају крајева само једна обична духовна вежба. Остаћемо у стварности и узети индивидуалну својину као чињеницу која као све чињенице нема потребе да буде оправдана. То је наша полазна тачка. У даљим редовима видећемо, у чему се састоји индивидуална својина, да ли је тачан принцип на коме почива установа својине као личног права и, напослетку, какав нови карактер она почиње да добија.

*

* *

По још општем схватању, својина је право, на основу кога се једна ствар налази стално подвргнута искључивој вољи једног лица. Сопственик је, зато што је сопственик, овлашћен да упо-

требљава ствар, да је ужива и да с њом располаже. Он може и не употребити ствар, па чак и уништити је. У својој активности сопственик не подлежи накаквој контроли. Он, чак, може употребити своју ствар на начин који му не користи и који је, поред тога, штетан за другога. Тако, нпр., сопственик земље може копати рупе на свом земљишту и на тај начин пресећи жицу суседног извора, без икакве користи за себе, и чак искључиво у намери да суседу пресече извор, па да ипак не одговара за нанесену штету. Он врши своје право, а то га право, право својине овлашћује да ради са стварју што год хоће. При вршењу свог права он најмање има да води рачуна о туђим интересима. Нико му не може тражити рачуна о начину на који он ужива и употребљава своју ствар. Иначе, својина не би била својина.

Својина је, дакле, *искључиво, апсолутно право, plena in re potestas*, по енергичном римском изразу, и она тај или сличан карактер има у свима данас важећим законицима. Она је индивидуално право, које постоји једино ради задовољења индивидуалних циљева сопственика.

Али тај карактер индивидуалног права својина није имала увек. Као све људске институције она се је у току векова мењала. Није ни место овде нити наш циљ да износимо историју својине. За нас је довољно да напоменемо, да је својина као индивидуално, апсолутно и искључиво право јасно оцртана тек у чувеној француској Декларацији Права Човека и Грађанина од 1789 године, која представља триумф индивидуализма у праву.

Познато је шта се подразумева у праву под индивидуализмом, и зашто је он триумфовао у Декларацији Права, том важном акту Француске Револуције. — Револуција означава крај једне дуге и упорне борбе која се водила између индивидуе с једне стране, и представника заједнице, Државе и Цркве, с друге стране. Она је хтела пре свега да ослободи човека од стега у којима су га држале Држава и Црква. Зато она и прокламује да је човек циљ по себи, и да као такав има прерогативе које су јаче и старије од свих људских закона (читајте: прописа и наредби заједнице, друштва). У њему самом налази се извор његових права. По природи човек је слободан, независан. Друштво и држава постоје само зато што су људи пристали драговољно да мало ограниче своју природну и неотуђиву слободу, ради својих личних користи. Задатак тако створене заједнице врло је ограничен: она има само да штити свачија права. Она не сме да се меша у односе појединаца. Циљ политичких установа је само омогућење остварења индивидуалних права. А право, то је „аутономија људског бића, његова природна моћ да зависи само од самог себе у погледу управљања својом мишљу и својим делима: неповредност личности, слобода у својим разним манифестација-

ма, напослетку својна" (Beudant). Индивидуална својина је као и слобода једно право које се не може отргнути човеку. Човек га има чак и ако му га закон оспорава. — Једном речју, човек је по природи слободан и независан и има урођених права. Циљ и разлог постојања јавне власти, државе, је предузимање потребних мера ради очувања свачијих права, специјално слободе и својине, која је у ствари последица и гаранција слободе. И то је све. Прекорачење те границе и контролисање начина на који неки човек употребљава своје право изједначује се са тиранијом. И зато Декларација Права каже: „Људи се рађају и остају слободни и једнаки по правима (чл. 1). Циљ сваког политичког удруживања је очување природних и незастаривих права човека. Та права су слобода, својина, безбедност и одупирање притиску (чл. 2). Својина је неповредно и свето право (чл. 17)".

За ове принципе дуго се веровало, а многи верују још и данас, да су дефинитивни. Мислило се, и још се мисли, да ће док постоји цивилизованих заједница правни поредак морати бити конструисан на њима. За њих се сматрало да су израз вечите истине.

Међутим, стварност, која је разорила многе „вечите истине", показала је у току прошлог столећа, а нарочито у новије доба, снажну реакцију против учења индивидуализма. Из њеног проучавања излази, да ако је индивидуализам имао да одигра извесну улогу у извесном тренутку, тај тренутак је прошао, дефинитивно прошао. Данас нам се намећу друга схватања, потпуно супротна учењу индивидуализма.

Пре свега, индивидуализам полази од нетачне поставке, да је човек по природи независан. Данас је непотребно доказивати да је човек напротив зависан у сваком погледу, и то нарочито од других људи. Човек није циљ по себи. Ако он има чисто личних тежњи, ако тежи очувању свог живота и задовољењу својих потреба не сме се сметнути с ума да он припада једној заједници, без које би му било немогуће постићи своје личне циљеве. Из тог простог и очигледног разлога одређивање човекових права и дужности не може се вршити једино с обзиром на замишљеног независног човека; тако одређена права и дужности не би имали свој основ у стварности. При њиховом одређивању треба имати увек у свести дубоку међузависност, која постоји међу људима у сваком погледу, нарочито у наше доба где је подела рада отерана тако далеко. Та међузависност постоји у времену, пошто се ми користимо напорима наших предака, као што ће се наши потомци користити нашим напорима. По речима Фује-а, онај који је пронашао плуг оре невидљиво поред орача. — Та међузависност постоји и у простору: цивилизован човек неспособан је да подмири сам све своје потребе; он се користи про-

изводима активности осталих људи, као што се остали људи користе производима његове активности. Као што је лепо примећено, на столу најсиромашнијег човека данас се често налазе производи свих пет континената.

У осталом, та међузависност није само позитивна; она је исто тако и негативна. Све државе, и оне које су учествовале у последњем рату, и оне које су остале неутралне, осећају данас његове тешке последице. Њих ће осетити исто тако и будуће генерације, које ће за рат знати само из историје. — Сви знају за побуне радника против првих машина, које су их делимично замениле и оставиле без хлеба. И ако нису учествовале у проналажењу машина, њихов проналазак није им био индиферентан. — Како онда изгледа тврдња да су људи слободни, независни једни од других? Није ли тачније рећи да постоји дубока међузависност свију чланова друштва?

Независан човек је, дакле, једна апсурдна апстракција. И, наравно, кад се резонује на апсурдним претпоставкама, долази се до апсурдих закључака. Тако су и присталице индивидуализма признали том изолованом човеку „света" права као слободу и својину, ради постигнућа његових личних циљева. Међутим, изолован човек не може имати ни права ни дужности. Право претпоставља постојање односа међу људима. Према томе, да би било *права* потребно је да постоје бар два човека. Како се онда може говорити о природном, урођеном праву човека, који треба да је по природи независан?!

На тим нетачним индивидуалистичким поставкама организована је својина у свима цивилизованим земљама, на начин који смо у почетку изнели. Она је, потсетимо се, *лично право*, чије вршење зависи од *воље* сопственика и постоји једино ради задовољења његових потреба и прохтева.

Али ако је тако организована својина одговарала некад општим погледима и потребама, данас то више није случај. Данас је осећај међузависности, који постоји у друштву, продро и сувише дубоко, да би се могла равнодушно посматрати употреба својине на начин штетан за заједницу, и ако је то дозвољено по индивидуалистичком схватању по коме је својина организована. Он је продро и у свест судија, који обично виде само законе. Не обазирући се ни на Законике и њихову апсолутност у овом погледу, ни на протесте присталица индивидуализма, судије модерних држава, у сталном додиру са стварношћу, кажњавају такозвану злоупотребу права својине. Они не дозвољавају сопственику, да врши своје право на начин који је штетан за суседе, а њему не користи; још мање му дозвољавају да врши своје право једино у намери да другоме нанесе штету. Тако, нпр., забрањено је сопственику, да на свом имању подигне зид у циљу да

суседу онемогући изглед на поље, и ако је он на то овлашћен својим правом својине, како га схватају индивидуалисти. — Интересантно је напоменути, да су ову забрану злоупотребе права својине почели прво изрицати француски судови, уз велико протестовање правника, још од почетка друге половине прошлог столећа, дакле судови земље Декларације Права Човека у којој је индивидуализам триумфовао, и одакле је био унешен у друге земље. Судови су натезали законске текстове да би немогућили пакосно вршење права својине, против кога је устајала општа свест.

Али то натезање законских текстова може ићи само до извесних граница. Из закона се често може извући оно што он не садржи, али је немогуће, наравно у добро израђеном закону, наћи што је потребно, да би се срушио принцип на коме тај закон почива. Данас је немогуће, поред тога што је осећај међузависности развијен натерати сопственика пољског имања да обрађује своје њиве, и ако је то и његов и општи интерес. *Новим схватањима потребне су нове законске формуле,* ако се не жели да друштво падне у контрадикцију са самим собом.

*
* *

Која су то нова схватања у погледу својине?

Услед међузависности, да не кажемо солидарности, пошто се ова реч различито разуме, која постоји у друштву, својина се данас не може сматрати као право које постоји једино у интересу сопственика и ради задовољења његових личних потреба и прохтева. Сопственик не може више бити апсолутан господар на свом добру. Као и последњи радник, сопствеик није независан човек, већ само један део друштвене машине. И он има, као и сваки човек, да испуни извесну функцију у друштву. „Држалац богатства, самим тим што држи богатство, може извршити извесан посао који само он може извршити. Само он може повећати опште богатство, осигурати задовољење општих потреба, стављајући у покрет капитал који држи. Он је дакле друштвено обавезан да изврши тај посао и биће друштвено заштићен само ако га изврши и у колико га изврши. Својина није више субјективно право сопственика, она је социална функција држаоца имања" (Duguit). Она, дакле не постоји искључиво у интересу индивидуе; она постоји у општем интересу, и њен једини основ је обавеза за спственика да изврши једну социалну функцију. Чињеница да је неко сопственик не овлашћује га да са стварју поступа по својој вољи, већ му *намеће обавезу* да ствар коју има упо-

треби на задовољење личних потреба, с једне стране, и општих потреба, с друге стране. Само таква активност је у интересу заједнице, само она има друштвену вредност и зато само она заслужује заштиту. За цивилизовано друштво, које почива на подели рада и у коме је та подела рада далеко отерана, интересантан је само онај који врши своју дужност, практикује друштвену солидарност.

Ово ново схватање својине није још успело да се наметне законодавцу и натера га да измени принцип на коме почива установа својине. Законодавац је спор. Он у осталом обично не ствара ништа ново, већ се ограничава да посвети оно што је већ дубоко продрло у обичаје, или што је постало мање више општи осећај. Он чека све док под притиском новог вина не почну пуцати старе мешине. И добро је што тако ради. Не ваља пренаглити; боље је пустити стварност да нам покаже нове путеве, него се поверити логици и сигурно залутати.

Али ако још ниједан Законик није организовао својину *уопште* као социалну функцију, ово ново схватање својине посвећено је у *неким* законима у погледу извесних врста својине. Никаква теориска разматрања нису нагнала законодавца на тај корак; од је деловао једино под притиском стварности.

*

* *

Никад се међузависност, солидарност чланова једне заједнице, та основна идеја схватања својине као социалне функције, не испољава боље него у случају опасности која прети тој заједници. Тада се најбоље осети нетачност индивидуализма, по коме друштво није ништа друго до збир потпуно независних јединки. Јер у том случају, као што је нпр. рат, сваки има у интересу зајединице и по цену живота да изврши извесну дужност, извесну функцију. Општа корист то овога пута императивно налаже. — За време последњег рата осетило се најбоље, да је *својина земље* престала бити лично право и постала социална функција. У скоро свима државама, сопственици земље били су принуђени да је обрађују. Тако је било у централним силама и земљама које су оне биле окупирале, па следствено и у Србији. У Француској, тој колевци индивидуализма, било је исто. По француском закону од 6 октобра 1916 године, председник општине пошто позове сопственика необрађене земље да је обради, има право, ако за петнаест дана не добије од овога доказ, *да је из разлога независних од његове воље* био спречен у обради земље, реквирирати ту земљу и предати је на обраду нарочитом одбору. Другим једним законом од 4 маја 1918 учињен је корак даље: Ако

сопственик, или онај који ради земљу, неће *или не може* да је обради, председник општине или окружни начелник може реквирирати ту земљу и дати је на обраду, под извесним условима, коме хоће земљорадницу или синдикатима или кооперативама за обраду земље. — Ово је законодавство престало са ратом, али је оно својим макар кратковременим постојањем доказало да је својина земље престала бити лично право и претворила се у социјалну функцију.

Тачност учења о „својини социјалној функцији" огледа се и у погледу друге једне врсте својине, својине *куће за становање*. По индивидуалистичком схватању, својина куће за становање је истоветно право као и право својине на најситнијим предметима свакидашње употребе. Сопственик га може уживати по својој вољи, искористити га или не искористити. Али су после рата законодавци свију земаља осетили да више тако не може бити. Сопственик више није искључиви држалац права. Он има једну улогу у друштву, и није остављено његовој вољи да ли ће је испунити или не. Другим речима, својина куће за становање престала је бити индивидуалистичко право и постала нека врста јавне установе која, као свака јавна установа, функционише у општем интересу. На основу тог новог схватања држава је интервенисала и ограничила, а у нашој земљи са свим уништила, слободу сопственика у погледу вршења његовог права. Она га је натерала да *мора* издати стан под закуп, и то под условима које је она одредила. Наша је држава отишла чак и даље, и узела за себе право да одреди закупца коме се мора издати стан. На тај начин, поред принципа аутономије повређен је и други основни принцип индивидуалистичког правног поретка, принцип слободе уговарања, тако, да се за својину станова може потпуно тачно рећи, да је престала бити право и постала социална функција. Иначе, какво је то лично право које се *мора* вршити, и то још на уско регулисан начин? Суштина субјективних права, по опште усвојеном мишљењу, састоји се у моћи да се нешто *хоће*, или моћи да се другима наметне поштовање нашег *хотења*. Међутим, *воља, хотење*, сопственика куће за становање потпуно је уништена. Њему је наметнут начин по коме има да врши своје „право", или боље и тачније речено, своју друштвену дужност, своју социјалну функцију. О својини куће за становање као апсолутном праву не може, дакле, бити више речи.

Колико су тачни и у стварности дубоко укорењени разлози због којих је измењен карактер својине на кућама за становање, види се најбоље из тога, што је наша влада, при истеку важности закона о становима, била, због немогућности да редовним путем продужи важење тог закона, принуђена да учини једну *незаконитост* и једним својим простим решењем продужи ње-

гово важење! Али то није све. Како се у напред знало да судови неће, и по Уставу не смеју, судити по том решењу, већ да ће применити старе прописе, по којима сопственици могу по својој вољи уживати своје право својине, то је полицискоj власти, којој влада може наређивати што хоће, наређено да не извршује такве судске одлуке. Правници, који све гледају кроз закон, који логички резонују, а не посматрају стварност, били су индигнирани до крајњих граница тим поступком. Међутим, са мало више смисла за стварност протести би били много блажи. Сам законодавац је сматрао да је влада добро учинила и зато је у закон о дванаестинама од 31 марта 1925 године унешена једна диспозиција (чл. 93) са повратним дејством коју је интересантно знати. Она гласи: „Признаје се сила и важност решењу Министарског Савета Бр. 1471 од 18. децембра 1924. године као и свима одлукама и радњама власти за станове заснованим на истом решењу, које ће решење важити до доношења новог закона, а најдаље до 15. маја 1925. године. — Не вреде и неће се извршити све одлуке и пресуде редовних судова донете на подручју ван територија раније Србије и Црне Горе,[1]) које су донете противно означеној одлуци Министарског Савета а у времену од 1. јануара 1925. године, па до 15. маја 1925. год."

Не инсистирајмо више. Из предњег се види да смо данас далеко од принципа Декларације Права Човека и Грађанина и неповредности права својине. Ступањ својине индивидуалног права је пређен и дефинитивно пређен.

Та схватања о новом карактеру својине, основана као што се из досадашњег излагања видело, на посматрању, голе стварности, независно од сваке школе или тенденције, нашла су места у послератним уставима разних држава. Она су ту продрла заједно са новим схватањима задатака државе, највеће организоване заједнице. По ранијим назорима, устав је имао да регулише политичка питања и загарантује основна права грађана. У економске односе, — у оно што чини основу свег правног живота, — сматрало се да он не треба да се меша. *Модерни устави*, напротив, посветили су нарочиту пажњу привредним односима. Оно што карактерише те уставе то су њихове економске и социалне одредбе. Држава није више само политичка заједница која има да гарантује грађанима њихова права; она има поред тога и социјалних и културних задатака. Зато наш устав од 28 јуна 1921 године одређује да „Држава има, у интересу целине а на основу закона, право и дужност да интервенише у привред-

[1]) Србија и Црна Гора су изузете из простог разлога што се на тим деловима наше државе отказ станова и иначе може вршити само о Ђурђев-дану и Митров-дану.

ним односима грађана, у духу правде и отклањања друштвених супротности" (чл. 26). Затим: „Слобода уговарања у привредним односима признаје се, у *колико се не противи друштвеним интересима*" (чл. 25). Поред личних интереса, за које се једино знало раније, признаје се постојање и *друштвених интереса.* То значи признање међузависности у друштву и напуштање индивидуализма. Природно је онда што при том преокрету својина није остала што је и раније била. Додуше чл. 37 Устава зајемчава својину, али одмах додаје: „Из својине проистичу и обавезе. Њена употреба не сме бити на штету целине". Тиме је законодавцу назначено, да се својина има организовати као социјална функција[2])

*
* *

Каква ће бити *санкција* дужности, које за сопственика произилазе из својине социалне функције? А пре тога, по чему ће се знати да ли је неки сопственик извршио своју социалну функцију или не?

О томе је прерано говорити уопште. Ми смо још у почетку рекли да се стављамо искључиво на терен реалности. Зато треба пустити ствари да се развијају. Јер правне институције не могу живети на жељама, ма како оне похвалне биле.

Али, ако се не може говорити *уопште,* на наше је питање могуће дати одговор, што се тиче својине на *извесним* стварима. Тако, својину на извесним предметима биће немогуће а и непотребно је, организовати као социалну функцију. То је случај са предметима за текућу употребу. Само, то не значи да ће и будућност морати стати на наше гледиште. Ако се друштвени осећај буде толико развио, да се у сваком предмету види резултат заједничког рада; ако се утврди врло разумљив осећај, да је општи интерес, да свака стварчица буде искоришћена у циљу ради кога је створена, а не ћудљиво упропашћена; ако развитак и усавршa-

[2]) Уставотворац је како то и при летимичном прегледу економских и социјалних одредби Устава излази, хтео да законодавцу дâ директиве једног солидаристичког права, по коме својина није право већ социална функција. То се не може озбиљно спорити. Он је, међутим, сам створио збрку у погледу својине, рекавши у почетку чл. 37 да је својина зајемчена. Ако је то, како по свему изгледа, остатак индивидуалистичких појмова, једна фраза која је код индивидуалиста била стилска, тешко је замислити како ће законодавац измирити ова два супротна схватања која се налазе у чл. 37 Устава. Осим ако се у речима: „Својина је зајамчена" мислило на својину у свакој форми, па дакле и на својину социалну функцију.

вање, индустрије не буду зависиле од коефицијента консомације, за шта ће, свакако, требати још времена, онда неће бити немогуће казнити било новчано, било лишењем једног дела својине, што је у осталом свеједно, сопственик а који уништава ствари, као нпр. онога који се весели лупајући посуђе.

Али не грешимо против нашег основног правила и не резонујмо на хипотезама. Оставимо својину ствари за свакидашњу употребу, пошто има предмета, и то најинтересантнијих, за чију је својину трансформација већ могућа. Ми смо видели да је то случај са својином земље. Сопственик земље не врши своју социалну функцију кад остави земљу необрађену и, уопште говорећи, кад не извлачи из ње користи које она може дати. Ето критеријума за распознавање да ли је у случају ове врсте својине сопственик извршио своју социалну функцију. Он је, као што знамо, већ био примењен у разним земљама за време рата. Што се тиче санкција, последице које за сопственика произилазе из невршења његове социалне функције, и њу је показало време рата: државна власт, орган заједнице, има не само право већ и дужност, да реквирира неискоришћени терен и да његово искоришћавање повери под условима корисним за заједницу, било појединцима, било за то организованим удружењима.

Што се тиче својине кућа за становање, ту није ни потребно указивати на критеријум неизвршења социалне функције и санкцију тог неизвршења. Сопственик празног стана мора га издати, иначе држава ће га реквирирати. Код нас се, видели смо, отишло даље. Држава је ставила под реквизицију све до априла 1919 године сграђене станове и одређује за сваки стан закупца, са често пута смешном закупном ценом, пошто ова не износи ни један мали део одговарајуће вредности. Тај начин поступања према сопственицима кућа за становање очигледно је испод сваке критике. Нема ниједног принципа на основу кога би се могла оправдати штета причињена једној класи грађана у корист друге. Заједница треба да одреди сопственицима правичнију награду за функцију коју врше у њеном интересу.

Исто је тако лако наћи критеријум и санкцију за индустриска предузећа. Ако их њихови сопственици не искоришћују, не држе у покрету, треба их реквирирати и дати на експлоатисање било појединцима, било за то способним организацијама.

Ствар стоји теже са готовим новцем који лежи непродуктиван. Али ће будућност, можда, указати на начин помоћу кога ће се моћи спречити гомилање непродуктивних капитала.

На крају, да учинимо неколико закључних констатација.

Значе ли наведени текстови да је схватање својине као социалне функције најзад победило и дефинитивно потисло старо и погрешно схватање својине као индивидуалног права? То би

био нетачан закључак. Ново схватање, и ако наметнуто чињеницама економске, социалне и психолошке врсте, продире у законодавство сасвим полагано: до сада је ушло само у неке посебне законе, а није нашло места ни у једном Грађанском Законику, где се својина још сматра као апсолутно и неповредиво право појединаца. Прокламовано у неким законима и у извесним модерним уставима, ново схватање још није јасно и прецизно кодифицирано (осим у Русији).

Друга ствар. Својина „социална функција" примљена је у једном необичном времену, за време рата и после рата. Тада су владајуће друштвене силе биле тако уздрмане, да су негде доведене у опасност, а негде и уништене. Носиоци „индивидуалне" својине пристали су да жртвују не само своје ствари већ и своја права на те ствари. Тако се добила илузија да је ново схватање својине победило. Међутим, прилике се мало по мало нормализују. Власници све више стежу уза се своје привилегије и прокламују их својим неотуђивим правом. Својина социална функција поново бледи, и прети да се претвори у једну пролазну успомену. Индивидуално право као да опет тријумфује на целој линији.

Па ипак, — и то је наш трећи закључак, — продор је начињен. Еволуција појмова је већ обележена. Може се њен траг утирати, он се неће више потпуно утрти. Законодавац је једном наређивао сопственицима добара како ће их употребљавати. Живот ће од његових прописа узети само оно што се буде могло спровести, или ће захтевати да се пође даље, према томе какви буду били односи снага у друштву. Индивидуалне силе нису дефинитивно побеђене, али су несумњиво начете. Социалне силе расту, и све више добијају свест о својој снази. То је гарантија да ће се оцртана еволуција продужити: својина „индивидуално право" не може у догледној будућности повратити своју ранију моћ, а својина „социална функција" стално ће се учвршћивати.

(Алманах Генерација пред стварањем, изд. Групе за социјалну и културну акцију, Београд, 1925)

A SUMMARY

FROM OWNERSHIP AS AN INDIVIDUAL RIGHT TO OWNERSHIP AS A SOCIAL FUNCTION

The concept of ownership as a „social function" appeared in an unusual time, during the war and after the war; at that time the ruling social forces were shaken to such an extent that they ware endangered in some places and destoryed in other places. The agents of „individual" ownership have conceded to sacrifice not only their property but also their rights to ownership of that property. The result was an illusion that the new concept of ownership has prevailed over the old. However, with the normalization of social conditions, owners begun to safeguard their privileged positions and proclaim them as their inalienable rights. The concept of ownership as a „social function" began to fade and threatened to turn into a transient memory.

Even so, an improvement had been made. The evolution of concepts had already been observed. Its tracks may be faded, but will never again be completely obliterated. Individual forces have not been definitely defeated, but they have indisputably been shaken. Social forces are growing and the consciousness of their own power is gaining ground. That is ample guarantee that the mentioned evolution will go on: the concept of ownership as an „individual right" cannot in the forseeable future regain its previous power while the concept of ownership as a „social function" will constantly be strengthening its position.

RÉSUMÉ

DE LA PROPRIETE DU DROIT INDIVIDUEL A LA PROPRIETE DE FONCTION SOCIALE

La propriété „fonction sociale" est appaure dans une période extraordinaire, pendant la guerre et après la guerre; à cette époque les puissances sociales gouvernantes étaient ébranlées à un tel point qu'en quelque lieu elles étaient mises en danger et en quelque lieu même anéanties. Les titulaires de la propriété „individuelle" ont consenti à sacrifier non seulement leurs choses mais aussi leurs droits à ces choses. Ainsi on avait eu l'illusion que la nouvelle conception de la propriété a remporté la victoire. Cependant, avec la normalisation des événements, les propriétaires s'accrochent de plus en plus à leurs privilèges et les proclament comme leurs droits inaliéiables. La propriété fonction sociale se fane de nouveau et menace de se transformer en un souvenir passager.

Or, néammoins, la pénétration est effectuée. L'évolution des notions est déjà marquée. On peut faire disparaitre sa trace, mais on n'arrivera jamais à la faire disparaitre entièrement, Les puissances individuelles ne sont pas vaincues définitivement mais elles sont incontestablement entamées. Les puissances sociales s' accroissent et acquièrent de plus en plus la conscence de leur force. C' est la garantie que l' évolution décrite continuera: la propriété „droit individuel" ne pourra pas dans un avenir prévisible rétablir sa puissance antérieure et la propriété „fonction sociale" se consolidera constamment.

UDK — 340.13

ОЗНАЧАВАЊЕ ЗАКОНА

Кад бисмо имали само један закон, у коме би се налазила сва правна правила, питање означавања тог закона не би се ни постављало. Он би се просто звао *Закон*. Тако је, заиста, и било у прво време. Реч *закон* идентификовала се тада са *правом*. Њом су били обухваћени *сви* прописи правне природе. Она је, чак, понекад, обухватала и прописе верске природе. Па и доцније, кад су се почели умножавати посебни закони и кад се јавила потреба да се сваком од њих дâ посебна ознака, првобитни је закон сачувао своје просто име: *Закон*. Тако, доцнији Римљани, кад говоре о своме првом закону, о Закону XII Таблица, *praeclarissimae leges*, како их назива Цицерон[1]). називају га просто *Lex*[2]). И код нашег народа, такође, у обичном говору реч *закон* означава оно што је по народном мишљењу основни, први закон: *вера*[3]).

---

[1]) Наведен код Girard-a, Textes (Paris, 1913), p. 20, Таv. VIIII, 1. 2.

[2]) В. нпр. Gaius, 4 Dig. 47, 22.

[3]) В. Вуков рјечник, V⁰ Закон, где је та реч преведена са 1) religio (вјера), 2 eucharistia (причешће), 3) mos (обичај) и напослетку lex (закон у ужем, правничком смислу) В. и Vladimir Mažuranić, Prinosi za Hrvatski pravno-povjesni rječnik, Svezak X (Zagreb, 1922) B⁰ Zakon. Порекло синонима вере и закона видети код Стојана Новаковића, Законик Стевана Душана (Београд, 1898), стр. VIII sq. и XV. — Латинска реч Lex чини нам се, да, такође, има религиозно порекло. Она долази од legere (читати), а не од ligere (везати), као што се обично мисли и стоји „са legere у истом односу у коме је rex са regere" (Planiol, Traité élémentaire de droit civil. T. I (Paris, 1920) n⁰ 12 (стр. 5, note 1). Она значи „оно што се чита". Простодушном примитивном свету читање као и писање изгледа као нешто чудновато, нешто што се не да објаснити. Оно им изгледа као манифестација неке више, њима непозната силе, божанства. За ово објашњење сведочи и то што наш народ има читаву серију амајлија против разних зала, које се састоје из писања, а које се и зову записи [carmen (signum) magcum]. Записи су, бар једним делом, производ веровања у божанску природу слова. В. Вуков Рјечник, V⁰ Запис. И Стари и Нови Завет називају се речима које иду у прилог овог гледишта, Свето Писмо, Библија (од грчке речи библио — књига). О етимологији речи закон в. V. Mažuranić, loc. cit.

Али од кад су се почели поред старог општег Закона јављати све многобројнији посебни закони, осетила се потреба да се тим разним законима дају разна имена. Данас би било немогуће снаћи се у огромном броју закона, кад сваки од њих не би имао нарочит назив.

То означавање закона ради њиховог разликовања, није увек и код свију народа вршено на исти начин. У разним приликама и према потребама закони су, као и лица, били означавани на разне начине. Више система било је у употреби, а и данас се употребљују разни начини. Који су у главном ти начини, који је од њих најбољи и који би ми требали да употребимо за означавање закона у нашој држави?

Ово питање је скоро без икакве теориске важности, али је зато од великог практичног значаја. Ако сваки који се бави тумачењем или применом закона, означава их на свој начин, могући су неспоразуми, или се бар рађају тешкоће за споразумевање. А први услов за успех сваке дискусије је да се онемогуће неспоразуми. Тиме се и објашњава што су се у Француској, где се закони означују датумима, при чему неки узимају датум дефинитивног гласања у Парламенту, други датум декрета промулгације, а трећи датум обнародовања, овим питањем бавили познати правни писци, као што су Beudant, Planiol, Baudry-Lacantinerie и Houques — Fourcade, Ducrocq, Demante, Colin и Capitant и други. Иста несагласност постоји и код нас. Док практичари и судови, као и остала државна надлештва, законе означавају по њиховом садржају, или боље, називом који им је законодавац дао, неки писци узимају за име закона датум краљеве санкције, а неки опет датум обнародовања[4]). У једној тако практичној материји не смеју постојати сличне несугласице. Законе треба означавати једнобразно и то на начин који најбоље одговара нашим потребама.

Који је то начин? А пре тога, које начине означавања закона треба одбацити?

I

1. — У Риму су закони носили породично име магистрата који им је био аутор. Тако нпр. закон о накнади штете, донет између друге половине V-ог и почетком VII-ог столећа римске ере носио је по свом аутору назив *lex Aquilia*. Закон кога су

[4]) Тако нпр. г. Лаза Марковић, у својој књизи Грађанско право, књ. I (Београд 1912), стр. I, назива српски Грађански Законик „Законик од 25 марта 1844", по датуму обнародовања, а не „Законик од 11 марта", по датуму потврде.

били спремили два магистрата, носио је два имена, имена оба своја аутора. Нпр. *lex Valeria Horatia.*

Овако би данас било немогуће означавати законе из више разлога. Прво, супротно ономе што се догађало у Риму, данас је производња закона огромна. У великом броју закона, који се стално повећава, тешко би било снаћи се помоћу имена подносиоца закона. Затим, како би се разликовали разни закони које је поднео један исти човек? Како би се разликовали један од другог закони које је донела једна иста влада? У овом последњем случају, поред велике незгоде која би долазила отуда, што би више закона носили исто име, поставља си питање: које би управо име требало да носи закон предложен од владе? По римском узору, по коме је закон предложен од једног конзула носио име и подносиоца и његовог колеге, требало би такав закон означити именом свију министара, што са наших осамнаест министара не би било нимало практично. У Риму је било лако означити закон са два имена. Нпр. *lex Valeria Horatia.* Данас то не би био случај са именима свију министара. Тако би се последњи закон о штампи који је Скупштина решила 4. августа, Краљ санкционисао 6 августа, а који је обнародован 8 августа 1925 године, звао: *Закон Пашић, Буричић, Нинчић, Трифковић, С. Милетић, Узуновић, К. Милетић, Вукићевић, Сршкић, Стојадиновић, Симоновић, Трифуновић, Максимовић, Радојевић, Радић, Шуперина, Крајач, Никић!* Ако би се пак закону дало име председника владе или министра који га је спремио, цитирање би било олакшано; али остаје ипак горњи приговор, да би било немогуће разликовати законе које је поднео један исти министар или влада истог председника Министарства.

2. — Данас се не може усвојити ни пракса која је владала у Француској пре Револуције, и по којој су ордонансе решене на Сталешким Скупштинама (États Généraux, у којима су заседавали, али одвојено, представници цркве„ племства и „трећег сталежа") носиле име вароши у којој су решене. Тако се нпр. ордонанса од јануара 1561 звала Орлеанска ордонанса, по вароши Орлеану, где су заседале скупштине које су је препоручиле. — Ако је то било могуће у старој Француској где су États Généraux стално мењали варош у којој су се састајали, то је немогуће данас код нас, пошто Парламент држи стално своје састанке у престоници. Могућност конфузије коју смо пребацили римском начину означавања закона, још већа је са старофранцуским. Зато се име места у коме је закон донет не може узети за његово означење.

3. — Српски судови и практичари, а често и неки правни писци, означавају законе насловима које им је законодавац дао. Тако би нпр. Закон о штампи, решен у Скупштини 4.

потврђен 6, а обнародован 8 августа 1925 године, био означен као *Закон о штампи.* Ова пракса садржи у себи несумњиво нечег доброг. Она је у сваком случају логична, јер закон назива именом које му је законодавац дао. — Али и она има исти недостатак као и напред наведена пракса, наиме: таквим означавањем закона по неки пут се не успева да се довољно индивидуалише закон о коме је реч. Додуше, могућност конфузије сведена је на мању меру, али ипак није сасвим искључена. Јер, дешава се да више закона носе исто име. Најпознатији случај пружа послератно законодавство о становима. Сви закони о регулисању односа кућевласника и закупаца станова који су сукцесивно донети, носе исти назив. Истина, они нису важили сви симултано. Потоњим се увек укидао предњи, ако већ овоме није био истекао рок важења. Зато за свакодневну праксу овакав начин навођења није представљао и не представља никакве незгоде. Исти је случај и са законима о штампи. Али се незгоде појављују одмах чим се мало удаљимо у времену. Тада се не зна на који се закон управо циља када је наведен само назив закона, а било је сукцесивно више закона о истом предмету. — Затим, против овог, као и против римског и старофранцуског начина навођења закона постоји још један аргумент, који ћемо мало доцније навести, пошто он важи и против других неких начина означавања закона.

II

Кад се тако елиминишу римски и старо-француски начин, и начин наше праксе, могу се замислити у главном још три начина означавања закона.

По првом начину, који је, чини ми се, примењен у Грчкој, закони се означавају бројевима. Сваки закон носи један број. Тај број није произвољан. То је редни број дотичног закона у серији донетих закона. Тако, закон који је први донешен носи број 1, други, број 2, закон који је десети по реду доношења означује се бројем 10, стоти, бројем 100 и. т. д.

Други начин се састоји у означавању закона датумом. Он је најраспрострањенији. Закону се да један датум који се сматра за најважнији у историји његовог стварања и тај му датум служи за име.

Између ова два начина налази се један трећи који се састоји у комбинацији редног броја и датума закона. Он је употребљен у Мађарској. Закони се нумеришу, почев од 1, по реду њиховог доношења, али се то нумерисање започиње сваке године. Само да не би било бркања између два закона који носе исте бројеве, тим бројевима се додаје и година у којој је закон до-

нешен. Тако се нпр. мађарски стечајни закон, који је санкционисан 27 марта 1881 године, а који је по реду седамнаести закон у тој години, означава као *Законски чланак XVII: 1881.*

Оно што карактерише ову другу групу начина означавања закона, то је, да је са сваким од њих могућност конфузије апсолутно искључена. Услед тога је сваки од њих бољи од оних које смо у почетку изнели. Са сваким од њих сваки закон добија засебну ознаку. Међу њима се, дакле, налази најбољи начин означавања закона.

Који је то?

1. — У прилог означавања закона помоћу редног броја, може се навести да је та ознака згодна за навођење. Краће је и лакше навести један закон помоћу броја, него помоћу датума, где је потребно написати два броја и једну реч. Брже је написати, рацимо, *закон бр. 10* него *закон од 6 августа 1925.*, а да и не говоримо већ о случају кад се уз датум ставља и назив извучен из предмета закона. Добра страна овог начина означавања закона нарочито се осећа онда кад један закон има да се наведе више пута. — Он је, затим, у потпуној сагласности са тенденцијом да се често употребљени изрази сведу на иницијале, или скрате на ма који начин. Услед те тежње се и наша држава означује са СХС, Америчке Сједињене Државе са USA. Г. Слободан Јовановић у свом *Уставном Праву* (Београд, Кон, 1924) употребљава неких двадесет сличних скраћења. Тако он означава са БС *закон о бирачким списковима од 30 маја 1922,* са УДС *уредбу о пословном реду у Државном Савету и управним судовима од 5 септембра 1922.* Очигледно је да ове скраћенице много олакшавају и писање и читање. Лакше је написати ИЗ него *закон о избору народних посланика од 3 септембра 1920, с изменама и допунама од 27 јуна 1922,* а нарочито ако тај закон има да се наведе више пута, и то на једној страни. Ова тенденција за скраћивањем нарочито се осећа у новој Русији, али је она увек постојала. Римљани су од увек скраћивали много употребљене изразе. Valerius Probus, граматичар из другог столећа, оставио нам је читаву збирку правних скраћеница. Тако нпр. P. C. значило је Patres conscripti, vel Pactum conventum, vel. Pecunia constituta; SC Senatus consultum; T. M. D. F. O., te mihi dare facere oportere. Скраћивани су и дужи изрази. Код Probus-a има скраћења од десет, дванаест, петнаест и осамнаест слова. Једно представља скраћење четрдесет и седам речи![5]) То је у Риму, каже Probus, био општи обичај[6]).

[5]) Girard, Textes (Paris, 1913) p. 216, Val. Probus, 3, 23.

[6])Girard, op. cit. p. 214: Quod partim pro voluntate cujusque fit partim pro uso poblico et observatione communi.

Према томе, несумњиво је да би законе требало означавати простим бројевима ако би се руководили само лакоћом навођења.

Ипак, нама се чини да овај начин означавања закона не би требало усвојити и то из два разлога:

Пре свега, скраћенице треба увек избегавати. Оне су често узрок пометње и неспоразума. Ево једног од многих примера који то потврђују. L. 1 Dig. 1, 2 у свима рукописима гласи:

> Gaius libro primo ad legem duodecim tabularum. Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavi.

Гајус нам на овом месту каже, да је, пошто је узео да објасни старе законе, сматрао да се пре тога треба вратити почетцима града Рима. То је слободан превод. Другојачији превод није ни могућ, пошто се у нашем тексту партицип *repetendum* не односи ни на коју именицу. Он је усамљен у реченици. Ми смо му у преводу дали инфинитивно значење, које би он имао да се поред њега налази esse. У ствари овакав немогућ текст резултат је једног погрешног схваћеног скраћења. Гајус је био написао: Facturus legum vetustarum interpretationem, necessario *populi romani ius* ab Urbis initiis repetendum existimavi, дакле „Сматрао сам да треба да поновим право римског народа од оснивања Рима". У његовом првобитном тексту, дакле, све је било јасно и партицип repetendum имао је своју именицу: он се слагао са *ius*. Само речи *populi romani* биле су написане скраћено, пошто је било уобичајено скраћивати их са P. R., и тако је у тексту стајало ...p. r. ius... Како пак, у рукописима речи нису биле одвојене ни тачкама ни празнинама и пошто се і није разликовало од j, то је преписивач p. r. ius прочитао као prius. Тако је услед једног рђавог прочитаног скраћења покварен и замрачен текст једног сигурно најјаснијег римског правника[7]).

Јустинијан се с разлогом плашио да му зборник не буде покварен скраћеницама. Да би избегао сваку сумњу (dubitatio) и нејасности (obscuritates) он је забранио употребу скраћеница (sigla) у издањима његовог зборника и прописао казну за оне који противно поступе. Он је изричито наредио да се чак и бројеви књига, као и њихови наслови и имена писаца из чијих су исечака састављене Пандекте, означавају словима. Eandem autem poenam falsitatis constituimus et adversus eos, qui in posterum leges nostras per siglorum obscuritates ausi fuerunt conscribere

[7]) B. Mommsen, Digesta, ad. h. 1. H. Appleton, Des interpolations dans les Pandectes (Paris, 1894), p. 5.

omnia enim, id est et nomina prudentium et titulos et librorum numeros, per consequentias litterarum volumus, non per sigla manifestari. . .[7bis])

Постоји, дакле опасност погрешке ако се закони означују једним простим бројем. Ништа лапше него узети 9 за 0, 8 за 3 и обратно. Те су погрешке нарочито могуће при штампању.[8]) Додуше, оне су могуће и код бројева из којих се састоје датуми.[9]) али ако се код датума учини грешка у једном броју, има шансе да не буде учињена у другом и у речи која означава месец, тако да је читаоцу увек лако да изврши исправку. Са означавањем закона једним бројем исправка је скоро немогућа за велики број оних који рукују законским текстовима.

Затим, против означавања закона помоћу редног броја постоји још један аргумент, због кога би га требало одбацити и кад се не би дала никаква важност првој замерци. Тај аргумент је, што се из ознаке закона помоћу броја не види кад је, следствено у којим околностима донешен дотичан закон. А то је, међутим, за правника од неоцењиве вредности. Свак зна да закони нису вештачке творевине законодавца, већ да између општих друштвених прилика у даном моменту и закона који се тада праве постоји однос узрочности. Римски класичар Paulus је то изразио у познатој формули: Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.[10]) Догматичку методу, методу чисто доктринарну и рационалну, која у текстовима види само материјал за стварање личних теорија, не треба избацити само

[7bis]) Const. Tanta. § 22. — Видети и Const. Deo auctore, § 13, и Const. Omnem, § 8.

[8]) В. нпр. „Архив за правне и друштвене науке", књ. I (Друго коло), 1921, стр. 275 петнаести ред озго, где је место 1919 штампано 1910. Иста грешка је учињена и у идућем реду. У истој књизи на страни 284, дванаести ред озго, стоји „члана 70", место „члана 80". — У званичном издању привременог закона о уговору о миру закљученом у Сен-Жермену ан-Ле, на страни 17, шести ред озго, стоји „коте 817" место „коте 871"; на стр. 30, десети ред озго стоји „одељак IV", место „одељак VI"; на страни 46, осми ред озго стоји 3650, а треба 3600; на стр. 59, осамнаести ред озго стоји „чланом 175" а треба „чланом 179". — У књизи г. Л. Марковића Грађанско Право, I књ. стр. 338, шеснаести ред озго стоји § 288, а треба § 286; на страни 447, десети ред оздо стоји § 389 а треба § 383. — Код г. Драгослава Јовановића, Доношење Закона (Кон, 1923) на страни 45, двадесет пети ред оздо, стоји 1922, а треба 1902; на страни 18, двадесети ред оздо, стоји 16, а треба 13. — Изналажење сличних грешака за које нема сумње да су штампарске могло би се вршити скоро у свакој књизи.

[9]) А и код имена месеца. В. нпр. Св. 39 Збирке закона. г. Гојка Никетића (Уредба о сузбијању скупоће од 27 јуна 1921 год.) (Београд. Кон, 1921), стр. 16, последњи ред где стоји „20 јуна 1921" место „20 јула 1921",

[10]) L. I. Dig. 50, 17, Paulus libro sexto decimo ad Plautium.

из студија старијих права; она је данас недовољна и за коментаристање постојећег права. Њу је потребно допунити историском методом. И заиста, на страни, пошто је старо право прогласила за свој искључиви домен, историска метода почиње да се све више и више примењује у студијама постојећег права. По њој „тумач, место да испитује текстове у циљу конструисања једног система и да их објашњава својим личним схватањима, стара се да их реинтегрира у њихову средину и да их протумачи, не самим текстовима већ спољним условима који су их произвели... Елементи ове методе... обухватају критичку методу која... одређује смисао текстова, хронолошку методу која класира текстове по реду времена, социолошку методу која их објашњава друштвеном средином"[10bis]) Зато је за ваљано схватање једног законског прописа потребно знати време кад је и околности у којима је он формулисан. А то се код означавања закона редним бројем не види.

Исти овај аргумент вреди и против осталих напред наведених начина означавања закона, римског,[11]) старо-француског и оног који је доста употребљен у српској пракси. Ни из једног од њих се не види кад је закон створен. Због тога треба одбацити и начин који је употребљен у Мађарској, који, и ако даје годину закона, не даје његов потпун датум. У осталом, кад се стечајни закон означава са *законски чланак XVII: 1881*, може се са исто труда и простора написати *закон од 27 марта 1881.*

Остаје, дакле као најбоље, означавати законе датумом њиховог постанка.

III

Али са овим закључком није још дат дефинитиван одговор на наше питање. Постоји неслагање о томе којим датумом треба означавати законе. У историји постајања једног закона постоје, заиста, четири важна датума: датум решења закона у Скупштини, датум санкције и промулгације, датум публикације и датум „добијања обавезне снаге".

[10bis]) Collinet, Études historiques sur le droit de Justinien, T. I, Le caractère oriental de l'oeuvre legislative de Justinien et les destinées des institutions classiques en occident (Paris, 1912), p. XII.

[11]) Да су Римљани стављали датум уз своје законе, не би се данас дискутовало да ли је lex Aquilia донешен у другој половини петог римског столећа или у почетку седмог, и не би биле написане хиљаде страна ради расправљања питања кад је донешен који њихов закон. Оштроумност многих првокласних правника нашег доба не би била утрошена на те споредне ствари — свакако врло интересантне и врло потребне, али ипак споредне.

У Француској велики део доктрине узима за датум закона датум дефинитивног изгласавања закона у Парламенту,[12]) ослањајући се на то што Парламент врши сам законодавну власт, и на један *Avis du Conseil d'Ėtat* од *5pluviôse an VIII.* — Тај се датум код нас не може усвојити, услед тога што је код нас потребно да и Краљ пристане на текст који је Скупштина изгласала, да би тај текст постао закон. Пре краљеве санкције текст који је Скупштина решила није закон: он постаје закон тек кад добије краљеву потврду. У Француској ствар стоји другојаче: Председник Републике не потврђује законе, и текст кога је Парламент решио сматра се за закон одмах по дефинитивном изгласавању.

Не може се усвојити ни датум од кога закон добија обавезну снагу. По правилу, закон добија обавезну снагу петнестог по обнародовању у „Службеним Новинама", рачунајући у тај рок и дан обнародовања (чл. 80 Видовданског Устава). Али се самим законом може одредити други неки дан од кад он постаје обавезан, као нпр. дан обнародовања, или месец и више дана после обнародовања. Према томе, изузимајући законе који добијају обавезну снагу са публикацијом, за сваки други закон било би потребно рачунањем истраживати његов датум сваки пут кад се има да наведе, што је несумњиво незгодно. После тога, који би датум у овом систему имао један закон са повратним дејством? Тај је датум немогуће одредити, ако сам такав закон не каже докле се враћа у прошлост, пошто се не зна кад су се све збили правни послови и чињенице, чије услове легалности нови закон хоће да цени, или кад су се произвела дејства њеног права, која нови закон хоће да промени или уништи. Па и кад ретроактиван закон одреди датум до ког се враћа у прошлост, као што је то био случај са француским револуционарним законом о наслеђу од 6 јануара 1794 (17 nivôse an II), који је дејствовао повратно од 14 јула 1789, има нечег неприродног у обележавању закона даном који је био одавна прошао кад је закон донешен. Тиме се у осталом греши против главног услова који треба да задовољи добра ознака закона, а то је да се види одмах кад је, у којим приликама, закон донешен. Ако би горе наведени француски закон од 6 јануара 1794 године означили датумом од ког је имао да важи, 14 јули

[12]) Baudry-Lacantinerie и Houques-Fourcade, Traité théorique et pratique de droit civil, Tome I (Paris, 1907), № 92, p. 81—82. Beudant, Cours de droit civil. Introduction (Paris, 1896) № 101—103, p. 103—108. Planiol, op. cit., № 178, p. 71. Ducrocq, Etudes de droit public, p. 7 s. и Revue généraie du droit, 1877, I, p. 9 s. наведен код Baudry-Lacantinerie и Houques-Fourcade, op. cit. p. 82, note 1.

1789, очигледно је, да читалац из те ознаке не би могао видети да је закон донео чувени Конвент у чисто политичком циљу, у циљу да приволи млађе генерације новом стању које је створила Револуција. Читалац би се чак збунио, пошто би имао пред собом закон који носи датум старог режима, а садржи прописе противне духу тог режима, пошто тежи цепању имања и напретку демократије.

Остају датум санкције и датум публикације. Између њих треба извршити избор.

Са потврдом, санкцијом, текст који је Скупштина гласала *постаје* закон, *„закон ступа у живот"*, како се то обично вели у последњем члану свију закона.[13]) Дотле нема закона. Закон,

---

[13]) В. нпр. Закон о становима 15 маја 1925 године, чл. 85: „Закон овај ступа у живот кад га Краљ потпише, а обавезну снагу добија од дана обнародовања у „Службеним Новинама. „В. и Видовдански Устав„ чл. 142; Закон о устројству војске и морнарице од 9 августа 1923; Закон о бирачким списковма од 30 маја 1922; Закон о заштити јавне безбедности од 2 авг. 1921; Закон о становима од 30 децембра 1921. По овој формули, разликује се дан постанка закона („ступа у живот") од дана када он постаје обавезан за грађане („обавезну снагу добија").

Међутим прва половина ове формуле сасвим је излишна, пошто је по самом Уставу потребно да Краљ потврди текст који је Скупштина решила, па да он постане закон „ступи у живот". Затим, она је и некоректна, пошто оно што је Скупштина решила није још Закон. В. оправдану критику код Андре Ђорђевића, Систем I, 1, стр. 60 ј 61).

Но ово није једина и најтежа замерка која се може учинити законодавцу поводом ове формуле. Има много тежих, које показују непојмљив нехат у законодавном раду.

Тако, прво, речи „ступа у живот" не означавају увек за нашег законодавца тренутак кад је закон постао, кад је рођен, сагласношћу Скупштине и Краља. Наш законодавац означава по неки пут помоћу њих тренутак од кога закон постаје обавезан, од кога дакле „обавезну снагу добија". Н. пр. Закон о устројству војних судова од 27 јануара 1901, § 56: „Закон овај ступа у живот после шездесет дана од кад га Краљ потпише..." В. и Војни Казнени Законик од 31 јануара 1901, § 333; Закон о радњама од 29 јуна 1910, чл. 164: „Овај закон ступа у живот 1 јула 1911".

Понеки пут, опет, речима „ступа у живот" одређује се у прошлости тренутак од кад има да важи закон! В. нпр. Закон о додацима на скупоћу од 28 фебруара 1922, чл. 52: „Овај Закон ступа у живот од 1 јануара 1922 године". В. и Закон о додацима на скупоћу... службеника... саобраћајних установа од 30 марта 1922, који такође „ступа у живот од 1 јануара 1922 године" (чл. 21)

С друге стране, да би рекло да је закон постао, место речи „ступа у живот" употребљују се речи „ступа на снагу". Нпр. Закон о штампи од 6. августа 1925, чл. 96: „Овај закон ступа на снагу кад га Краљ потпише, а обавезну снагу добија од дана објаве у „Службеним новинама"". Тако се разликује ступање на снагу од добијања обавезне снаге. Првим се изразом означује, да је закон постао другим да је постао обавезан за грађане. Треба признати да су ови изрази тако блиски по свом значењу, да је тешко са њима обележити различите тренутке.

дакле, постоји тек од тренутка потврде. Зато изгледа најприродније означити га датумом потврде.[14])

Али то није све. Овај исти израз „ступа на снагу" који треба да значи да је закон постао, означује понеки пут тренутак од кога је закон постао обавезан за грађане, од кога дакле, по малочашњој терминологији „обавезну снагу добија", Нпр. Закон о заштити радника од 28 фебруара 1922. § 126: „Овај закон ступа на снагу од дана његовог обнародовања..." Види Закон о држању и ношењу оружја од 18 фебруара 1922; Закон о оснивању аграрних заједница од 20 маја 1922; Закон о установљењу обласних санитетских управа од 25 новембра 1921.

Понекада се иде још даље. Изразом „ступа на снагу" у неким је законима обележен истовремено и датум постанка закона, и датум од кога постаје обавезан за грађане. Нпр. Закон о издавању под закуп оних поседа који не достижу максимум од 4 јуна 1922, чл. 5: „Закон овај ступа на снагу кад га Краљ потпише и кад буде обнародован..." !! В. и привремени Закон о државној трошарини, таксама и пристојбама од 27 јуна 1921, чл. 27; Закон о насељењу јужних крајева од 20 маја 1922.

Шта рећи за случај који нам пружа Закон о сувоземним јавним путовима од 14 јуна 1910, чл. 30: „Овај Закон важи кад га Краљ потпише и кад се обнародује у „Српским Новинама", и мора се увести у живот 1 јануара 1912 године"?!

У хаосу се није могло отићи даље. А без свега тога могло је се. За то је било потребно само избацити излишну и некоректну формулу којом се одређује тренутак постанка закона и рећи просто од кад закон постаје обавезан.

[14]) Ми не узимамо у обзир датум промулгације. Промулгација се састоји у писменом констатовању, да су се законодавни чиниоци сложили да извесан текст буде закон. Са промулгацијом закон постаје извршан. И ако се теоријски разликује од санкције, промулгација се практично чини истим актом којим се даје потврда, па дакле и истог дана, под истим датумом. Но и кад би се промулгација вршила одвојено од потврде, и неког другог дана, датум промулгације не би могао бити узет у обзир за означавање закона, и ако неки аутори називају промулгацију актом о рођењу закона (Baudru-Lacantinerie и Houques-Fourcade, op. cit., № 89, p. 80), или исправом „која има да служи закону као крштено писмо" (Сл. Јовановић, Основи правне теорије о држави [Београд, 1914], стр. 151). Јер, прво, и пре промулгације закон би постојао; с друге стране и после промулгације он не би имао обавезну силу. У осталом, акт о рођењу с којим француски аутори пореде промулгацију, може се саставити чак трећег дана по рођењу детета (art. 55 C. Civ.), а крштење се може код нас извршити и констатовати још и доцније, па ипак нико не сумња да је у историји неког лица важнији датум рођења, од датума кад је састављен акт о његовом рођењу или кад је оно крштено.

У Француској, где Председник Републике не потврђује законе, већ само врши њихову промулгацију, Министарство Правде увело је обичај да се законима даје датум потписивања акта промулгације. Оно објашњава ту праксу тиме, што се потписом акта промулгације Председник Републике одриче права које му даје Устав (art. 7, al. 2, loi du 16 juillet 1875) да у одређеном року тражи мотивисаним месажом од Парламента, да поново узме у претрес изгласани закон. Дакле, тек потписом акта промулгације законски текст постаје извесан. (У овом смислу и Demante, Revue critique 1871—1872, I, p. 132 и 1894, XXIII, p. 589, наведен код Baudry-Lacantinerie и Houques-Fourcade, op. cit., p. 82, note 1). Али је ова

Али закон кога је Парламент решио а Краљ потврдио, није још савршен, перфектан. Потврђен, закон постоји, „ступа у живот" (existe); промулгован, он је извршан (exécutoir), т. ј. може се приступити његовом извршењу. Да би могао постати обавезан за грађане треба да је објављен. Тек после публикације закон мора бити извршен, примењен. То је природно. Заповест мора бити саопштена да би могла бити извршена. *Moneat lex priusquam feriat.* Према томе изгледа да би закон требало означавати датумом публикације, пошто он дотле није обавезан за грађане.

Само, за разлику од потврде која може бити одбијена, публикација закона мора бити извршена. Наредба о публикацији налази се у самом акту промулгације.[15]) Може се рећи да после санкције публикација следи аутоматски, и зато је, и ако потребна да би један закон постао обавезан, мање важна од санкције. Према томе, и датум публикације означава у историји једног закона мање важан тренутак од датума санкције. — Затим, ако је публикација потребна да би закон могао постати обавезан, закон не постаје обавезан од дана публикације. Чл. 80 Устава предвиђен петнаест дана за vacatio legis који рок може бити продужен, као и скраћен. Закон чак може наредити да ступа на снагу са публикацијом.[16]) Али тек *по правилу* закон не постаје обавезан од дана публикације. Ако је публикација одлучна по обавезну силу закона она се не поклапа са тренутком од кога закон задобија ту обавезну силу.

Зато нама изгледа да закључак ових разматрања треба да буде да је једино коректно означавати законе датумом Краљеве санкције.[17])

Датум публикације имаће својих присталица све док се, што је желети, не донесе један пропис којим ће се по примеру напред наведеног француског *Avis du Conseil d'Ētat* датум

званична пракса јако нападнута од већине аутора (B. supra, nota 12). У сваком случају, она не би могла, услед различитости државног уређења, служити као аргумент у дискусији о датуму закона код нас.

[15]) Нпр. Закон о инспекцији рада од 30 децембра 1921, чл. 27, ал. 2: „Препоручујемо нашем Министру Социјалне Политике да овај закон обнародује"...

[16]) ... што је „неоправдано а за права и слободу грађана још и веома опасно" А. Ђорђевић, Систем, 1, стр. 61. О овоме опширно Драгослав Јовановић, Доношење Закона (Београд, Кон, 1923), стр. 133—151. Услед ове рђаве законодавне праксе да се закону даје обавезна сила од дана публикације, дешава се често да судови суде по старом закону у међувремену од штампања закона до стизања „Службених Новина" у суд.

[17]) Паралелно мишљење заступају у Француској аутори наведени supra, nota 12. — Уосталом, сви дају уредбама датум њиховог потписа,

санкције узети за датум и ознаку закона. А дотле да би се избегао неспоразум који влада у Француској где се нпр. закон о разводу брака од 1884 године означава час као закон од 19 јула 1884 (датум изгласавања) час као закон од 29 јула 1884 (датум штампања у Службеним Новинама) час као закон од 27 јула (датум акта промулгације) час опет као закон од 27—29 јула 1884[18]) потребно је уз датум закона ставити и назив који му је законодавац дао. То додавање и назив закона биће корисно увек па и онда кад сви буду давали законима један исти датум, датум санкције читалац ће бити боље обавештен а у случају кад је једног истог дана санкционисано више закона то ће бити једини начин њиховог разликовања.[19])

(Архив за правне и друштвене науке, 1925, књ. XI)

[18]) Овај обичај дуплих датума закона није нов у Француској. Под уставом од 1791 био је обичај да се законима дају два датума: датум гласања у Скупштини и датум краљеве санкције. Под уставом од 1848 законима су давана по четири датума! О овоме детаљније Beudant, op. cit., № 103, p. 105. sq.

[19]) То је случај са Законом о устројству областних санитетских управа, Законом о окружним и среским санитетским управама, Законом о служби епидемијских лекара, који су сви санкционисани 25 новембра 1921 године.

A SUMMARY

DESIGNATION OF LAW

Having determined the huge practical significance of the method of designation of law, the author goes on to examine the advantages and faults of the methods used in history and comparative law.

In the article, the following methods of designation of law are identified:

a) the Roman, where the law had been given the family name of the magistrate — its creator;

b) the old French method, by the name of the city in which the law had been passed;

c) the Greek, by the ordinal number;

d) most often, by the date of passing of the law, in France;

e) the Hungarian, where laws are designated by a combination of ordinal number, date of passing, and the title; this last mathod, according to the author, is characteristic of recent practice in Serbia.

Choosing the method of designation by the date of passing of the law as the most appropriate the author also points to the potential misunderstandings arising form the reference to various dates as the competent ones, namely, the date of passing in the Assembly, the date of approval by the Head of State, the date of public announcement (publishing) of the law. It is for these reasons that the author is in favour of the passing of a special law, which would determine the moment in which the law in question should be designated, while during the period until then, he suggests that method used should be the designation by the date and the title (name) given to it by the legislator.

RÉSUMÉ

LA DESIGNATION DES LOIS

En établissant la grande importance pratique du mode de la désignation des lois l'auteur examine les avantages et les défauts usités dans l'histoire et dans le droit comparé.

Dans l' article sont identifiés les modes suivants de la désignation des lois: le mode romain dont les lois portaient le nom de famille du magistrat qui est leur auteur, le mode ancien en France d'après le nom de la ville dans laquelle les lois ont été adoptées, le mode grec, d'après le nombre ordinal de l'adoption, d'après la date de l'adoption, appliqué le plus souvent, surtout dans le droit francais, le mode hongrois, d'après lequel les lois sont désignées par la combinaison du nombre ordinal et de la date, et par les titres que le législateur a attribué à la loi. Le dernier mode, comme l'auteur a indiqué, est caractéristique pour la pratique qui avait eu lieu auparavant en Serbie.

En optant pour la désignation par la date de l'adoption, l'auteur attire l'attention sur les malentendus potentiels qui prennent naissance par le choix des dates différentes comme étant compétentes (le vote dans l'assemblée, l'attestation du chef d'Etat, la publication. C'est pourqoi l'auteur se prononce en faveur de l'adoption d'une prescription spéciale, par laquelle serait déterminé le moment d'après lequel il faut désigner les lois, et jusqu'à ce délai il propose que la désignation soit effectuée d'après la date avec le nom que le législateur a attribué à la loi.

UDK — 347,78

КЊИЖЕВНИ И УМЕТНИЧКИ РАД И ПРАВО
(Ауторско право)

Потреба признања нарочито ауторског права до недавна је била много и жучно дискутована. Многи су живо протестовали против сваке намере у том правцу. Ако оставимо на страну оне по чијем мишљењу опште право садржи потребна средства за заштиту књижевничке и уметничке активности, те да није нужно стварати нова и специјална правила за ауторе, сви остали противници ауторског права негирају уопште право аутора да из свог рада извлаче све материјалне користи. Одузети право свакоме од нас, веле они, да штампа књигу извесног писца, и признати то право само писцу књиге, то значи ограничити нашу слободу активности. После тога, самозадовољство, које књижевницима и уметницима причињава стварање лепог, као и слава која прати то стварање, довољна је награда за њих; материјална награда само би деградирала њихов рад и њих саме.

На ово се одговорило да свако право признато другима значи за нас неко мање или веће ограничење, и да се слобода не протеже до вређања туђих права. — Слава је лепа и привлачна ствар; жудња за ловоровим венцем ће увек бити незасићена код скоро свију књижевника и уметника. „Али... да би се слава уживала само годину дана, природа нас је осудила да ручамо тристашесетипет пута", и кад се судија и официр не стиде да приме награду за њихов рад, зашто љубимац Музâ, који се стално обрачунава са својим пекаром, не би тражио рачун од оних који се користе његовим радом? (Beaumarchais). Сваки рад, и најнижи, данас тражи признање и добија награду; зашто онда да рад више врсте, као што је то уметничко стварање, не буде такође награђен? Boileau, у чијем је добу рад био далеко од тога да буде мерило друштвених вредности, и који је саветовао песницима да раде „за славу а не за прљаву добит", сматрао је и сам да није срамота извлачити корист из свога рада. Међутим, његово доба је доба мецената, и сам он

налази се на листи оних којима Луј XIV даје пензију. У нашем демократском добу нема више мецена. То је за уметност, можда, губитак, али је за достојанство књижевника и уметника несумњива добит. Њихову раду се признаје социјална вредност и он се награђује услед тога. Књижевници и уметници нису више пратиоци богатства и средстава за разоноду и бриљирање моћних; они су ствараоци по квалитету највиших вредности. То стварање мора да се награди. Оно што су раније добијали од дарежљивости мецена, данас књижевници и уметници траже од права.

Данас ова дискусија у главном припада историји. Еволуција овог спора, почетог још пре неколико векова, а који је са Француском Револуцијом ушао одлучно у фазу решавања у корист аутора, данас је, може се рећи, завршена победом присталица ауторског права. Више се не сумња у потребу признавања нарочитог права у корист аутора. — Али се ликвидовањем ове дискусије није све завршило. Њено место заузео је читав један сплет спорних питања из домена ауторског права, за која се, са разних страна, предлажу најразличитија решења, тако да назив „ауторско право" не означава само право књижевника и уметника на материјалне користи које им могу дати њихова дела; тај назив има данас и један шири смисао, и у том смислу означава једну грану, један одељак приватног права. Тај одељак права обухвата сва питања која су у ма каквој вези са уметничким стварањем, а међу којима су нека врло сложена. Ту долазе, између осталих, питања права аутора (т. ј. писца, композитора, сликара, вајара, архитекте, картографа, гравера, фотографа итд.) на производ свога рада, или питање ауторског права у ужем смислу; питање права ауторових наследника и заједнице на тим производима после ауторове смрти; питање односа између лица која су сарађивала на једном књижевном или уметничком делу; питање права књижевникових или уметникових поверилаца на том делу; питање права преживелог супруга на делу његова умрлог брачног друга; питање односа аутора и онога коме је он уступио искоришћавање дела; питање односа аутора и прибавиоца уметничког дела; питање ауторског права са међународне тачке гледишта.

Једна ствар доминира свима овим питањима и служи им као извор, те је потребно да се она још одмах у почетку истакне. Сва ова питања потичу из једне једине и увек исте чињенице, из књижевног или уметничког стварања. Без тог стварања, без духовне активности аутора крунисане резултатом, не би се постављало ни једно од њих. Очигледно је да се нпр. питање да ли повериоци неког вајара могу продати статуу

коју је овај исклесао, и тако наплати своја потраживања, не би ни постављало да вајар није сам створио статуу, већ да је исту купио, или другојаче добио. Исто важи и за сва остала питања, те је природно, а и потребно, да се при решавању сваког од њих узме за полазну тачку књижевно или уметничко стварање, из кога она сва проистичу.

Немогуће је у једном раду ове врсте прећи макар летимично сва ова питања. За свако од њих постоји на свима главним језицима огромна књижевност, толико је њихово решење интересантно и неизвесно. Ја ћу се стога задржати углавном на испитивању: која и каква права произилазе за аутора из његове стваралачке делатности, и на питању: шта треба да буде са тим правима по смрти аутора. Од осталих, нека ће, као нпр. питање права ауторових поверилаца, питање односа аутора и издавача, бити само узгред и површно додирнута; нека напротив, као нпр. питање ауторског права у међународним односима, упркос њихова огромног практичног значаја и теоријске интересантности, остаће и непоменута; њихова обимност и сложеност захтевају да се она третирају посебно. У осталом, ма колико била велика практична важност и теоријска интересантност свију тих питања, која ће бити само овлаш додирнута, или остављена сасвим нетакнута, за наше прилике су најважнија питања права аутора на њиховим делима, права њихових наследника и права заједнице. Уставом је постављено начело да су производи умног рада сопственост аутора и да уживају државну заштиту (чл. 24). Законом о штампи од 6. августа 1925. писцима је признато право да сами своје списе умножавају и даље распростиру; то „право својине траје двадесет пет година после смрти творчеве у корист његових наследника" (чл. 17); то је била једна полумера у очекивању изједначења законодавства о ауторском праву, и да би се у крајевима у којима не постоји специјални закони о ауторском праву, пружила привремена заштита ауторима. Ми се сад налазимо пред тим изједначењем. Нов закон имаће да пружи потпуну заштиту производима умног рада. Предлог „Закона о заштити ауторских права" већ је готов. Како се из самог наслова предлога види, закон ће имати тутеларан карактер. Он ће се донети ради заштите аутора и њихових права. Потребно је, стога, да се и наш конгрес изјасни, на првом месту о томе шта треба да обухвати заштита производа умног рада, у чему треба да се састоји та заштита и докле она треба да иде. То је средиште материје ауторског права. Решења свију осталих питања су мање више у функцији решења овог главног питања.

I Предмет ауторског права

Потребно је, пре свега, одредити шта је предмет ауторског права, шта се њим штити. Само тако ће се избећи извесне конфузије, којих је и иначе много у овој заплетеној материји. Ми ћемо видети да су извесне примедбе ауторском праву и његову признању потекле отуда што његови противници нису имали јасну претставку о његовом предмету, о томе шта се њиме штити.

У сваком литерарном и уметничком стварању можемо се разликовати више фаза. Књижевник, нпр., добија прво идеју, замисли своје дело; онда приступи његову саставу; после мање или више напора, дефинитивно га редигује и напослетку публикује. Он је тим својим радом постао аутор и стекао ауторско право. Исто, mutatis mutandis, важи и за уметника.

Све док је дело у замисли, о ауторском праву не може бити ни речи. Да би ауторско право могло постати, потребно је да је идеја добила материјалну форму, да је на ма који начин преведена у стварност. Тек се онда може говорити о делу у правном смислу.

Код сваког уметничког и књижевничог дела дају се разликовати три ствари: прво, идеја, друго, *материјални предмет* који садржи изражај те идеје, и напослетку, сам *израз идеје*, другим речима начин на који је она интерпретирана, облик који јој је дат. Све то скупа сачињава дело, али све то није предмет ауторског права. Један летимичан поглед бачен на сваки од ова три елемента дела довољан је да нас увери да све то и не може бити предмет ауторског права.

1) *Идеја* којом се аутор инспирише није предмет ауторског права, нити то може бити. Идеје припадају свима. Кад би могло бити другојаче, сваки духовни напредак могао би бити онемогућен. Тада се не би смело писати о идејама које је већ неко заступао. Уосталом, присвајање идеја је противно самој природи ствари. Свака мисао има тенденцију да постане општа, свака идеја добија у бројном повећању својих присталица. То ширење идеје било би немогуће, кад би њеним присталицама било забрањено да је у својим делима пропагирају. Стога ауторско право и не штити ауторове идеје, ма како иначе оне биле оригиналне. Свакоме је слободно да покуша насликати „Један час анатомије", или да опева истребљење потурица у Црној Гори у драмској форми: то што је E. Picard први дошао на мисао да у ауторском праву види једно „интелектуално право" и да због њега створи једну нову класификацију права, не спречава никога да ту мисао заступа.

Са овим питањем немогућности да идеја буде предмет ауторског права не треба мешати друго једно питање, питање ко је први дошао на неку идеју, питање патернитета идеје. Аутори, нарочито писци, на овом су питању исто толико осетљиви, ако не и више, колико на питању самог ауторског права. Слава за откриће новог многима је дража од материјалне користи коју из тог открића могу извући, а нико, ма како се иначе јако интересовао материјалном страном свога духовног рада, није према њој потпуно равнодушан. Поред свега тога, питање очинства идеје не спада у домен права, бар не у домен ауторског права. Ма колико био легитиман интерес онога ко је први дошао на једну мисао у домену књижевности и уметности, да му се призна заслуга и првенство, тај интерес није правно заштићен. Али, треба приметити да, чак и кад би се тај интерес правно заштитио, то не би значило да идеја постаје предметом ауторског права. Свак би и даље могао слободно да се њом инспирише, али нико други не би могао приписивати себи заслугу за њено откриће, осим аутора.

Дакле, ма колико била нова и оргинална нека идеја у књижевности или уметности, она не може бити предмет права. Њом се може свак слободно инспирисати. — Њу чак може свако себи приписивати, без икакве опасности да се изложи одговорности према ономе, коме у истини припада заслуга за откриће те идеје. Остављено је јавном мњењу, општој свести, да осуди присвајање резултата туђег рада у домену књижевних и уметничких идеја и дâ suum cuique.

2) Ни *материјалан предмет* у коме је изражена идеја, нпр. књига, није предмет ауторског права. Књига је обична покретна ствар и третира се у сваком погледу као таква. Онај ко је купи стиче на њој својину, која се ни по чему не разликује од права својине на ма којој другој покретној ствари. Исто је тако и са сликом и статуом, и уопште са сваким предметом уметнички обрађеним који по својој природи представља покретну ствар. И оне нису предмет ауторског права. Али, треба одмах приметити да оне нису увек обичне покретне ствари и не подлежу у свему режиму покретних ствари. Има разлике између књиге и статуе: једно је репродукција а друго оргинал. Стога се не могу ни подвргнути истим правилима. Констатујмо то засада, а доцније ћемо видети каква се следства могу извући отуда. Утврдимо провизорно да предмет у коме је материјализовано уметничко дело није предмет ауторског права; то је обична ствар, која као таква подлежи у свему прописима који важе за ствари. Разуме се, ако је ствар непокретна, нпр. фасада коју је израдио архитекта, за њу ће важити правила о непокретним стварима. За репродукције, помоћу којих.

уосталом, уметници и књижевници извлаче највише користи из свог ауторског права, ово је у свему тачно, и може се сматрати као дефинитивно. Што се тиче оригинала, нпр. оргинала статуе или слике, рукописа књиге или композиције, ово ће правило бити доцније кориговано.

3) Сама *идеја* која је инспирисала књижевника или уметника није предмет ауторског права, а ни *материјална ствар* која садржи разраду те идеје није такође предмет ауторског права. Остаје још само *израз* идеје, и тај израз, начин на који је уметник или књижевник извео своју замисао, облик који јој је дао, јесте предмет његова ауторска права. Није потребна оригинална идеја да би се стекло ауторско право; али је потребно да аутор представи идеју на свој начин, да јој да форму коју јој дотле нико није дао, т. ј. да је представи речима, линијама, бојама, тоновима оним редом који дотле нико није употребио. Та форма, израз, који је аутор дао некој мисли, предмет је његова права. То ће рећи да само аутор може извлачити материјалне користи из дела које је створио, и да само он може мењати форму свом делу. Само он може пристати да се штампа књига, да се репродукује слика или статуа, да се представља позоришни комад који је он створио. Сва остала лица која то учине вређају његово ауторско право и излажу се одговорности.

За уживање заштите без икаква је значаја вредност самог дела за које се заштита тражи. Чим постоји књижевно или уметничко делање, ако је оригинално, настаје ауторско право. Уосталом, кад би се признало право на заштиту само делима од извесне вредности, онда би се судија ставио у тежак и несигуран положај критичара. А познато је колико је велики број дела којима је стручна критика одбила у своје време сваку естетичку вредност, а која су доцније постала бесмртна. Заштиту ауторског права треба да уживају сва дела, свако књижевно и уметничко стварање, без обзира на његову вредност.

Ауторско право има за основ књижевно или уметничко стварање, а не вредност створеног дела.

II Садржај ауторског права

У чему се састоји то право које се аутору признаје на производу његова рада? За одређивање садржаја ауторског права потребно је имати јасну представу о суштини уметничког и књижевног стварања, на коме се ово право и оснива. У чему се, дакле, састоји то стварање?

Посматрано независно од циља коме се њиме тежи, књижевно и уметничко стварање представља, пре свега, известан напор духовних сила човечијих. Али се тај напор, тај рад знат-

но разликује од обичног рада; разлика између њих је у томе, што у резултату књижевног и уметничког рада личност радникова долази до пунијег изражаја, те производ тог рада носи печат личности аутора, док је у обичном раду личност радникова мање више у засенку. — Иста се разлика констатује кад се књижевно и уметничко деловање пореди са обичним радом, не са тачке гледишта њихова резултата, већ се тачке гледиште личности радника: ауторско стварање је изражавање једне личности уз известан већи или мањи напор. То није обичан рад. То је рад особене врсте у чијем се резултату неизмерно више истиче личност радникова од утрошеног напора да се он постигне. Осећаји које он буди у нама су квалитативне а не квантитативне природе. Мост преко велике реке изазива у нама дивљење својом величином и огромним напорима, који је за његову изградњу потрошен, дакле једно квантитативно осећање. Посматрање неког уметничког дела неће код многих, упркос огромних димензија дела, пробудити мисао на огроман напор уметника, који је стало његово извођење; али ће свако имати дивљење за дар и способност уметника, за личност му, која се тим делом испољила. Познато је, међутим, да је многим уметницима реализација кудикамо напорнија него обичним радницима, ма како, иначе, био тежак посао ових последњих.

Ова особеност књижевног и уметничког стварања од пресудног је значаја за тачно постављање и решавање разних питања из области ауторског права. Израз ауторове личности у правом смислу те речи (неко је рекао да је уметност природа посматрана кроз један темпераменат), производ ауторске делатности мора стога увек бити издвајан од осталих производа људске активности, као што се лица одвајају од ствари. Правила која у праву важе у опште за људску активност и њене производе, не могу се применити у свему на производе књижевног и уметничког стварања, као год што се и прописи постављени за ствари не примењују на лица. Пошто књижевни и уметнички рад не ствара само материјална добра, већ засеца и у домен личности, то ни ауторско право, коме тај рад служи за основ, не може имати искључиво материјалан карактер и састојати се само у заштити материјалне вредности створене уметничким радом; то право треба да штити још и уметникову личност.

Тако, анализирајући књижевну и уметничку делатност, ми долазимо до закључка да ауторско право у ужем смислу речи треба да садржи две врсте овлашћења: 1) оно треба да осигура аутору уживање вредности које је створио својим радом и 2) оно треба да заштити личност ауторову испољену у његовом делу.

1) Пре свега, као и сваки други рад, књижевни и уметнички рад треба да дозволи аутору да из њега извуче материјалне користи, ако их буде било. Аутор, као и сваки други, треба да ужива плодове свога рада. У том погледу положај аутора је онај у коме се налази сваки други произвођач. Тако, књижевник може штампати своје дело, вајар и сликар продати статуу и слику и правити репродукције истих, драмски писац може штампати своје дело и дозволити његово представљање итд. Једном речју, материјалне користи које може дати једно књижевно или уметничко дело припадају једино и искључиво аутору. Само аутор може материјално искоришћавати дело које је створио и закључивати правне радње које имају за предмет искоришћавање тог дела. Ако неко други то учини, он тиме вређа ауторово право и излаже се одговорности.

Овоме искључивом праву аутора да се користи производом свог рада данас се скоро нико не противи, бар док је реч о искоришћавању дела за живота ауторова. Ја ћу се доцније вратити на питање искоришћавања дела по ауторовој смрти; то је једно од најтежих и најкомпликованијих питања из области ауторског права. За сада, пошто се ради само о одређивању садржине ауторског права, а и да се избегну непотребне компликације, претпоставићу да се питање поставља за живота ауторова.

Дакле, аутор има искључиво право искоришћавања свог рада материјализованог у делу које је створио. Он може уживање користи, које дело може дати, и другоме уступити, што обично и бива. Искоришћавање уметничких и књижевних дела је ствар скопчана са трошковима које уметници и књижевници нису у стању да ангажују. Стога они овај део свога права и уступају другима, боље опремљеним за ту сврху. То су обично професионални издавачи, директори позоришта и концерата.

Ја се не могу задржавати на врло компликованом и за ауторе тако важном питању њихових односа са издавачима. Његова обимност и његове тешкоће не дозвољавају да се оно површно додирне. Стога ћу се ограничити на неколико напомена спољашне природе.

Многи, већином правници традиционалисти, сматрају да се односи аутора и издавача имају расправити по прописима општег права. Између аутора и издавача постоје односи, који су засновани једним обичним уговором. Само, код питања који је то уговор, чија би правила имала овде да се примене, мишљења су врло подељена. За једне, то је куповина; за друге, закуп; за треће најам, наруџбина; неки ту виде ортаклук; неки сматрају да се ради о уступању права, цесији итд.

Засебну групу сачињавају они правници који сматрају да уговор којим аутор предаје своје дело издавачу да га изда, уз

извесну награду, или без награде, не улази у оквире ниједног од традиционалних уговора. Односи између аутора и издавача су креација нашег доба. Њих треба регулисати сходно потребама данашњице, без икаква обзира на постојеће традиционалне категорије, руководећи се оним правилом здравог разума да nom ex regulis ius summatur, sed ex iure qoud est regula fiat (Paulus lib. XVI ad Plautium, 1 Dig. 50,17). Односи модерног живота у многоме се разликује од односа доба када су створени правни системи под којима још живимо. Ти системи су преуски и не могу да обухвате све манифестације живота нашег времена. Стога треба новачити. Нека старе категорије остану и даље, у колико још могу да служе, али је неопходно додавати ново, за односе постале тек у нашем добу. Уместо да на силу утеривамо односе аутора и издавача у оквире који нису за њих прављени, пошто ти односи нису ни постојали у доба доношења закона, треба их засебно регулисати.

Многи законодавци пошли су тим путем и поставили су нарочита правила за односе аутора и издавача. У нашој земљи, ти су односи регулисани законским путем на територији на којој важи Аустријски Грађански Законик (§§ 1164—1171. старог, одн. §§ 1172. и 1173. новел. закона). Српски Грађански Законик ограничио се на једно обећање (§ 720), које, у осталом, није одржано. Код нас се намеће потреба да се односи издавача и аутора регулишу нарочитим прописима. То се признаје, само мишљења се разликују о томе како и где да се то изведе. Неки су за то да се ти односи регулишу у Трговачком Законику, ваљда за то што је издавач обично трговац. Али, ако то бива обично, ипак то није увек случај. Није тако редак случај и да неки нетрговац преузме издање једног дела. О примени Трговачког Законика не може бити ни речи у овом случају; на евентуалан спор морао би се применити општи Грађански Законик, у коме неће бити прописа о односима аутора и издавача, те би се једна иста врста спора решавала различито, према томе да ли је издавач трговац или не.

У неким земљама, то питање је регулисано општим Грађанским Законицима. Тако је нпр. у Аустрији (§§ 1172-1173.) и Швајцарској (Art. 380-393. Bundesgesetz betr. das Obligationenrecht). Мени се чини да би било боље то питање регулисати засебним законом, како је то урађено у Немачкој законом од 19. јуна 1901. Можда би га чак требало регулисати у закону о заштити ауторских права. У општем Грађанском Законику односи аутора и издавача сматрали би се за односе уговорне природе, и према једној старој техници, чије су незгоде одавна примећене, они би били регулисани у одељку о уговорима. У ствари, ти односи имају од уговора само име. О уговору између писаца или

уметника и издавача не може бити ни речи. Неједнакост је за то и сувише очигледна. У огромној већини случајева такозваних уговора о издавању, издавач диктира своје услове. Говорити у том случају о уговору чиста је фикција. — Кад се, макар и површно, прегледају прописи модерних закона о односима аутора и издавача, одмах пада у очи да су ти прописи великим делом инспирисани жељом да се заштите аутори. Није ли онда боље ставити те прописе у један закон, заједно са прописима о ауторском праву, који такође имају за циљ заштиту аутора у њиховој активности, и тако, комплетујући ту заштиту, грушисати све прописе који се односе на ауторску делатност? Ту им је место природније него у општем Грађанском Законику.

Али, вратимо се на наш предмет, на прво овлашћење које садржи ауторско право, а то је овлашћење за аутора да из свог дела извуче све материјалне користи, било искоришћујући дело сâм, било уступајући његову експлоатацију другоме. Тај део ауторског права посматран за себе, има имовински карактер, али се одатле не сме закључити да је и ауторско право у својој цилини једно имовинско право. Анализа ауторског стварања открила нам је да поред рада, напора, којима се старају прометне вредности, и којим се оправдава ауторово право на материјалне користи његова дела, књижевно или уметничко дело садржи изражај једне личности, личности аутора, о чему се такође мора водити рачуна.

2) Пошто књижевник и уметник не стварају само просте, безличне, материјалне вредности, већ испољавају и себе у својим креацијама, ауторско право садржи, на другом месту, овлашћење за ауторе да заштите те манифестације њихове личности. Веза која постоји између ауторове личности и његова дела не може се ни издалека поредити са везом осталих произвођача и њихових производа. У своје дело писац и уметник уносе себе, те се може рећи да су њихова дела продужење њихове личности. Ту манифестацију њихове личности потребно је заштити и то је задатак другог дела ауторског права. У чему се управо састоји ова заштита ауторове личности изражене у његову делу?

Та заштита има углавном за циљ да делу сачува онај облик који му је аутор дао и који он хоће да дело има. Као стваралац, аутор је једини надлежан да решава о форми свога дела. На делу се не смеју вршити никакве измене без ауторове дозволе. Разуме се, и ја то понављам, није реч о модификацијама на примерку дела кога може поседовати свако од нас. Не ради се о променама на књизи, репродукцији статуе, слике итд. које нам припадају. Са тим стварима ми смо слободни да радимо што хоћемо, као и са свима осталим стварима које нам припадају. Реч је овде искључиво о променама форме, модифика-

цији израза које је аутор дао идеји, од стране лица која дело умножавају или га репродукују, ако је дело спис, слика, кип, или га представљају или изводе, ако је дело позоришни комад или музичка композиција. Та лица морају извршити умножавање или представљање дела не мењајући ништа у оригиналу. Не учине ли тако, одговараће аутору за повреду његова ауторског права. Можда, радећи тако, издавач или директор позоришта неће нанети писцу никакву материјалну штету; можда ће чак учињене измене привући публику и на тај начин повећати материјалне користи ауторове. Тако је, прича се, један директор позоришта у некој паланци био преуредио Гетеова *Фауста* тако „да се све лепо сврши", и на тај начин повратио публику, која је била почела да се губи. Свеједно; дело није представљено публици како је то аутор хтео; без обзира на материјалне користи или штете, и потпуно независно од тога, аутор ће се моћи жалити због повреде његова ауторског права, и то оног дела ауторског права који има за циљ заштиту ауторове личности. Због тога је овај део ауторова права и назван нетачним и нејасним изразом *морално право*. Овај је израз нарочито употребљен у француској судској пракси и доктрини. Њега можда не би требало одомаћити код нас, ма да његова употреба не представља велике незгоде, под условом да се претходно дефинише оно што се њим хоће да означи. У Француској, он је употребљен нарочито због тога што се речју „морално" хтео да истакне његов неимовински карактер. Међутим, израз је ипак незгодан, јер може навести на помисао да су остала права неморална. Реч је, дакле, много шира од појма. Можда би ово такозвано „морално право" требало означити изразом „ауторско право", или „неимовинско ауторско право", а за имовински део права писаца и уметника наћи неки други израз, нап. „литерарна и уметничка својина", или „имовинско ауторско право". Али, ма како, иначе, терминологија била важна ствар у праву, то је за нас у овом тренутку од споредног значаја. За нас је главно садржина тог права, права на заштиту ауторове личности манифестоване у делу.

Аутор је заштићен, дакле, против сваке модификације његова дела. Али, ако је то главни састојак овог дела ауторског права, то није све. Аутор може још и то захтевати да сваки примерак његова дела носи његово име. На основу истог права он може захтевати да се уклони његов потпис са дела које му се придаје, а које он није створио. Напослетку, сам аутор може чинити на делу измене које он хоће. Незадовољан изразом који је некада дао идеји, он тај израз може сада заменити другим. Аутор се може, дакле, покајати, те је и овај изглед његова неимовинског ауторског права назван „право кајања".

Ово „право кајања" даје места извесним тешкоћама у случајевима кад је дело уступљено неком трећем лицу, да га то лице експлоатише. Ако је дело уступљено нпр. издавачу, па аутор доцније промени мишљење и, незадовољан својим радом, не пристаје више да га публикује, или жели да га измени, хоће ли он моћи на основу „права кајања" захтевати од издавача да одустане од припремане публикације и врати му рукопис? На први поглед изгледа да би и у овом случају требало дозволити аутору да се „покаје" и одупре публикацији. Јер, и овде се ради о заштити ауторове личности. Он је једини позван да каже да ли дело може бити публиковано или не, пошто од публикације зависи његова репутација, углед његове личности, а не репутација издавача. Међутим, питање није тако просто, јер постоји једна тешкоћа, која долази отуда што је аутор везан за издавача уговором. Дозволити аутору „кајање", значи, веле неки, ставити постојање уговора и његово извршење искључиво у зависност од ауторове воље. Другим речима, то би значило да се у тим уговорима увек подразумева чисто потестативан услов у корист аутора, а уговори са чисто потестативним условима су ab initio ништавни. На њихову ништавност могао би се позивати и издавач, те би, на крају, изашло да издавач ни за тренутак није обавезан. Тако би право кајања, као средство за заштиту ауторове личности, било у овом случају окренуто против самог аутора.

Међутим, не треба бити жртва вербалне логике. Не ради се овде ниокаквом пређутном потестативном услову. Реч је о сукобу једног чисто имовинског права, права издавача, и једног права личности, права аутора да штити своју личност и свој углед. У том сукобу треба без оклевања дати предност праву личности и дозволити аутору да спречи публикацију. Али се зато ни право издавача не може оставити незаштићено. Њему би аутор требао да одговора за сву материјалну штету причињену спречавањем издања или његовим повлачењем. — Неки су предложили следеће решење овог сукоба: аутору се дозвољава да на извесном броју страна објасни у предговору, или поговру, да се више не слаже са оним што је некада писао, а што се сада штампа.

Али ма у којој форми, аутору треба признати право кајања. Без тога би заштита ауторове личности била непотпуна. Само, вршење овог права не сме прећи у злоупотребу. Дужност је судова да, испитујући мотиве вршења овог права, установе да ли у даном случају постоји злоупотреба његова, и, као и сваку другу злоупотребу права, казне је. Овим признавањем права кајања наноси се унеколико повреда традиционалној те-

ориј извршења уговора, то је тачно: али је за правника стварност од неизмерно веће вредности од хармоничности теорије.

Напослетку, из тога што је књижевно и уметничко дело израз личности ауторове, те он на том делу има „морално право", излази да је само аутор властан да процени да ли је дело готово или не. Услед тога би требало решити да, ма колико иначе била трговачка вредност једног дела, које аутор сматра за недовршено, његови повериоци не могу га изложити продаји и тако се наплатити. Страни судови су више пута судили да повериоци не могу узети рукопис њихова дужника и штампати га против његове воље. Исто је суђено на страни и за статуе и слике. Неколико пута су ти исти страни судови пресуђивали да ни лице које је наручило портрет нема право да захтева од уметника предају истог, ако га овај неће да преда, па чак ако га је претходно био изложио у неком салону. Све је то последица те основне мисли, да пошто је дело израз личности аутора, једини је он позван да суди о његовој довршености. Као и „право кајања" и овај изглед неимовинског ауторског права је противан једном принципу општег права, принципу да наплаћивање поверилаца из имовине њихова дужника не може бити спречено простом вољом тог дужника, али је у потпуном складу са потребом да се заштити манифестација ауторове личности у књижевном и уметничком делу.

Овим закључком треба кориговати напред постављено правило, да ауторско право нема за предмет ствар у којој је аутор изразио своју идеју на њему својствен начин, и да се та ствар има сматрати у правном погледу као свака друга ствар. То је правило тачно у колико се односи на репродукције и оригинале за које аутор сматра да су готови. Али је нетачно у погледу дела која аутор сматра за недовршена, као и у погледу скица, бележака, студија и т. сл. Те су ствари предмет ауторског права, и то оног дела тог права који има за циљ заштиту ауторове личности; то нису обичне покретне ствари. Користећи се тим неимовинским ауторским правом, аутор може парализовати право повериоца да његова дела, која он сматра за недовршена, продаду и тако се наплате. Он се, чак, може одупрети захтеву наручиоца да му се преда наручено дело, макар како оно било; довољно је за то да изјави да сматра дело за недовршено, или да са његовом израдом није задовољан.

Непотребно је даље инсистирати на овом праву за аутора да штити манифестацију своје личности у делу које је створио. Нагласимо само још лични карактер овог права и последице које отуда произилазе. Зато што нема имовински карактер већ лични, зато што је то мера за заштиту ауторове личности, то

је право незастариво; њега се аутор не може одрећи, као што се нико не може одрећи права која му припадају као личности, нпр. способности за правне радње, слободе и т. сл. Сви уговори којима се аутор одриче овог права ништавни су и неће сметати аутору да то право ипак употреби. Тако, био би ништаван уговор којим би се аутор одрекао у корист свога повериоца овог права, и изјавио да се неће противити забрани његових недовршених радова.

Ово право је оправдано и основано у толикој мери, да га судови извесних земаља, нпр. у Француској, признају и санкционишу иако о њему у законима нема ни помена. У другим земљама оно је законом организовано. Тако је нпр. у Јапану (закон од 3. марта 1899.), где је забрањено повериоцима да ставе забрану на неиздата дела, и где су забрањене све модификације дела без дозволе ауторове; у Боливији (закон од 25. октобра 1909.); у Данској (закон од 1. априла 1911.); У Холандији (закон од 23. децембра 1912.); у Канади (закон од 4. јуна 1921.); у Мароку (закон од 23. јуна 1916.); тако је било у Грчкој по старом закону (од 11. децембра 1909.); нови грчки закон од 16. јула 1920. године није ми познат. У још неким земљама ово је право изричнo законом посвећено. У другима су спремљени пројекти у том смислу. Тако је у Француској, у којој је 1921. учињен овај предлог закона: „Без икаква обзира на уступање свог права, аутори ће и у будуће имати право контроле својих дела и њихових репродукција. Она ће имати право да одузму раније дату дозволу, ма коме да је она била дата, ако је дело денатурисано, или само модификовано или репродуковано на начин штетан за ауторову репутацију. — Они се могу одупрети сваком уништењу оригинала дела, под условом да исплате куповну цену ономе код кога је дело ако овај докаже да му одржање дела проузрокује материјалну штету. — Они ће моћи, под условом да плате допунске трошкове штампања, додати уз свако ново издање један предговор или увод, који не сме бити дужи од двадесет страна". Један интересантан пројект Г. Vaunois-a био је дискутован 1921. године у француском *Друштву за Законодавне Студије*. Г. Maillard, председник *Међународног књижевног и уметничког удружења* предложио је такође један интересантан текст за закон-тип Удружења. По том предлогу: „Чл. 1. Аутор сваког духовног дела има право захтевати да му се призна да је аутор и да тужи сваког ко би себи присвојио његово ауторство. — Аутор који је другоме уступио своје право репродукције задржава и даље право да судским путем гони повредиоце његова ауторског права, да надгледа репродукцију свог дела и да се одупре свакој модификацији учињеној без његова пристанка. — Аутор који је другоме уступио материјални предмет који са-

чињава његово дело, може се одупрети свакој јавној изложби дела ако је оно модификовано без његова пристанка. — Чл. 3. Никаква модификација не сме бити учињена на делу, чак ни од стране наследника или правоследбеника ауторових, а да се та модификација јасно не обележи". Поред ових пројеката, и још многих других, постоји јак правац у теорији да се неимовинско ауторско право, „морално право ауторово" законом заштити. У неким земљама тај захтев наилази на отпор оних који су више склони да ту деликатну материју оставе судској пракси, која је то право тамо и формулисала и изградила му данашњу физиономију, без икакве помоћи законодавчеве. Судска пракса је, веле они, гипкија од прецизног закона, те може боље да задовољи потребе живота. Законски текст укочио би благотворну делатност и нијансираност праксе.

Ма колико да су интересантне ове примедбе против озакоњења овог права, код нас дужност његове заштите не би требало оставити искључиво судовима. Наш законодавац би требао изрично да призна ово право аутора на заштиту њихове личности испољене у њиховим делима, и да што детаљније опише његове атрибуте. У развијенијим друштвеним срединама, у којима је струјање живота интензивније, односи многобројнији, разноврснији и изукрштајнији, законодавац може оставити више слободе судској пракси; то је он у осталом и принуђен да учини, јер је тамо мање него игде у стању све да предвиди и на све да да одговор. Ту судија, услед честоће спорова о истом предмету, и сам лакше осети ако има какве неправилности у његову начину суђења извесне врсте спорова, него судија који дела у средини у којој су, услед њене неразвијености и простоте, у добром смислу те речи, спорови много ређи. Теже се осећа неправда која се ретко чини. — Затим, у развијеним срединама постоје организације истородних интереса, и те, често врло моћне, организације дижу свој глас кад се повреди неки легитимни интерес неког њихова члана. Агитација, врење јавног мнења које оне тад стварају, утичу на судију, у толико што га терају да у другим сличним случајевима тачније измери интересе у сукобу и правилније васпостави равнотежу између њих. Тамо пресуде принципијелне природе изазивају у заинтересованим круговима интересовања, па чак и емоцију, какве су код нас у стању да изазову једино крупне политичке сензације. — Код нас је сасвим другојаче. Ни правна теорија не утиче на праксу, нити је у ближем контакту са њом, а камо ли јавно мнење. Разлаз између живота и практичног права (а о теоријском и да не говорим!) врло је честа појава; стога је потребно да закон буде што потпунији. Закон о ауторском праву требао би да са-

држи поред заштите имовинског ауторског права и заштиту неимовинског ауторског права, „моралног права".

Завршимо овај одељак. Из анализе ауторског стварања и права које из тог стварања проистиче, излази да се ауторско право састоји из две врсте овлашћења: једног имовинског права, права аутора да извуче све материјалне користи из свог рада, и једног права неимовинског карактера, чији је циљ заштита ауторове личности, манифестоване у његову раду. То је, дакле, једна куриозна смеша материјалног и моралног, што је узрок, великим делом, споровима и препиркама, којих је пуна ова материја, а што је нарочито утицало да се замрси питање природе ауторског права. То је право које почива делом на раду, делом на прерогативима личности, једном речју, на ауторском стварању. То ауторско стварање треба узети за вођу и у замршеном питању природе ауторског права, које нам сад долази на ред, и при расправљању питања трајања овог права, које ћемо после њега видети.

III Природа ауторског права

О природи ауторског права било је много дискутовано и данас се дискутује. Мишљења су до крајности подељена, како о предмету, тако и о самој потреби те дискусије: јер док једни сматрају питање природе овог права од прворазредне важности, други му одбијају сваки значај. Немогуће је, и непотребно, набрајати овде све теорије и задржавати се на њиховим детаљима. Али један летимичан поглед и мало дискусије може нам корисно послужити као припрема за дискусију практично значајног питања трајања ауторског права.

Сложеност ауторског права из две врсте овлашћења утицала је збуњујући, тако да се скоро може рећи да нема места у правном систему које није било предложено за ауторско право. Видећи у њему на првом месту меру за заштиту лица, а занемарујући његов имовински изглед, неки су у њему видели лично право, у смислу права личности, Persönlichkeitsrecht, droit de la personne. То је очигледно непотпуно, ergo, нетачно схватање. У овом схватању, материјалне користи ауторове остају нужно изван ауторског права. — Други су давали предност економском садржају права, па су га према томе његовом изгледу категорисали као чисто имовинско право, што је такође нетачно, јер онда ауторско право не обухвата заштиту личности.

Изгледа да је најбоље поделити садржину онога што се назива *ауторско право* на његове саставне делове, и онда класирати сваки од њих засебно и одредити му место у правном систему. На то нас нагони и анализа ауторског стварања и са-

држина ауторског права. Додуше, елементи из којих се оно састоји, имовински и лични, тесно су везани; овај последњи утиче на режим имовинског дела ауторског права и чини да се неки основни принципи општег имовинског права овде не примењују. Ја сам то напоменуо узгред, говорећи о праву кајања аутора и о ограничењу права ауторових поверилаца. Али упркос томе, подела је могућа и згодна. Један део ауторског права има очигледно имовински карактер, јер тежи да аутору загарантује материјалне користи које може дати његово дело, док други има чисто лични карактер, јер тежи заштити ауторове личности. Први се може отуђити, и обично се отуђује, док је други неотуђив по својој природи и остаје код аутора упркос свима супротним конвенцијама. Уосталом, ова подела, ако је направимо, вредеће колико вреди општа подела свију права на имовинска и лична. А за ту се поделу, као и за скоро све остале, не може рећи да је у природи ствари. Не може се спорити да и имовинска права имају за циљ крајњи циљ, заштиту личности, пошто она постоје да би личности загарантовала средства акције, дала јој могућност да дела. С друге стране, сама личност је увелико одређена средствима којима у акцији располаже. Није ли један новатор дефинисао личност као текући рачун: поверење које се има и које се улива? „Права су сукцесивни изглед лица, које је кредит (или власт, или моћ) свакога према себи и другима... "(E. Lévy). — Али ипак између права сваке од ове две групе, узете за себе, постоје извесне сличности у њиховим карактерима и њиховим последицама, тако да се за њих могу поставити извесна општа правила, која се не могу применити на права друге групе. Нпр. правила о незастаривости личних права, њихове неотуђивости, и друга нека, не важе у принципу за имовинска права. Само треба овој подели дати ону вредност и место које има и заслужује. То није подела заснована на дубокој анализи стварности; њено усвајање не значи нужно примање свију последица које се за њу везују; она је једно просто техничко средство које, као и свако друго техничко средство, вреди онолико и донде, колико је и докле је корисно. Ако су резултати његове употребе у противности са потребама стварности, онда га треба одбацити.

Ауторско право, дакле, треба поделити на његове саставне делове. Већина писаца, уосталом, то и чини, свесно или несвесно, и разликује имовинско ауторско право и право на заштиту личности, неимовинско ауторско право или морално право. Предмет спора о природи ауторског права је само имовинско ауторско право. Право личности је ван те дискусије. Нема сумње, како му и само име каже, да се то право налази изван класификације имовинских права. Његов лични карактер је неоспо-

ран. Ако постоје какве разлике између писаца и погледу овог права, то је само у детаљима његове примене. За нас је то од споредна значаја, тим пре што су главни случајеви примене овог права изнесени и дискутовани у претходном одељку. Ја се стога на природи овог дела ауторског права нећу више ни задржавати.

Али је баш та суштина предмет спора, и о њој су изнесена најразличитија мишљења. Ја сам још у почетку напоменуо да многи одричу чак и могућност постојања неког имовинског права у корист аутора као таквих. Прецизирајући предмет тог права, теорија је доказала његову могућност и логичност, а свакидашњи живот обилно доказује његову изводљивост. За већину, која признаје аутору право искључивог искоришћавања дела, спор се своди на питање природе имовинског права аутора.

Оставимо одмах на страну мишљење оних који, не упуштајући се у испитивање природе овог права, сматрају га као привремени монопол у корист аутора, или као једну привилегију којом се у корист једног лица ограничава слобода индустријског делања осталих. То је мишљење недовољно, поред тога што је произвољно. Оно је остатак из доба када је ауторско право била обична концесија власти.

Први покушаји одређивања природе ауторског права карактеришу се тежњом да се оно стави у једну од постојећих категорија имовинског права. Неки су у њему видели тражбено право у корист уметника према публици, коме су чак извесни признали карактер ренте. За другу, много већу групу правника, то није тражбено, већ стварно право. Неслога међу овима почиње на питању, које је то стварно право. По једнима, то је право употребе у корист аутора; за друге, то је обична својина; трећи му дају карактер својине *sui generis:* неки иду дотле, да у њему виде право службености, која би се састојала у терету за све чланове друштва да се привремено не служе својим природним правом репродукције свачијих дела, да би се искоришћавањем истих њихови аутори могли наплатити за своју услугу друштву.

За многе духове, ово је непотребно натезање. Право на основу кога аутори извлаче из својих дела имовинске користи, не може се без деформисања увући у оквир ни једног од традиционалних имовинских права. Основна је грешка сматрати да је имовинско ауторско право неко од већ постојећих права. То је једна нова творевина живота, за коју нема места у постојећем правном систему, те то место треба створити. Право се мора развијати да би задовољило све потребе променљива живота. Ако старе категорије нису довољне, треба им додати нове. Стога неки предлажу да се постојећим двема групама

имовинских права, тражбених и стварних, дода још једна група, група интелектуалних права (E. Picard). Други су предложили да се ауторско право схвати као једно од права на нематеријалним стварима (J. Kohler). По овом последњем схватању, ауторско право има за предмет ствар која се разликује од обичних ствари по томе што је нетелесна. Из тога права произилази за аутора искључиво овлашћење да из свог дела извуче све материјалне користи. Тако би у групи права на нематеријалним стварима ауторско право заузимало оно место које припада својини у групи права на телесним стварима. То би, дакле, била нематеријална, духовна својина.

Од свију концепција имовинског ауторског права, најинтересантнија и најважнија је она која у праву аутора да из свог дела извуче све материјалне користи, види право својине, било да га сматра као обично својину, било као својину *sui generis*, било као нематеријалну, духовну својину. Она има највише и најбољих присталица и најжешћих противника. Остављајући остале концепције на страну, јер је њихова дискусија мање важна, ја ћу се укратко задржати само на овој.

Многи правници сматрају да је ауторско право својина. Уметници, пак, и књижевници одувек су захтевали да се њиховој правој признa карактер својине. Сматрајући својину као врховно право, право под којим се сва остала права налазе и из кога проистичу, књижевници и уметници су се надали да ће своме праву подићи углед, и своје интересе боље заштитити, ако успеју да га прогласе за својину. Они су нарочито тежили једном практичном циљу: ако се њихову праву призна карактер својине, то би му, по њихову мишљењу, самим тим била призната вечитост, те би услед тога имало отпасти његово временско ограничење, које је данас у законима спроведено.

Против овог схватања, а нарочито због циља који се њиме жели постићи, устало је одлучно више писаца, доказујући да се не може говорити о ауторском праву као о својини. Разлог за то они налазе у немогућности да се идеја присвоји од стране једног човека. Таква је природа ствари. Само се, веле они, материјалне ствари могу присвојити и бити предмет својине: оне су баш одређене да буду присвојене од појединаца, јер се само тако из њих може извући сва корист. Идеје имају другу природу; оне су створене за заједницу. Чим је идеја објављена, она припада публици, и аутор више није њен господар.

Ове примедбе, које могу на први поглед да импресионирају, почивају у ствари на једној конфузији. Ја се нећу упуштати у оцену примедбе о дестинацији материјалних ствари и идеја у погледу апропријације. О томе разне школе различито уче. Може се са исто толико права рећи да је индивидуално присвајање ма-

теријалних ствари у интересу заједнице, и да у организацији приватне својине пресудну улогу игра интерес заједнице, како то уче присталице теорије социјалне функције. Затим, откуд то да су идеје одређене за заједницу? Историја учи да су дуго извесна знања била привилегија уског броја људи. Правници знају какву је улогу одиграо Gnaeus Flavius, који је народу објаснио право и календар, које су понтифи брижљиво чували за себе. — За нас је једино интересантнији онај део примедаба у коме се истиче немогућност да се идеја присвоји. То је тачно, само то не доказује ништа против схватања које у ауторском праву види право својине. Јер, ауторско право и нема за предмет идеју коју је аутор изразио својим делом: на томе је у првом одељку било довољно инсистирано. Ауторско право има за предмет само онај облик који је аутор дао идеји. Никоме није дозвољено да туђу обраду идеје представи као своју, али је свакоме слободно да обради исту идеју. Побијања концепције књижевне и уметничке својине немогућношћу присвајања идеје подсећа стога на провaљивање отворених врата.

Исто је тако без вредности и примедба да од публикације дело не припада више аутору, пошто га од тог тренутка свако може употребити и искористити. Ова је примедба специозна. Тачно је да свак може употребити ауторово дело после публикације; али из тога никако не излази да дело не припада у будуће искључиво аутору, као ствар сопственику. Јер, свако може употребити плод земаљски, који је купио, и уживати у њему, па ипак нико и не помишља да је својина земљорадникова услед тога ослабљена. Такав је закон друштвене међузависности, да ни писац, ни земљорадник, нити који други произвођач, не може искористити своју сопственост без помоћи публике. Нема, дакле, ту ничега специјалног ауторској делатности.

Ништа боље не стоји са примедбом да својина претпоставља материјални предмет кога овде нема. Јер, ако је тако било до појаве такозваних нематеријалних добара, ја не видим зашто би тако морало да буде и даље. Зашто да се појам својине не протегне и на права на тим добрима? Материјалност предмета није услов без кога се право својине не може замислити.

Напослетку, рекло се да ауторско право није својина, јер је својина вечита, а ово је право у разним земљама ограничено у трајању. — Слабост аргумента је очигледна. Јер, тежиште питања и јесте у томе да ли имовинском ауторском праву треба признати вечитост или не, да ли треба да је ограничено или не. Ако га је законодавац ограничио, то још не значи да је и требао тако да уради, и да је правично поступио. У осталом, ово питање биће предмет засебног, идућег одељка.

Изгледа према свему да се ништа одлучно не може приговорити схватању имовинског ауторског права као својине, и да у истини ово право представља све карактере својине. Што је раније, до појаве нематеријалних добара, својина имала за предмет увек неку телесну ствар, то не значи да је материјалност објекта услов за постојање својине. Ја говорим о својини у уском, техничком смислу. Познато је, међутим, да реч својина има код нас и један шири смисао, у коме она обухвата „све ствари, добра и права" која некоме припадају (§ 353 Аустр. Грађ. Зак. и § 211 Срп. Грађ. Зак.), те се идентификује са имовином *(bona, patrimonium)*. Нико, бар од оних који признају право аутору да извуче све материјалне користи из свог дела, не спори да је то право својина у овом другом смислу. Том се праву не може успешно спорити ни карактер својине у ужем смислу. Из тога што је својина досад имала увек за предмет телесну неку ствар, највише се може извести да је својина била уско схваћена. Потребе садашњице захтевају да се тај појам прошири. Правне категорије немају освештан карактер. Оне су проста техничка средства, и као таква морају бити довољно растегљива да приме у себе нове правне креације или да им дају места крај себе. Јер напослетку, не може се мењати стварност да би се прилагодила теорија; мора се теорија променити и прилагодити стварности (Claude Bernard).

Нарочито треба истаћи да цела дискусија о природи ауторског права, а нарочито о томе да ли је то својина или не, изгледа доминирана, као што сам већ приметио раније, унапред предвиђеним и срачунатим последицама. Као што то често бива, прво су одређена дејства која се желе, па се онда тражи принцип, из којег би се она могла извести; тек пошто се донесе диспозитив, истражују се мотиви. И присталице и противници теорије ауторске својине имају своју унапред одређену идеју: присталице, нарочито књижевници и уметници, желе да то право буде вечито; противници би га хтели временом ограничити. За многе је тежиште ове препирке у трајању ауторског права. Од њеног исхода требало би да зависи хоће ли му се признати вечитост, или ће бити ограничено у времену. Отуда њихова упорност, јер сматрају да ће имовинско ауторско право бити вечито ако му се призна да је својина.

То је познати поступак правних конструкција помоћу концепција, који може, каткад, бити користан, али који је врло несигуран, и у чију критику ја не могу овде улазити. Ја хоћу само да констатујем да се тим путем не улази у суштину ствари; то није објективно истраживање истине, већ мање више вешто пледирање. Све ту зависи од концепције коју правник узме за основу своје конструкције, и његове личне довитљивости. Украт-

ко, то није наука, то је техника. Резултати тих конструкција немају карактер објективних истина. Зато у нашој дискусији треба ићи другим путем.

Ја сам већ рекао да ми изгледа да се схватању ауторског права као својине не може ништа приговорити. Мени се чини да том праву треба признати карактер својине, јер оно то и јесте. Али то никако не значи да се одатле мора закључити, да је право књижевне и уметничке својине вечито, да је вечитост нужна последица његова својинског карактера, и да онде где те вечности нема не може бити речи о својини. Ниједна од ових теза није апсолутно тачна. Исто тако није тачно да би ауторско право морало бити ограничено у времену, ако се не би нашло да оно има карактер својине.

Пре свега, у готово свима правним системима постоје, и ван својине нематеријалних добара, случајеви својине ограничене у трајању. Тако нпр. концесије шума, рудника, железница, које многи правници сматрају за својину, ограничене су у трајању. Наследно право, које несумњиво представља један од најважнијих делова садржаја приватне својине, у многим је земљама ограничено. Тако, по новелираном Аустр. Грађ. Зак. наследно право не иде даље од четвртог колена; из четвртог колена могу бити позвани на наслеђе само прадед и прабаба, па и њих искључује преживели супруг (§§ 741, 751 и 757 ал. 2). У Француској, право на наслеђе у побочној линији не иде даље од шестог степена сродства (чл. 755 фр. Грађ. Зак.) Француски закон изузима од овог ограничења потомке браће и сестара *de cuius-a*, али је изузетак привидан и скоро бесмислен, пошто он практично значи да *de cuius-a* могу наследити чукун-чукунунуци његова брата, што се можда никад неће догодити, узев у обзир велику разлику у годинама умрлог и наследника (сто година у најповољнијем случају, тј. ако се *de cuius* родио тек пошто се његову брату родило дете, и ако између генерација није протекло више од двадесет пет година). Да већ и не помињем Русију, у којој је наследно право ограничено „на директне потомке (децу, унуке, праунуке) и преживелог супруга, као и на сиромашна лица неспособна за рад која су била потпуно на терету умрлога најмање годину дана пре његове смрти" (чл. 418 Руског Грађ. Законика), и може обухватити највише вредности до 10.000 рубаља.

После тога, ако је имовинско ауторско право у модерним законима ограничено у трајању, то не значи да оно није својина. Вечност није нужна последица својине. Данас је приватна својина у принципу вечита, али она се може замислити и ограничена у времену, а да не престане бити приватна својина. Ауторска својина је један доказ у том правцу. Тако излази, да

једно правилно резоновање неће одбити карактер својине имовинском ауторском праву ослањајући се на то што је то право ограничено у времну; напротив, полазећи од временског ограничења ауторске својине, оно ће закључити да је могуће опште ограничење трајања приватне својине.

Не постоји никаква корелација између неограничености трајања и својине, и ауторском праву може се признати неограниченост у трајању и кад се не би нашло да је оно својина. Ја не видим чиме би се оправдало ограничење његова трајања, ако бисмо га схватили као неко друго стварно право, рецимо плодоуживање, јер плодоуживање може бити вечито (§ 529. Аустр. Г. З. и § 392. Српског Г. З.); или чак као тражбено право, јер и ово је право, под условом спречавања застарелости, такође вечито. Опасност застарелости није, уосталом, специјална тражбеном праву; њој су, само у другом облику, подложна и стварна права, па и својина.

Закључимо.

Онај део ауторског права који има за циљ да уметнику и књижевнику загарантује уживање материјалних користи које могу дати њихова дела, је право својине; и, за разлику од својине телесних ствари, може се назвати књиживном и уметничком својином. Обухватајући једним изразом и њу и индустријску својину, могли бисмо им дати назив духовна својина, својина нематеријалних добара. За питање трајања овог права, питање његове природе је без пресудна значаја. Та се два питања постављају независно једно од другог. — Кад смо тако рашчистили терен, сад можемо прећи на најважније питање ове матрије, на питање трајања ауторске својине, што практично значи: докле треба да трају права ауторових наследника, или, шире речено, каква треба да је судбина ауторске својине после смрти ауторове.

IV Трајање ауторске својине

Скоро сви писци и сва законодавства слажу се у томе да ауторима треба признати доживотно право искоришћавања њихових дела. Ја прелазим преко мишљења оних, данас малобројних, који сматрају да је недостојно за уметника да прими за свој рад другу награду осим славе. Уметничко достојанство ништа не трпи од материјалне награде њихова рада. То је, данас, у законодавству постало опште мишљење.

Те потпуне сагласности нестаје, кад се после смрти ауторове постави питање шта треба да буде са његовим правом.

Скоро сви се слажу у томе да право треба на надживи аутора, али су мишљења подељена о року трајања тог права post mortem auctoris. Ипак се може рећи да огромна већина, како писаца тако и законодавстава, ограничава то трајање на извесан број година. Опажа се тежња да тај рок буде свуда педесет година после смрти ауторове. По истеку тог рока, свакоме је слободно да штампа књигу, репродукује слику, представља позоришни комад, итд. без ичијег питања и дозволе. Дело онда, каже се, пада у јавни домен. Врло мало их је који књижевној и уметничкој својини признају вечитост. Пројект нашег будућег закона о заштити ауторских права такође одређује да ће ово право трајати педесет година по ауторовој смрти.

На први поглед се не види шта би оправдало ово ограничење трајања књижевне и уметничке својине. То се у толико мање разуме што се ова својина оснива на раду и њиме оправдава. Тако високим титулусом не може се похвалити свака својина телесних ствари, па се њој ипак не спори вечитост. У погледу трајања би ауторска својина требало да буде третирана на исти начин као и обична својина. Њихове судбине треба да су у том погледу једнаке. Отуд излази да свако ограничење у времену књижевне и уметничке својине захтева исто ограничење својине уопште. Избегавање те неминовне последице могуће је само ако се за ово ограничење књижевне и уметничке својине нађе неки нарочит, специфичан разлог. Чиме се, дакле, оправдава ово ограничење?

Оправдање и објашњење ограничења у времену књижевне и уметничке својине представља се обично у две конексне теорије: у теорији општег интереса и теорији друштвене сарадње. Остављајући на страну детаље њихових контура, који су различити код појединих присталица ограничења ауторске својине, ја ћу укратко изложити њихове основне црте, које су свима заједничке. Ево у чему се оне састоје:

У интересу аутора је да им својина буде неограничена, да вечито траје. Али при регулисању те својине право не може водити рачуна само о интересима аутора. Насупрот томе интересу налази се интерес публике, општи интерес. У општем је интересу да добра дела што више продру у народ. Стога се аутору може признати искључиво право искоришћавања дела док је жив. Исто се право може признати и његовим наследницима за неко време по његовој смрти. После тог рока, дело треба да припада човечанству. Не треба омогућити наследницима да после тог рока лише човечанство неког одличног дела на тај начин што неће дозволити, из буди ког разлога, његово умножавање или представљање. Што се више удаљујемо у времену од смрти аутора, право наследника слаби, а интерес пу-

блике расте. За огроман број дела врло је вероватно да ће после ауторове смрти пасти у дефинитивни заборав, ако им се то не деси још за живота ауторова. Зашто онда повећавати једно право које ће у огромној већини случајева бити без стварна садржаја, и истовремено ићи против општег интереса у извесним случајевима?

После тога, из разумљивих и очигледних социјално-економских разлога, индустријским патентима не може се признати неограниченост у трајању. У целом свету је искључиво право њихова искоришћавања ограничено на неколико година од дана патентирања. Индустријски напредак би се спутао сваким продужењем трајања заштите патента, а онемогућио би се вечитошћу заштите. Зашто онда признавати вечитост књижевној и уметничкој својини, кад је она у суштини иста са индустријском својином, те обе сачињавају својину нематеријалних добара? Тим пре, — и тако прелазимо на теорију друштвене сарадње —, тим пре што ни проналазак ни књижевно или уметничко дело није производ саме активности проналазача, књижевника или уметника. Ма колика иначе била оригиналност једног духовног дела, неки његови елементи узети су сигурно из оног заједничког идејног блага што га је створио напор и рад целог човечанства у прошлим столећима. И сама средина у којој аутор живи има удела у његову делу: учитељи ауторови, критичари, чак и сви остали сугрђани допринели су нешто његовом стварању. Другим речима, свако дело је производ сарадње аутора и средине. Неки иду чак дотле да сматрају, да је свако дело предмет сусвојине аутора и друштва.

Овој сарадњи у изградњи дела треба додати још и једну нарочиту особину вршења ауторске својине. Ниједан аутор не може вршити своје право другојаче до објављивањем, представљањем, извођењем, т. ј. помоћу публике. Главна намена сваког интелектуалног дела је да буде комуницирано што већем броју људи: без те вулгаризације дело губи свој raison d' être, а ауторска својина своју садржину. Објављивањем, дело се предаје публици и самим тим престаје искључиво ауторово право.

Напослетку, за оправдање ограничења трагања ауторске својине речено је да вечност није у интересу ни самих аутора. Терет литерарне и уметничке својине, ако би вечито трајао, спречавао би ширење дела.

Из свега овога писци закључују да је ауторово право у сталном сукобу са правом заједнице. Аутор треба да врати заједници оно што јој дугује, управо да јој уступи њен део. Услед тога је искључива и вечита својина овде немогућа. Она има да траје толико, колико је потребно да аутор и његови наследници извуку награду за ауторов рад; после тога, дело се има

вратити ономе од кога и потиче, тј. друштву, заједници. То значи да га после тог рока може свак искоришћавати.

Цело ово аргументовање против неограничености књижевне и уметничке својине не може да издржи критику, иако на први поглед изгледа убедљиво.

Није потребно задржавати се поново на примедби да идеја престаје бити ауторова својина самом комуникацијом публици, и да је за искоришћавање свог права аутор принуђен да се обрати публици. Јер, као што је то већ у неколико махова примећено, књижевна и литерарна својина и нема за предмет идеју, већ израз, форму коју јој је аутор дао. А да то може бити предмет права и материјално се искористити, најбољи је доказ у томе што то бива, а што то право сви признају аутору за његова живота. Уживањем у делу, публика не постаје његов сопственик, као што не постаје сопственик парка, музеја, или обичне куће и обрађеног поља, у чијем разгледању и посматрању такође ужива. Што наша активност користи другима, било са нашом вољом, било упркос наше воље, тиме се не крњи наше право на плодове те активности. — То што се аутор обраћа публици и њеном помоћу искоришћава своје право, није ништа специјално искоришћавању ауторског права. То исто чине апсолутно сви произвођачи, који не производе за сопствену потрошњу. Свима таквим производима је „главна намена" да буду што више растурени у публици. У томе се не може видети ништа друго до једна обична манифестација принципа друштвене поделе рада. Треба ли после извесног времена фабрикант да престане бити сопственником фабрике и да је уступи заједници, зато што је ту фабрику искоришћавао помоћу публике? Ако треба, онда се у тој помоћи публике може наћи основ и за ограничење ауторске, књижевне и уметничке својине, иначе не. — Врховни триумф идеје је да постане општа, то је тачно. Али је исто тако врховни триумф сваког продукта да се сви њиме служе.

Каже се: интереси аутора и публике су супротни, и од тога је направљена читава теорија. Ја признајем да ту супротност никако не опажам. Друштвени је интерес да се што више добрих дела растури и оде у народ; али то је и ауторов интерес, који на тај начин долази до веће материјалне користи. Нема сукоба интереса; напротив, постоји њихова сагласност. Може се приметити да је у интересу публике да дело буде што јефтиније. Али зар није у њеном интересу, да и све остало буде што јефтиније? Зато, ако се ограничи право аутора да искоришћују своја дела, морају се ограничити и права осталих произвођача. На основу „интереса публике" између њих се не може правити никаква разлика. — Уосталом, примећено је одав-

но да престајање ауторске својине, а тиме и обавеза издавача, директора позоришта и других да ауторима плате хонорар, користи само тим лицима. По престанку писчева права, књиге и позоришне улазнице нису ни мало јефтиније, те се не може рећи да је интерес публике да ауторска својина буде у времену ограничена.

Има, међутим, један део истине у такозваној теорији друштвеног интереса. Ако се ауторској својини призна вечитост, онда се даје могућност наследницима сваког аутора да из буди којих разлога спрече ширење дела, не дозвољавајући његово штампање, или репродукцију, или представљање. Тако би воља неколико лица била довољна да човечанство лиши можда најбољег дела. — Резоновање је тачно, само да ли га треба ограничити искључиво на књижевну и уметничку својину? Њеним неупотребљавањем вређа се друштвени интерес; али зар то није тачно и за обичну својину? Друштвени интерес трпи од неискоришћавања сваке својине. Поштујући неимовинско право аутора, његово „морално право", сви се слажу у томе да зависи искључиво од ауторове воље хоће ли дело бити публиковано или не, искоришћено или не. Не сматра се да је неупотребом тог права од стране аутора повређен друштвени интерес. Повреда почиње тек ако наследници ауторови не искоришћују наслеђено право. За својину телесних ствари, међутим, њено неупотребљавање од свагдашњег сопственика противно је друштвеним интересима. Уопште говорећи, сопственик не врши своју друштвену функцију ако своје право не искоришћава. — Замерка је дакле, тачна, али се она не односи једино на књижевну и уметничку својину, већ на све случајеве својине. Срп. Грађ. Зак. садржи једну интересантну примену ове идеје у §§ 229 и 230 који гласе: „Пуста места нису ничија и таква сваки заузети и освојити може. — За пусто место држи се и оно, које је својевољно остављено, с намером не вратити се натраг. И ово се држи: а) ако правог господара за десет година нема, нити му се за то време трага ни гласа зна, осим ако му није могуће било вратити се, или јавити се; б) ако је толико времена протекло да је место запуштено у луг обрасло, и за то се наново крчити морало; в) ако је прави господар оставио, па дознавши да је други заузео, за годину дана противан показао се није, а могао је". Слично се нешто може прописати и за ауторску својину по ауторовој смрти; за његова живота то је немогуће, због неимовинског ауторског права, „моралног права". И тако, на крају, излази да се апсолутност обичне својине може ограничити увек, док то није случај са ауторском својином.

Једва је потребно поменути да се из чињенице што ће мало, релативно врло мало дела преживети своје ауторе и њихове

наследнике, а да ће остало отићи у заборав, не може извући никакав аргументат за ограничавање трајања ауторске својине. То би било отприлике исто као кад бисмо својину ма које друге ствари ограничили на време њена обична трајања, без обзира на изузетне случајеве.

Теорија друштвеног интереса не оправдава, дакле, ограничење трајања ауторске својине.

Ништа боље не стоји ни са теоријом друштвене сарадње. Тако, ништа се не доказује аргументом о апсолутној потреби да се ограничи трајање патента, мањ ако не то, да би поступајући подједнако према свима, требало ограничити и обичну својину, а не само књижевну и уметничку. Ауторска својина има, као и својина проналазача, порекло у духовној активности, али отуда никако не излази да и она треба да буде жртва исте мере друштвене нужности. А, ако се баш хоће и она да ограничи у трајању, онда никакви разлози не могу спасти од тог ограничења ни класични *dominium*. Из временске ограничености права проналазача може се извући само један закључак, који је више једна констатација, а то је, да ова ограниченост не смета проналазачима да у довољној мери искористе своје право, и извуку награду за свој труд. Неће ли се та констатација да узме као индиција, да се својина уопште може ограничити у трајању, и да и ограничена својина може потпуно да одигра своју улогу, онда се она никако не може узети као разлог за ограничење само књижевне и уметничке својине. — Дакле ни овај аргумент, као ни малочашњи аргумент, извучен из бојазни да наследници неће вршити своје право ауторске својине, не доказује да литерарну и уметничку својину треба у погледу трајања третирати другојаче од обичне својине. Из њих се, баш напротив, пре може извести потреба и могућност ограничења трајања сваке својине. Нову могућност да то констатујемо још једампут пружиће нам испитивање теорије друштвене сарадње. Разлози ове теорије такође нису специфични за ауторску својину, већ вреде за сваку својину, уколико уопште вреде.

Теорији друштвене сарадње може се пре свега пребацити њена нелогичност. Ако друштво има као сарадник право на удео у користи од дела, отуда не излази да му после извесног времена треба да припадне цело дело у својину. То је лавовска подела. Управо, то више није подела резултата заједничког рада, то је експропријација. — Изузев, ако се друштву као сараднику призна претежан део заслуга за дело, као што то неки чине, ма да је то очигледно претеривање. Аутор би онда био једна врста најамника, чији би рад био плаћен правом да привремено искоришћава дело. После тог рока, друштву припада дело у својину, пошто је оно дало материјал за његову изградњу. То је

оно што су неки рекли подсећајући да рад не чини сопственником, већ да само даје места праву на награду. Али се онда може приговорити друга једна нелогичност. Ево у чему је она: Има аутора који не износе на јавност своја дела. Ниједан закон на свету, колико је мени познато, не обавезује аутора да пусти у промет своје дело, па и ако он сам сматра дело за готово, и чак ако га је некима и комуницирао. Сви се слажу да је то добро и да би у противном случају ауторова личност била грубо повређена. Али је то нелогично са тачке гледишта теорије друштвене сарадње. Као сараднику, или боље речено наручиоцу, друштву би требало признати право да од аутора тражи рачун о материјалу који му је дало, и исходу рада (В. § 1160 Аустр. Грађ. Зак. и § 716 Срп, Грађ. Зак.). Зашто иначе да се заједница показује ригорознија према онима који публикују своје радове, него према онима који своја дела не износе на јавност? Први су, очигледно, интересантнији и заслужују више пажње. Исто важи и за дела која је аутор оставио после своје смрти необјављена. И за њих би се, логично говорећи, морало признати право заједници да захтева њихову публикацију. Међутим, као што рекох, нико не иде дотле у логичном извођењу теорије, што је врло рђав знак за њен принцип. — Нелогичност прелази сваку дозвољену меру, кад се пореди положај одличних и положај слабих аутора. Са једнима и са другима друштво сарађује у истој мери; и једнима и другима оно даје исти материјал. Међутим, док први од тог материјала праве ремек-дела, други га траће. И сад, долази друштво да присвоји себи после извесног времена та ремек-дела, позивајући се на своју сарадњу, док за исту сарадњу од других не тражи чак ни накнаду за дат материјал. А Бог зна колико би та накнада износила, чак и кад би се материјал ценио најниже! Тако излази следеће: за таленте — експропријација, за неталенте — поклон!

Али оставимо нелогичности ове теорије, и, не дајући више речи „сарадња" њен технички значај, загледајмо у сам њен принцип.

Аутор се користи радом, искуством и саветима претходника и савременика. Средина у којој живи сугерира му идеје. На њој врши своја проматрања и запажања. Она и њена историја дају му материјал и могућност да се испољи. Све је то тачно и не може се озбиљно спорити. Само то не важи искључиво за ауторе: то је једно опште правило. То важи за сваког човека. Активност свију нас и њени производи у зависности су од средине у којој живимо. То је једна проста и директна последица друштвеног живота. У самој изградњи наше личности удео традиције и средине је пресудан. Најбоље предиспозиције остале би стерилне кад их средина не би оплодила. Само, треба

приметити, исто дејство средине не производи исте последице на свима индивидуама. Те последице зависе од сваčије рецептивности. Природа је сваког обдарила различито, те ми нисмо само оно што наша средина хоће, већ и оно што наша индивидуална природа дозвољава, а и сама хоће. Оквир који нам је природа дала, испуњава средина великим делом, те се може рећи да смо ми, у главном, оно што од нас, у границама и могућностима одређеним природом сваког од нас, направи наша средина.

Но ма како се мишљење имало о границама утицаја средине на јединке, ма како се мислило о обиму онога што личност дугује средини, то се односи на све нас, а не само на ауторе. Закључак који би се одатле желео да изведе о правима заједнице на удео у резултату наше активности, могао би да обухвати све активности. Он би имао да обухвати и сва права, јер су и она резултат заједничког живота, јер и она постоје помоћу заједнице. Томе би избегао само Робинзон, али он и нема никаквих права. Ни у ком случају не може се одатле закључити да треба ограничити у трајању једино ауторску својину. Логичне последице резоновања о „друштвеној сарадњи" много су обилније.

Уосталом, овај значај средине, и друштвена међузависност, која га употпуњава, само су чињенице; остаје да се оне интерпретирају. Разне солидаристичке теорије на њима су основале учења о нужности мање или веће ограничености индивидуалних права, а нарочито учење о својини социјалној функцији. Ниједна није одатле закључила да треба ограничити само књижевну и уметничку својину.

Укратко, аргумент о утицају средине не захтева само ограничење у времену ауторске својине. Његов је домашај много шири. Он поставља цело социјално питање и захтева ограничења свију индивидуалних права или тачније њихову социјалнију и мање егоистичну организацију. Тако ми констатујемо још једампут, а помоћу теорије друштвене сарадње, да нема специфичних разлога за ограничење трајања ауторске својине, већ да се напротив из њена ограничења може извести закључак о потреби и могућности ограничења трајања својине уопште. Или се, дакле, књижевна и уметничка својина има попети на ранг обичне својине, и признати јој се неограниченост трајања, или се свака својина уопште има ограничити по угледу на књижевну и уметничку својину. Њихов режим би требао да буде истоветан.

Али претпоставимо да је тачна теорија друштвене сарадње и да је ограничење трајања ауторске својине њоме оправдано. Каква је практична последица после тог ограничења?

После престајања ауторске својине и „враћања дела друштву", теоријски је свакоме дозвољено искористити га. Преведено на практичан језик, то значи да га сваки издавач може штампати или репродуковати, да га сваки директор позоришта и приређивач концерата може представљати или изводити, према томе већ у чему се састоји дело у питању, а да за то не плати никоме никакав хонорар. Ми остали не можемо искористити то право, које, теоријски, припада и нама, јер немамо за то потребна средства и организацију. Искуство, међутим, учи, а та је опаска учињена већ више пута до сада, да књиге које је слободно штампати, јер више на њима не постоји ауторска својина, нису ништа јефтиније од књига на којима та својина још постоји, и да нема разлике у ценама места у позоришту, према томе да ли се приређује представа дела које је још предмет ауторске својине, или дела које је то престало бити. Отуда излази да такозвана друштвена сарадња користи једино издавачима, директорима позоришта, приређивачима концерата, умножачима уметничких дела, и то за вечита времена. Поставља се питање: да ли је заиста потребно лишити ауторове наследнике права, које је аутор стекао својим радом, и заоколишним путем дати уживање тога права лицима која за то немају други пут, титулус, до што су још за живота аутора извлачили користи из његова рада. Ограничење у времену ауторске својине, како се оно практикује и предлаже, нема други смисао. Наследницима пишчевим даје се привремено уживање права које је аутор стекао, да би се после то право предало за вечита времена издавачима.

Овим је истовремено одбијен и последњи разлог, наведен за оправдање ограничења књижевне и уметничке својине, а по коме вечност ауторске својине није ни у интересу самих аутора, јер би терет тог права отежавао циркулацију њихових дела. Аргумент би вредео, кад би се по престанку ауторске својине дело продавало јефтиније. Како то, као што смо видели, није случај, онда је природније да корист од дела припадне наследницима, а не издавачима.

Из ове дискусије разлога наведених за оправдање временског ограничења ауторске својине излази да га ни ти разлози ни последице тог ограничења не оправдавају у оквиру данашње приватно-правне организације. Нити је поред вечитости обичне својине оправдано ограничено трајање књижевне и литерарне својине, нити се тим ограничењем, које се проповеда с позивом на право и интерес заједнице, у истини користи заједница. Књижевна и уметничка својина треба да ужива исту заштиту, у погледу трајања, као и обична својина. То не значи да трајање и једне и друге својине треба и мора да буде вечито; то значи

само да не постоји ни један разлог да се у погледу трајања прави разлика између њих. Питање трајања својине и уопште питање њене организације, и сувише премаша узак оквир овог рада, да би могло бити, макар и површно, овде расправљано. Стога ћу, ослобођен нетачних аргумената о тобож нужној ограничености ауторске својине у времену, и не водећи више рачуна о томе да ова својина представља на креацијма духа оно што обична својина представља на телесним стварима, покушати да у следећем и последњем одељку изложим основне мисли којима би требало да се инспирише регулисање ауторског права после смрти ауторове.

V Ауторско право после ауторове смрти

Систем ограничења трајања књижевне и уметничке својине у ствари се своди на ограничење права наследника. Та својина фактички и даље траје, само се њоме у будуће користе искључиво издавачи и други посредници између аутора и публике. Одузето од ауторових наследника, ово право је, под изговором рестрикције заједници, дато на искоришћавање неколицини лица. Пошто и после његова правног престанка ово право у истини и даље траје, зашто га отворено не прогласити вечитим? Вечитост за вечитост, боља је она која је смишљена, него случајна. Остаје само да се одреде титулари тог права, лица којима треба да припадну материјалне користи ауторске својине, као и начин искоришћавања те својине, који ће, не дирајући права титулара, најбоље задовољити оправдане интересе публике.

Питање искоришћавања ауторске својине за живота аутора и не поставља се. То право припада аутору, и он га може вршити по своме нахођењу. То је ван сумње и дискусије. Раније је довољно указано на то, да се без повреде ауторове личности за ауторску својину не могу донети прописи слични §§-има 229 и 230 Срп. Грађ. Зак. Неимовинско ауторско право, „морално право", противи се томе, и ауторска својина је у том погледу неприкосновенија од обичне својине.

Ствар стоји сасвим другојаче по ауторовој смрти. Смрћу ауторовом, облик дела фиксиран је *ne varietur*, и неимовинско ауторско право, „морално право", своди се у будуће на то да се сачува интегритет дела, да се спречи његово мењање, дакле на једну чисто негативну функцију. Ја ћу се на крају овог излагања вратити укратко на питање, коме треба да припрадне вршење овога неимовинског ауторског права после ауторове смрти. Засад, задржимо се само на судбини ауторске својине.

Аутор је ставио своје дело у промет, и оно ту има и да остане. То ће дело, можда, дати материјалних користи. Питање је, коме те користи треба да припрадну, коме, другим речима, припада уживање ауторске својине. Друго једно питање, које се са овим првим не поклапа, те их не треба мешати, је питање експлоатисања дела: хоће ли дело моћи ескплоатисати свако, без потребе ичије дозволе за то, но с тим да одређени део добивених користи преда лицима којима припада уживање ауторске својине, или ће, напротив, дело моћи експлоатисати само онај ко за то добије дозволу од овлашћеног лица.

Готово сви модерни закони дају оба ова права ауторовим наследницима и искључиво њима. Они их и не разликују. Наследници, било тестаментарни, било интестатски, било уговорни, тамо где је уговор признат за основ позивања на наследство, који наслеђују остала добра ауторова, наслеђују и књижевну и уметничку својину. Њима припада и право на користи из дела и право да дају дозволе за његово експлоатисање. С друге стране, наследницима се признаје увек исти обим права, без икаква обзира на степен њихова сродства са аутором. И најудаљенији сродник, кад наслеђује аутора, добија толико исто право колико се даје ауторовој деци, кад их има, те она наслеђују. — Једном речју, после ауторове смрти ауторска својина подлеже у свему истим правилима којима и остала добра ауторова.

Мени се чини да би у сваком погледу требало другојаче поступити: корисници ауторске својине не морају нужно бити она лица која по данашњем наследном праву наслеђују остала добра; право експлоатисања није потребно везати са правом на користи; обим права интестатског наследника требао би да варира према степену сродства. Размотримо мало изближе свако од ова три питања.

1) — *Коме треба да иду користи од књижевне и уметничке својине после ауторове смрти?* Идући за тенденцијом развитка наследног права у нашем добу, право на наслеђе ауторске својине требало би ограничити на сроднике који се налазе у извесном ближем сродству са аутором. Разлози за то ограничење су опште познати. Некада је крвна веза значила много више него што данас значи. Њоме се заснивала многострука солидарност међу сродницима, као што су заједничка грађанска одговорност и кривична одговорност, чега је најбољи израз крвна освета. Крвна заједница имала је за допуну имовинску заједницу. Наследство свију сродника је било само једна од многих манифестација те породичне солидарности. Данас, та солидарност више не постоји у истој мери; ње је великим делом нестало, те се с правом наследници после извесног

степена сродства називају весели, насмејани наследници. Свако наслеђивање у недоглед изгубило је свој разлог постојања. То је у толико тачније за ауторску својину, што се код ње не ради о неком породичном добру, за које би породица имала права захтевати да остане у њој, већ о личној креацији аутора, дакле о нечему на што породица може са мање права претендовати.

Свима лицима која буду оглашена за наследнике требало би признати право на уживање, као и располагање делом ауторске својине који им припада, најмање за време од тридесет година, а ако преживе тај рок онда до њихове смрти. Овај минимални рок од тридесет година потребно је утврдити ради сигурности лица којима би наследник могао уступити искоришћавање свога права. Та би лица онда била осигурана од случаја изнендане смрти наследникове. Његово одређивање је, уосталом, у првом реду корисно самим наследницима, јер би без тога тешко нашли лице коме би уз повољне услове могли уступити искоришћавање њихова права.

Што се тиче интестатског наслеђивања ауторске својине, требало би разликовати, према томе да ли се за наследство јављају сродници из прве линије, потомци и претци, или сродници из побочне линије. У првој би се линији наслеђивање могло признати *ad infinitum;* у побочној линији требало би право наслеђивања ограничити на сроднике до трећег степена сродства са аутором, и то тако, да са смрћу титулара права који је са аутором у трећем степену сродства његово право престаје и не преноси се даље на његове сопствене наследнике, изузев у колико још не буде био истекао минимални рок трајања од тридесет година. У побочној линији би се преношење ауторске својине могло вршити од једног лица на друго само у границама трећег степена сродства са аутором. Преко тог степена престајало би право сродника на наслеђивање, без икаква обзира на њихово сродство са *de cuius*-ом, увек под резервом рока од тридесет година. Објаснимо се. Аутора може наследити његов син, овога ауторов унук, овога ауторов праунук итд. у недоглед у првој линији. Ауторова унука може наследити ауторов брат, јер је он у другом степену сродства са аутором. Тог истог аутрова унука може наследити и ауторов синовац, јер је он у трећем степену сродства са аутором, без обзира на то што је у четвртом степену сродства са ауторовим унуком, кога наслеђује, дакле са *de cuisu*-ом. Води се рачуна искључиво о сродству са аутором. Исто тако ауторова унука може наследити и ауторов стриц, без обзира на то што је ауторов стриц у петом степену сродства са ауторовим унуком о чијем се наследству ради; главно је да између њега и аутора постоји трећи степен сродства. Међутим, од ауторова стрица ауторска својина не би

могла прећи на синове тога стрица, ауторову браћу од стрица, јер су они са аутором у четвртом степену сродства. Она би могла прећи на њих само у колико није протекло тридесет година од ауторове смрти, и до истека тог рока.

Поред ауторових сродника, како оних из праве линије тако и оних из побочне, и конкурентно са њима, имао би се признати известан удео у наслеђу и преживелом супругу.

Но, са нестанком ових лица, дакле са гашењем потомства, смрћу предака, смрћу супруга и заинтересованих сродника из побочне линије, ауторска својина не би требала да престане и падне у равни домен, те постане, у неку руку, општа. Ми знамо коме би то у ствари користило. Ако се жели да она у највећој мери, иако индиректно, користи друштву, приходе од ње, уживање њених користи, требало би предати живим ауторима, књижевним и уметничким организацијама, да се тиме помогне развијање књижевности и уметности. Радом прошлих генерација аутора треба да се помажу садашње генерације. Друштво у својој целини не може се другојаче користити књижевном и уметничком својином.

Ова атрибуција ауторске својине организацијама књижевника и уметника оправданија је него право многих крвних сродника аутора о чијем се делу ради. У истини, сви књижевници и сви уметници сачињавају једну широку породицу. Они су једни другима, чак и кад имају супротне идеје и мишљења о својој уметности и о свом раду, ближи него многим својим крвним сродницима. У њиховој породици често долази до велике галаме, то је истина; али то није доказ непостојања блискости и солидарности. Уосталом, у којој породици нема распри? — Треба применити да и теорија друштвене сарадње, ако јој се хоће да да колика толика прецизност, води признавању овог права књижевника и уметника на користи из дела својих претходника. Разуме се, не може бити речи о сарадњи у уском смислу речи, већ само о утицају средине. А на књижевнике и уметнике нико не врши толики утицај колико њихови претходници и савремени књижевници и уметници. Управо, једино је тај утицај директан и може се јасно запазити у књижевним и уметничким делима. Према томе, ако је књижевник или уметник обавезан према неком због помоћи у стварању дела, то је свакако, и у првом реду, према великој уметничкој или књижевничкој фамилији, и њој стога треба да иде известан део користи од његова дела.

Право на удео у подели користи од ауторске својине требало би признати ауторским организацијама у што већем броју случајева, т. ј. не само по смрти наследника, сродника и супруга, већ и конкурентно са њима, или бар конкурентно са некима од њих.

Део користи који треба да припадне књижевницима и уметницима не би се, разуме се, делио између њих. Удео сваког појединца био би и сувише мали, а и било би тешко одредити ко све има право да учествује у деоби. Тим делом, који би требао да припадне уметницима и књижевницима као целини, располагале би њихове организације; он би служио за помагање у ма ком виду њихових чланова. Можда би га чак требало поделити између тих организација и државе, да га и те организације и држава употребе у корист књижевника и уметника. То се решење код нас намеће, пошто је осећање потребе за организацијама још слабо развијено чак и у слојевима где та потреба постоји, и пошто ће код нас држава сигурно имати још дуже времена да врши и оне функције које у другим земљама обављају приватне организације.

Ово учествовање уметника и књижевника преко државе и својих организација у подели добити из дела умрлог аутора толико је оправдано и толико се намеће, да је пракса већ пошла тим путем, упркос закона. Тако француско „Друштво драмских писаца и композитора" прима, по споразуму са директорима позоришта, која су претплатници друштва, а то су сва важнија позоришта, хонорар и за представљање и извођење оних дела која су већ пала у јавни домен, пошто је истекло време за које је закон штитио искључиво право наследника. Оно тај хонорар даје великим делом искључиво наследницима, ако их има; ако их нема, ставља га у свој помоћни фонд, те се тако тим новцем користе сви чланови друштва. Оно прима хонорар и за велика класична дела која нису никад била предмет ауторске својине, чак ни у корист самих аутора! Исто је постигло са својим претплатницима и париско „Друштво музичких аутора и композитора".

Аутор може својим правом располагати тестаментом. У том случају, наследник или легатар треба да има искључиво право искоришћавања ауторске својине за време док је жив, а најмање за тридесет година после смрти ауторове. — Ако је сам наследник располагао без ограничења својим правом у корист неког трећег, тај трећи стиче право на корист од ауторске својине док је жив наследник, или најмање за тридесет година. По истеку тог рока, право ће припасти држави и заинтересованој ауторској организацији. (Ми овде говоримо само о користима ауторске својине. Питање експлоатације дела и рока трајања уступљеног права репродукције биће мало после засебно третирано). Располагање тестаментом од стране самог наследника ауторова вреди у толико, у колико је лице тако именовано за наследника наследникова у степену сродства са аутором да

може наследити; иначе, тестамент вреди до истека рока од тридесет година после ауторове смрти.

Из свега овога излази да би се наслеђивање ауторске својине вршило ван правила о деволуцији остале имовине ауторове. Тиме би се повредио принцип јединства имовине, али би, у накнаду за то у подели користи од књижевног и уметничког дела после смрти аутора, било поступљено са више правичности. Уосталом, принцип јединства наследства у свима правима је мање више повређен у корист принципа плуралности наследних маса. Ово издвајање ауторске својине из опште масе могуће је због тога што је ову својину увек могуће идентификовати; њен предмет је такав да не може ишчезнути међу осталим деловима масе.

2) — *Права појединих наследника и подела користи између позваних на учествовање у подели.* Најближим сродницима *de cuius-a* у првој линији, деци, унуцима и родитељима, могло би се признати искључиво право на користи књижевне и уметничке својине. Што се тиче осталих сродника у правој линији, уз њих би у подели тих користи могле учествовати одговарајуће књижевне или уметничке организације и држава. То би се учествовање могло искључити у неким случајевима, нпр. ако се о издржавању тих својих сродника старао аутор за живота, или, уопште, ако су ти сродници сиромашни. Иначе би удео књижевних или уметничких организација и државе растао са удаљеношћу сродства, био би нпр. 30% у деоби са праунуцима, 35% или 40% у деоби са чукунуцима, и тако редом, док не би достигао извесну висину коју не би требало да прелизи, те би за све остале потомке био исти. За деобу са претцима, дедом, прадедом, могао би се одредити сталан процент.

Преживелом супругу аутора требало би такође признати исто искључиво право као и деци, унуцима и родитељима ауторовим. Питање о одређивању дела преживелог супруга, кад је у конкурсу са потомцима, претцима или побочним сродницима ауторовим, могло би се решити као и у општем праву.

Побочним сродницима не би требало, у принципу, дати искључиво право на користи од ауторске својине. Са њима би требала да конкурише одговарајућа уметничка или књижевна организација и држава. У конкурсу са браћом и сестрама држави и књижевној, односно уметничкој, организацији могло би се признати право на један део, једнак са делом брата или сестре. Но и ово право државе и ауторске организације могло би изостати у неким случајевима, нпр. ако се аутор за живота старао о својој браћи и сестрама, или су ови сиромашни. — Ако ли се пак према држави и заинтересованој организацији налазе побочни сродници трећег степена, онда би се приходи од ау-

торске својине могли делити тако да држава и заинтересована организација добију свака по један део.

Можда би се и овде требало инспирисати идејом спроведеном у неким модерним законима социјалног осигурања, и дати удео у користи од ауторске својине поред ових лица још и свима оним лицима о којима се аутор старао док је био жив, а која су сиромашна и неспособна за рад (Ср. §§ 45 ал. 4; 70; 90 и др. нашег Закона о осигурању радника од 14. маја 1922. године). Идеја уосталом и није тако нова за српско право, пошто по § 413 Српског Гр. Зак.: „Жена по смрти мужа остаје као удовица на уживању добара мужевљевих, и ужива заједно са онима који су и за живота мужевљева учествовали..." а несумњиви представници доктрине сматрају да су тиме обухваћена и лица која је de cuius издржавао из милосрђа. (В. Драг. Аранђеловић, *Нрасл. Право*, Бд., Кон, 1925., с. 43).

Напослетку, у недостатку ма кога од ових лица, или по њиховој смрти, као и по престанку права онога коме је уступљено, уживање књижевне и уметничке својине припало би одговарајућој књижевној или уметничкој организацији и држави, које би га делиле на равне делове.

3) — *Експлоатисање дела.* Користи од дела знамо коме треба да припадну. Али тиме није решено питање искоришћавања дела. По постојећим законима, у већини земаља, то право да дело умножавају, или дозволе његово умножавање или представљање, припада наследницима, који га могу и не употребити, и тако лишити публику уживања и поуке које може дати једно књижевно или уметничко дело. Међутим, у општем је интересу да има што више, што бољих и што јефтинијих репродукција добрих дела, и да буде што више представа и извођача позоришних комада и музичких композиција. Потребно је наћи неко решење које ће више водити рачуна о легитимним интересима заједнице, а које неће повредити право наследника на користи.

Ауторска својина може дати све користи наследницима само ако им се призна право да одлуче коме ће, и под којим условима, поверити искоришћавање дела, нпр. штампање књиге, репродуковање слике или статуе. Стога им то право треба у принципу признати за минималан рок трајања ауторске својине, т. ј. тридесет година .Њима би припадало право да у том року бирају начин искоришћавања ауторске својине. Држава и уметничке односно књижевне организације сачувале би свој удео у добити, без обзира на то да ли је наследник уступио искоришћавање свог права уз накнаду или без накнаде. Тај би се удео могао рачунати према цени књиге, репродукције или улазнице.

По истеку рока од тридесет година, монопол наследника, или онога коме је наследник уступио право експлоатације, пре-

стао би, и свакоме би било дозвољено да дело експлоатише: да штампа књигу, приређује представе, репродукује слику итд. Место монопола настала би слобода. Само слобода не би значила бесплатност; напротив, сваки онај ко би експлоатисао дело био би дужан да плати извесну суму, нпр. 8% од цене штампаних књига, која би се делила између оних који на њу имају права. Тако би услед конкуренције публика била задовољена, а ни право наследника не би било повређено. Сва би тешкоћа била у организацији наплаћивања ових сума, али то није неизводљиво. Комбинованом акцијом државе и књижевних и уметничких организација, то би се дало некако извести. Овај је систем, углавном, усвојен у Енглеској, те би тамошња пракса могла дати корисне индикације за организацију наплате наследничких права.

Али то није све. Чак и у периоду од тридесет година по ауторовој смрти наследницима не би требало оставити на вољу да искористе своје право или да га не искористе, т. ј. да дозволе експлоатисање дела или да га не дозволе. Не сметнимо с ума да је главно право наследника право на материјалне користи; право дозвољавања експлоатације и уговорања њених услова признаје им се у главном за то, да би могли извући што више користи из ауторске својине, а не да би по вољи могли лишити публику дела чије су им користи уступљене. Стога би и у овом периоду требало дозволити слободу експлоатације, ако наследници не учине употребу од свог права у извесном року, нпр. ако за годину дана нису никоме хтели да дозволе представљање комада, или ако за три или пет година по исцрпљености издања не приреде ново издање, итд. На тај би начин и у овом периоду од тридесет година интерес публике био заштићен. Ни интерес наследника не би био повређен, пошто би свако ко би дело експлоатисао морао да плаћа за то неку суму новца, исто као за експлоатисање дела по истеку периода од тридесет година. Не би требало, дакле, ићи онако далеко како то чини § 230. Срп. Грађ. Зак. за својину непокретних ствари, и лишити наследника и користи права због његове неупотребе.

Ако би користи од дела имале, због непостојања наследника, да припадну одмах држави и ауторским организацијама, онда би слободу експлоатисања дела требало дозволити одмах, још пре истека рока од тридесет година.

4) — *Неимовинско ауторско право.* Из претходећих разлагања о судбини ауторске својине, имовинског ауторског права, добија се утисак да за наследнике то више није својина; пре би се рекло за право наследника да представља ужитак на нетелесној ствари. Њихово је право ограничено трајањем њихова

живота; они њиме могу располагати заувек; тридесет година после ауторове смрти, свак га може експлоатисати. Судбина неимовинског ауторског права, права којим се штити манифестација ауторове личности у његову делу, потврђује да право наследити није ништа друго до ужитак.

Ауторовим наследницима припада несумњиво и вршење тог неимовинског ауторског права. Само, обим тог права је сада много мањи него што је био за живота ауторова. Више не може бити речи о праву на модификацију, о праву да се у делу врше измене. После ауторове смрти тих промена не може бити, осим ако је аутор у свом тестаменту изрично овластио некога да то у његово име учини. Убудуће се ово право своди на чување интегритета дела. Од њега остаје само негативна страна. Па и тако сужено право је ограничено дужношћу наследника да дело експлоатишу, јер ако они дело не искоришћују, неће моћи забранити другима да то не чине.

Али поред наследника, вршење овог права треба признати и ауторским организацијама, држави, једном речју свима који се користе после ауторове смрти приходом од дела. Њихова интервенција против оних који деформирају дело довољно је оправдана њиховим материјалним интересима.

Треба ли се ту зауставити и не дати више никоме вршење овог права? Тако мисле многи. „ Не треба изложити, вели се, издаваче, штампаре, граверe, фотографе, декоратере, уметничке индустријалце, наследнике ауторове опасности да их тера по суду сваки читалац, слушалац или гледалац претворен у цепидлачког критичара и разјареног парничара" (Vaunois). Али се може, посматрајући ствари с друге стране, питати: зашто ми не би било дозвољено да се тужим против издавача, који ми место оригинала, а под именом траженог писца, даје у ствари прерађено дело? Публика, нарочито неупућена публика, треба да буде заштићена од измена дела; ако је већ ауторови наследници неће да штите и туже се на измене учињене у делу, зашто јој не дозволити да се сама брани? И није ли у интересу успомене самог аутора и тачности његове ауторске личности да дело остане неизмењено? Стога би вршење овог право требало дозволити свакоме, ко докаже да тиме штити неки, ма и најмањи, свој интерес, па био тај интерес и моралне природе.

(Летопис Матице српске, Нови Сад, 1928., књ. 318)

АПФ, 3—4/1982 — др Михаило Константиновић, Књижевни и уметнички рад и право
(стр. 308—350)

A SUMMARY

LITERARY AND ARTISTIC WORK AND RIGHTS

In the article the author discussed two main points:

firstly, what are the rights of the author or creator in relation to his work; and

secondly, what rights in relation to the author's or creator's work do his or her successors and the community have.

In order to provide answers to these questions, the author firstly discussed two preliminary questions:

firstly, what is the subject-matter of the safeguard of the rights of the author or creator; and

secodly, what constitutes the substance of that safeguard.

Talking about the subject, matter, the author feels that the subject-matter of the rights of the author is only a form in which the author has shaped his idea as the substance of the work. However, the origin of the idea which has been shaped has no significance, nor are of any significance its other characteristics (such as originality). The creation of the work as well as the end-product reflect the personallity of the author. On the basis of what has been said about the subject-matter of author's rights and the character of the activity vhich creates the work, the author concludes that author's rights should contain two kinds os authority: on the one hand, the authority which shall ensure that authors will be able to enjoy the material benefits of their work, which he terms as the author's property rights, and on the other hand, authority which shall protect the person of the author as expressed through his work, which he terms as the author's non-property rights.,

Discussing the author's property rights, the author of the article accepts and defends the point of view that this right has the feature of ownership rights and claims that it could be calledd literary or artistic ownership. Aso to its period of duration, he thinks that it should have the same tretment as the right of ownership over property, meaning that both rights may live unlimitedly and limitedly in time, depending on the treatments they are given by society.

After the author's death, the author's property rights belong to his successors (or heirs) and in the same portion to all of them, irrespective of their closeness to the author. But, the author of this article thinks that this question should be regulated in a different manner:

firstly, in respect of legal succession, a special line of successors should be determined, which would be diferent from those determined by standing law; and

secondly, that line of successors, besides the closest blood relatives vhich the author particularly designates, should include the living husband or wife of the author.

After the period of time for inheritance has lapsed, if this right is limited in time, the income from the author's works should be turned over to his organizations; even during the time that any of the successors are still living, these organizationns should be included in the share of the income. The State could also, after the time for inheritance has lapsed, participate in the sharig of the benefits of the author's works. Both the organizations and the State could utilise these funds for the development of literature and the arts. The author is of the opinion that those parties enjoying the author's financial support during his lifetime, who are poor or incapable of supporting themselves, should also be left a portion. Finally, speaking of inheritance by will, the aunthor says that this type os inheritance should reach the

time limit within the scope of which legal inheritance of author's right would be possible.

Referring to the author's non-property rights, the author of this article says that this right, that is its performance and safeguard, belongs to the author's heirs but according to him, the performance and safeguard of this right should fall under the competence of the author's organizations and also the State, as well as to each and everyone having any material or moral interest whatsoever.

RÉSUMÉ

LE TRAVAIL LITTERAIRE ET ARTISTIQUE ET LE DROIT

L'auteur a elaboré dans le travail deux questions fondamentales: premièrement, quels sont et de quelle sorte sont les droits Jue possède l'auteur en relation avec son oeuvre d'auteur et, deuxiémement, quels sont les droits en relation avec l'oeuvre d'auteur que possedent les héritiers de l'auteur et la communauté. Pour répondre à ces questions, l'auteur a d'abord exposé deux questions préalables; en premier lieu, qu'est-ce qui est l'objet de la protection du droit d'auteur et, en second lieu, en quoi consiste cette protection (quel est son contenu).

En parlant de l'ojet, l'auteur conclut que l'objet du droit d'auteur de l'auteur est seulement la forme dans lequelle l'auteur a façonné l'idée en tant que contenu de l'oeuvre d'auteur. Touefois l'origine de l'idée qui est façonnée n'a aucune importance, de même ses autres qualités spécifiques ne présentent aucune importance (par exemple l'originalité). Le travail par lequel est créée l'oeuvre d'auteur, comme l'oeuvre même, refléte la personnalité de l'auteur. Sur la base de se qui a été exposé plus haut sur l'objet du droit d'auteur et le caractère du travail par lequel l'oeuvre est créée, l'auteur tire la conclusion que le droit d'auteur de l'auteur doit contenir deux sortes d'autorisations: d'une part, les autorisations qui assureront à l'auteur la jouissance des bénéfices matériels de l'oeuver, qu'il appelle le droit d'auteur patrimonial et, d'autre part, les autorisations qui protégeront la personnalité de l'auteur qui se manifeste dans son oeuvre, qu'il appelle la droit d'auteur moral

En examinant le droit d'auteur patrimonial, l'auteur adopte et défend le point de vue selon lequel ce droit a les formes du droit de propriété et il considère qu'on peut l'appeler la propriété littéraire et artistique. En ce qui concerne la durée de ce droit il estime qu'il doit avoir le même traitement que le droit de propriété sur les choses, ce qui signifie qui les deux droits peuvent avoir une durée illimitée et une durée limiitée, ce qui dépend du traitement qui leur est attribué par la societé.

Après la mort de l'auteur. le droit d'auteur de l'auteur appartient a ses héritiers, dans les mèmes proportions sans égards à leur liaison avec l'auteur. Cependant, l'auteur considère que cette question doit être réglée d'une manière différente: en premier lieu, il faudrait, quand il est question de la succession légale, instituer un cercle spécial d'héritiers, qui diffère de celui qui peut se présenter généralement dans les successions; en second lieu, dans ce cercle à part les parents les plus proches, que l'auteur énumère avec précision, il faudrait inclure aussi le conjoint survécu. Après l'échéance du délai pour la succession, si ce droit a une durée limitée, les revenus des

oeuvers d'auteurs devraient être transmis aux organisations de l'auteur: il faudrait même du vivant des héritiers, leur reconnaitre la participation dans le partage des revenus des oeuvres d'auteur. Tant les organisations que l'Etat utiliseraient les bénéfices réalisées pour le développement de la littérature et de l'art. L'auteur considère que même les personnes que l'auteur entretenait pendant sa vie, et qui sont pauvres et incapables pour le travail, pourraient participer au partage des bénéfices des oeuvres d'auteur. Enfin, quand il est question de l'héritage testamentaire, l'auteur estime que cette succession doit s'étendre jusqu'à la limite du temps dans la sphère qui est possible pour la succession des droits d'auteur.

En ce qui concerne le droit d'auteur moral l'auteur considére que ce droit, c'est-à-dire son exercice et sa protection, appartiennent aux héritiers de l'auteur, mais, à son avis, l'exercice et la protection de ce droit devraient être reconnus aussi aux organisations de l'auteur, et à l'Etat et à toute personne qui a soit un intérêt matériel soit un intérêt moral.

UDK — 347.65/68

ТЕНДЕНЦИЈА МОДЕРНИХ ЗАКОНОДАВСТАВА У СМИСЛУ ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА НА НАСЛЕЂИВАЊЕ

Мало је које право било тако жучно дискутовано као право на наслеђивање. Оно је критиковано и брањено и са економске, и са политичке, и са правне тачке гледишта. Све те дискусије припадају, у главном, прошлости, те их није потребно ни најповршније резимирати. но што је од њих остало као најинтересантније, то су, несумњиво, разни предлози за реформу права на наслеђивање. А тих предлога има од више врста: док једни иду за тим да оставиоцу прибаве што већу слободу у располагању његовом имовином, други ту слободу ограничавају ради заштите интереса чланова породице оставиочеве. Нарочиту групу сачињавају предлози за ограничење права на наслеђивање. Како се и законодавства многих земаља развијају у том правцу, и како се иста тежња осећа и у неким нашим законима, то ће у идућим редовима бити речи само о ограничењу права на наслеђивање.

I

Из критике права наслеђивања произишли су многобројни и разноврсни пројекти за његово ограничење. По некима од њих имало би се држави признати право на законско наслеђивање у свима случајевима: удео државе у подели заоставштине не имао би да буде различит у разним случајевима, и имао би да зависи од величине заоставштине и степена сродства између умрлог лица и његових наследника. Неке присталице ове реформе захтевају да се држави загарантује нужан део, резерва, који би био ван домашаја воље оставиоца, и не би могао бити окрњен ни тестаментом, ни поклонима, ни уговором о наслеђу. — По другом једном предлогу, имао би се ограничити што уже број сродника са наследничком вокацијом: право на наслеђивање би се имало признати само најближим сродницима, нпр.

свима сродницима у правој линији, и само неким у побочној, као браћи и сестрама. У свима осталим случајевима заоставштина би имала да припадне држави. Уз то би требало великим порезама оптеретити свако наследство, и те би порезе требале да расту прогресивно према удаљености сродства и према величини заоставштине. — По мишљењу Стуарта Мил-а, законом би требало одредити максимум који би се могао стећи путем наслеђивања. — Најзад, по некима, сваком би лицу требало признати право да наследи своје сроднике, и да остави својим сродницима имовину коју је сам стекао. Ону, пак имовину коју је неко добио наслеђем, не би добили његови наследници већ држава. Другим речима, наследник би према, наслеђу био у положају плодоуживаоца: његово би право на уживање наслеђеног имања трајало до његове сопствене смрти, када би се гасило и када би његов предмет ишао држави. Извесне присталице овог разликовање стеченог и наслеђеног имања узимају то разликовање само као основ за различито опорезивање саставних делова заоставштине.

Ови разни предлози не исцрпљују листу предлога за реформу наследног права. Постоје још многи други који, већином, представљају комбинацију принципа ових предлога. У основи свију њих налази се једна главна мисао, а то је ограничење права на наслеђивање.То ограничење треба да је двојако: ограничење броја крвних сродника који могу наследити, и ограничење наследничког удела. И једним и другим има да се користи држава.

II

У многим законодавствима приступило се, нарочито после рата, реформи права наслеђивања, и то скоро без изузетка у смислу његовог ограничења. Тај је процес још у току, и врло је вероватно да се неће завршити ни брзо ни лако. За реформу једне тако старе установе као што је наслеђивање, која је дубоко срасла са обичајима, требаће доста времена, иако је та реформа нужна и неминовна.

Аустријски грађански законик од 1811 ограничавао је законско наслеђивање на шест колена брачног сродства, позивајући на наследство, прво, децу оставитељеву и њихове потомке; затим, родитеље оставитељеве и њихове потомке; после ових, дедове и бабе са њиховим потомством; онда, прадедове и прабабе са потомством; за њима прапрадедове и прапрабабе са њиховим потомством, и, најзад чукундедове и чукунбабе оставитеља са онима који су од њих произишли (§§ 751 и 753). Овај круг законских наследника знатно је сужен 1914 године,

када је право законског наслеђивања ограничено на прва четири колена брачног сродства. Од четвртог колена право на наслеђивање имају једино прадеде и прабабе, дакле, не и њихово потомство (§ 741). Па и они су искључени, ако је умрли оставио иза себе супруга у животу, који добија цело наследство, „ако нема ни наследника првог или другог колена, нити деда и баба" (§ 757).

Развитак наследног права вршио се у Француској такође у смислу све већег ограничавања права сродника и последника. Постепено је ограничаван број лица са наследничком вокацијом и повећаван порез на наслеђе.

Што се тиче наследничке вокације, број лица која могу бити позвана на наслеђе радовно је бивао све мањи. По закону од 17 нивоза године II, сваки сродник умрлога могао је бити позван на наслеђе, само ако није било ближих сродника; ниједан степен сродства није био искључен. Грађански законик ограничио је право на наслеђе на рођаке до дванаестог степена сродства (чл. 755). Законом од 31 децембра 1917, чл. 17, којим је тај пропис Грађанског законика измењен: ограничено је право на наслеђивање на сроднике до шестог степена сродства, ако је умрли био способан да направи тестамент; иначе, ако је умрломе та способност недостајала, могу га наследити сродници до дванаестог степена сродства. У случају непостојања сродника до шестог, односно дванаестог степена сродства, заоставштину добија држава. О положају државе према заоставштини која јој припада било је дуго дискутовано; у последње време и доктрина и судска пракса сматрају државу као наследника. „Ред наслеђивања, вели у једној примедби на једну пресуду познати француски правник A. Colin, оснива се на претпостављеним афекцијама човека. Зар заједница, велика заједничка породица којој сваки од нас тако много дугује, нема право на један део његових афекција?"

Паралелно са сужавањем круга сродника са наследничком вокацијом ишло је у Француској стално повећавање порезе на наслеђе. Тарифе установљене законом од 25 јуна 1920 године много су веће од оних утврђених законом од 22 фримера године VII. Примера ради ево неколико бројева. Од сваке заоставштине држава наплаћује таксу на њен чист глобалан износ, па затим порез од сваког наследника. Процент таксе на чист глобалан износ заоставштине варира према степену сродства наследника са умрлим и према величини заоставштине. Тако, за потомке она се креће између 0,25% до 21%, према величини заоставштине, док за остале сроднике она износи од 3% до 39%. Процент наследничког пореза, који се плаћа на чист део сваког наследника, такође зависи од степена сродства

и величине наследничког дела. Потомци, према величини њихових удела плаћају од 1% до 18%, браћа и сестре од 10% до 44%, сродници даљи од четвртог степена плаћају од 25% до 59%. У неким случајевима такса на заоставштину и наследнички порез заједно претстављају износ неколико пута већи од онога што остаје наследнику. Да оно што остаје наследнику не би било несразмерно мало према ономе што узима држава прописано је у чл. 30, ст. 4 истог закона да такса и порез не смеју премашити 80% наследничког дела.

Овим бројевима непотребна су објашњења. Из њих јасно излази тежња државе да у подели заоставштина узме предоминантан положај. Она то чини на тај начин што таксама и порезима смањује удео наследника, пошто је претходно сузила круг тих наследника. То двоструко ограничење извршено је, дакле, у корист државе. Није ли оно индиција, да се развитак наследног права врши у правцу признања државе за наследника, који би конкурисао са свима осталим наследницима, а који би према некима имао привилегован положај?

Тежња за ограничењем права наследника осећа се мање или више у скоро свима законодавствима. Као у Француској, то право припада у Шпанији и неким државама (нпр. Чиле Аргентина, Перу) сродницима до шестог степена сродства. Румунским законом од 1921 и енглеским од 1922 такође су искључени из наследства сви удаљенији сродници.

Иста се тенденција осећа и у нашем законодавству. Она још није добила израза у неком општем закону о наследству, али је се манифестовала у читавоме низу посебних закона. То је случај са законом о добровољцима од 31 августа 1928 године. По томе закону, сваки добровољац добија бесплатно земљу за насеље. Ако добровољац умре пре него што му је земља додељена или пре него што додељена му земља пређе у његову својину, „право на добијање земље прелази на чланове његове породице" (чл. 3. ст. 2). Али се закон није ту зауставио, већ је набројао лица којима се признаје право да наследе добровољачко право на добијање земље. То су: „деца, удова као и његови родитељи, ако су му родитељи сиромашног стања и он им је био једини хранилац. Исто право признаје се браћи и сестрама, ако је добровољац већ добио земљу и ако им је био хранилац" (чл. 3, ст. 2). Право на добијање земље по закону о добровољцима не прелази, дакле, на наследнике по општим правилима о деволуцији заоставштина. За њега постоје нарочита, изузетна правила, код којих је нарочито важно и интересантно што је круг евентуалних наследника сведен на минимум. Он је, чак, ужи од врло уског круга наследника по Совјетском грађанском законику. (Поводом овог закона о добровољцима може се запазити

још једна тенденција у модерном наследном праву, а то је замењивање принципа јединства масе принципом плуралности маса. Али то не спада у ужи оквир ове студије). — У неким другим нашим законима није управо ограничено право на наслеђивање у корист неких сродника, већ је породица, која је основ сродству претрпела измене. Наслеђивање се оснива на својини и породици; зато је свака промена у законодавчеву схватању породице од значаја за наследно право. Стога је врло интересентан чл. 45, т. 5, б. ат. 2, закона о осигурању радника од 14 маја 1922 по коме: „Под члановима породице имају се разумети: венчани или невенчани брачни друг, брачна, ванбрачна или усвојена (адоптирана) деца, родитељи, дед, баба, унуци, браћа и сестре осигураника". — У истом смислу могли би се навести и неки прописи инвалидског закона од 4 јуна 1929 године, као што су § 4, ст. 4, § 12, ст. 1 и други.

III

Нарочиту пажњу заслужује организација права наслеђивања у данашњој Русији. У релативно кратком размаку времена то је право имало у Русији једну интересантну историју. Ми ћемо се са њом укратко упознати испитујући ограничења совјетског законодавства с обзиром на лица која могу бити наследници и с обзиром на вредност наследства. Томе ће бити додато неколико речи о тестаменталном наслеђивању.

Наследници. — Декретом од 14/27 априла 1918 године укинуто је наследно право. Према члану 1 тог декрета: „По сопственикову смрти добра која су му припадала постају државна својина". За време важења овог декрета а то је до 1 јануара 1923 године, када је ступио на снагу Совјетски грађански законик, пошто није било наслеђа не може се ни говорити о наследницима. Без обзира на то кога је умрло лице оставило иза себе, сва његова добра припадају држави од тренутка његове смрти. Изузетно само, неким лицима држава даје издржавање из заоставштине: то су сродници умрлог лица у правој линији (његови претци и потомци), затим његова браћа и сестре и најзад преживели супруг. Но и то издржавање не припада овим лицима безусловно и у сваком случају. То им издржавање припада ако су неспособна за рад, а иначе немају откуда да се издржавају. — Само ако заоставштина не превазилази вредност од 10.000 рубаља, она се предаје означеним сродницима и супругу.

Такав је био режим установљен декретом од 14/27 априла 1918 године којим је укинуто наслеђе. Пошто је његово спровођење у живот наишло на разне тешкоће, од којих није била

најмања одсуство органа који би требали да се старају о свима заоставштинама које су по декрету припадале држави, једном уредбом од 22 маја наређено је васпостављање права наслеђивања и постављени су његови основни принципи. Грађански законик који је израђен исте године регулисао је наследно право на основу тих принципа. Према његовом чл. 418, наследно право припада „потомцима, преживелом супругу и лицима која су неспособна за рад или лишена средстава за издржавање, а која су била потпуно на терету умрлог лица најмање годину дана пре његове смрти". Претци и побочни сродници немају право на наслеђивање као такви; они могу постати наследници само ако се о њима старао умрли у последњој години свог живота, а уз то су неспособни за рад или су без средстава за издржавање. Наследно право на основу крвне везе припада, дакле, само потомцима. Тиме су наследници на основу крвне везе сведени на најужи круг. Треба, ипак приметити да ово сужавање значи истовремено и једно проширавање у поређењу са осталим европским законодавствима: пошто по Законику о породици не постоји никаква разлика између ванбрачног и брачног сродстава (чл. 133), то право на наслеђе припада подједнако и ванбрачном и брачном потомству. Али, ако је свео на минимум наследнике из круга крвних сродника, и тако отишао најдаље у правцу у коме се крећу сва модерна законодавства, Совјетски грађански законик увео је једну интересантну новину, признајући наследно право и свима лицима о чијем се издржавању старао искључиво умрли, без обзира на то да ли су она његови сродници или не. Совјетски законодавац је сматрао да је издржавањем неког лица умрли показао јачину везе између себе и тог лица. Пошто је породица сведена данас на најмањи израз, јер је сачињавају само родитељи и деца, то совјетско законодавство води рачуна о крвној вези у питању деволуције наслеђа само уколико се ради о потомцима. За одређивање осталих наследника место критеријума крвне везе, чија је јачина изузев најуже сроднике данас све слабија, узета је чињеница да се умрли старао о издржавању неког неспособног и невољног лица.

Међу наследницима заоставштина се дели на једнаке делове. Грађански законик не познаје редове наследника. „У случају законског наслеђивања, вели § 420, заоставштина се дели по главама на равне делове између свију лица означених у § 418". Тако, син добија колико и супруг, колико и унук, колико и невољно лице о коме се умрли старао.

Наслеђе. — По декрету од 14/27 априла 1918 свака заоставштина је припадала држави. Само она која није била веће вредности од 10.000 предавана је сродницима у правој линији, браћи и сестрама и супругу. Суд је имао да одреди у коме ће

се реду позивати ова лица на наслеђе и колики ће бити њихови удели.

Васпостављајући право наслеђивања, Грађански законик је одредио максималну вредност која се може наследити. Према његовом § 416 то је 10.000 златних рубаља. Та сума остаје увек иста без обзира на број наследника. Она се рачуна по одбитку свију дугова умрлога. Ако чиста актива износи више од 10.000 златних рубаља, наследницима се даје вредност до 10.000, а сав вишак припада држави. Држави припада и свака заоставштина за коју нема наследника, као и заоставштина које су се одрекли сви наследници. Њој припада и део наследства оних наследника које је завешталац искључио из наследства, као и део оних који су се одрекли наследства (не постоји право прираштаја).

Примена овог ограничења наслеђа наишла је на разне тешкоће. Стога је једном уредбом од 28 фебруара 1926 то ограничење укинуто и постављено правило да се целокупно наслеђе има предати законским наследницима. У уводу овог значајног текста наведени су следећи разлози овог обрта: „У циљу да се олакша продужење постојања трговачких и индустријских предузећа после смрти њихових сопственика, као и да би се створили повољнији услови за образовање и прилив материјалних богатстава . . .“ Али се држава није одрекла своје намере да и даље учествује у подели користи од заоставштина. Она то више не чини узимајући од сваке заоставштине један део за себе, већ оптерећујући их великим порезама.

Тестаментално наслеђивање. — Оно је ограничено исто као и интестатско наслеђивање. Тестаментом се може оставити само лицима која закон позива на интестатско наслеђивање. Тестатор може оставити све имање једном од њих. Совјетски грађански законик не познаје установу резерве или нужног дела. Тестатор може своје имање тестаментом поделити на начин другојачи од оног предвиђеног у закону. Најзад, он може искључити једног или више наследника, у ком случају њихови делови припадају држави. — Легат може бити учињен и тестаментом само у корист неког законског наследника. — До реформе од 1926 године тестатор је могао располагати само једним делом наследства, до износа 10.000 рубаља, пошто је сувишак имао да припадне држави; после те реформе он може располагати целокупном имовином.

IV

Ма колико да су били основани у правичности приговори који су чињени установи наслеђивања, нису они изазвали њено

данашње ограничавање, које је само предзнак дубљих промена. Ти су приговори чињени и раније, па ипак нису онда довели ни до каквог резултата. Шта је онда разлог данашње еволуције права на наслеђивање?

Право наслеђивања почива, у главном, на двема установама: на породици и на приватној својини. Оно је њихова еманација и њихово продужење. Без наслеђивања приватна својина би изгубила једну од својих вековних особина, а то је вечитост, а породица не би имала ону снагу, која јој је у ранијим временима била неопходна.

Данас, међутим, и породица и својина предмет су дубоких промена. Породични осећај, крвна веза, изгубили су много од своје јачине. Разлози за то су многобројни. Породична солидарност изгубила је од свог значаја чим су држава и друге организације узеле на себе функције које је некад вршила породица. Данас се породица у главном своди на родитеље и децу. Нису без разлога остали сродници, изузев браћу и сестре, названи „насмејани наследници". Еволуција породице отишла је понегде у законодавству тако далеко, да се, с једне стране, не прави разлика између брачног и ванбрачног сродства, и да се, с друге стране, у неким законима не води рачуна о породици, већ о домаћој заједници. Веза која произилази из заједничког живота почиње да се сматра важнијом од крвне везе. Разумљиво је онда зашто наслеђивање, основано једним делом на крвној вези, постепено губи терен у законодавству.

Исто је и са својином. Док је раније била сматрана као право о коме сопственик не дугује никоме рачуна, данас почиње преовлађивати мишљење о својини као социјалној функцији. Својина се оправдава друштвеном корисћу; то значи да њено вршење мора одговарати друштвеним интересима, а одатле па до права заједнице да њено вршење повери онима који ће је најбоље друштвено искористити, мало је простора. У сваком случају заједница не може остати равнодушна при преносу својине путем наслеђивања.

Најзад, поред еволуције породице и својине, која је повукла еволуцију права на наслеђивање у смислу његовог ограничења, ради потребног разумевања ове последње потребно је још истаћи све већу улогу државе у друштвеном животу и животу појединаца. Представник друштвене солидарности, она је позвана да све више и више узима учешће на свима пољима друштвене активности. Користи које сваки појединац има од те активности све су веће. Није ли онда природно да један део сваћије заоставштине припадне ддржави, као што је некад припадао породици, док је ова вршила само неке од функција модерне државе?

Еволуција породице и својине, као и све већа улога државе у сваком погледу, изазвали су у модерним законодавствима промене у праву наслеђивања. Врло је вероватно да ће се те промене наставити и даље упоредо са еволуцијом породице и својине и са развијањем улоге државе, и да ће у будућности право на наслеђивање бити признато најужем кругу крвних сродника и лицима која су живела у домаћој заједници са оставаоцем, а, можда, и држави. У сваком случају држава данас показује намеру да узме све већег учешћа у подели свију заоставштина, било повећавањем такса и пореза на наслеђа, било захтевањем једног дела заоставштине.

(Друштвени живот, 1930)

A SUMMARY

TENDENCIES OF MODERN LEGISLATURES IN RESPECTS OF LIMITATION OF THE RIGHT TO INHERITANCE

The main tendencies in the inheritance laws after the First World War were toward limitation of the rights of inheritance.

Theoretical projects concerning methods of this limitation ranged from the recognition of the State as the legal, or even, necessary heir to the reduction of the number of relatives with the inheritance vocation and the introduction of high inheritance taxes, as well as the limitation of maximum value of inheritance. The general idea was that this limitation should act in two ways:

a) to reduce the number of blood relatives as legal successors, and
b) to limit the portion of inheritance.

Reform is inevitable, but its implementation will be neither quick nor easy, bearing in mind the fact that inheritance is a very old institution which is deeply rooted in common law. By analysing legal regulation pertaining to inheritance, especially Austrian, French and Yugoslavian, confirmation of the main thesis may be come by.

The limitation of inheritance is particulary notable in Soviet Law. After the re-establishment of inheritance law (abolished by the known Decree of 1918.) there ensued the limitation of the number of relatives as legal successors, also the limitation of the maximum value of inheritance. Certain novelties are established, such as: legal and common law marriage are equal; the fact of support became an indepedent basis for legal inheritance; the principle of equal inheritance quotas for all successors; the State acquires a very favourable position. Testamentary disposition of a will is, although there is no part of inheritance covered by dower rights, limited in such a way that the testator cannot appoint an heir outside the line of legal successors.

The conclusion is that these changes in the law of inheritance are influenced by changes taking place in the family and private ownership over property, but also, changes in the role of the State which has taken over many functions of the family. Therefore, it is forseeable that the law of inheritance shall in the future recognise the most resticted number of blood relatios, then hwo had lived in the household of the deceased and perhaps, to the State.

RÉSUMÉ

LES TENDANCES DES LEGISLATIONS MODERNES DANS LE SENS LA LIMITATION DU DROIT A LA SUCCESSION

La tendance principale dans les droits de succession après la Première guerre mondiale consiste dans la limitation du droit à la successioin.

Les projets théoriques relatifs au mode de cette limitation se développent à partir de la reconnaissance de l'Etat comme héritier légal et même héritier nécessaire, par le resserrement des parents avec la vocation successorale et l'introduction des impôts éleves à la succession, jusqu'à la détermination des valeurs maxima de l'acquisition par la voie de succession. La pensée principale est que la limitation doit être effectuée et elle se développera dans deux sens: — le resserrement de la sphère des parents rattachés par le lien de sang en tant qu'héritiers légaux — et la limitation de la part successorale.

La réforme est inévitable, mains son application ne sera ni bientôt ni facile, en prenent en considération que la succession est une institution très vieille et profondément enracinée dans les coutumes. L' analyse des prescriptions de droit successoral, surtout du droit autrichien, français et jougoslave permet d'arriver à la confirmation de la thèse fondamentale.

La limitation de la succession est particulièrement visible dans le droit soviétique. Après le rétablissement du droit successoral (qui a été aboli par le décrêt bien connu de 1918) en est résulté la limitation de la sphère des partents en tant qu'héritiers légaux ainsi que la limitation de la valeur maxima de la succession. Les nouveautés déterminées ont été introduites, à savoir: l'égalsation de la parenté légitime et de la perenté naturelle; le fait de l'entretien devient la base autonome pour la succession légale; le principe est établi des quote-parts successorales égales pour tous les héritiers; l'Etat obtient une condition successorale très favorable. La succession testamentaire, quoiqu'elle n'a pas la part neccessaire, est limitée de telle sorte que le testateur ne peut pas désigner le successeur en dehors de la sphère des héritiers légaux.

A la fin la conclusion est formulée que les changements dans le droit successoral sont conditionnés par les changements qui ont lieu dans la famille et dans la propriété privée, mais, de même, par changements dans le rôle de l'Etat qui a entrepris de nombreuses fonctions de la famille. Sur cette base on prévoit que dans l'avenir le droit à la succession sera reconnu à la sphère la plus resteinte des parents rattachés par le lien de sang, ensuite aux personnes qui vivaient en communauté familiale avec le testateur et éventuellement, à l'Etat.

UDK — 340

ПРАВО, СИЛА И ПРАВИЧНОСТ

Кад дискутују питање суштине права, скоро сви аутори осећају потребу да ситуирају право према сили и онда га неки идентификују са силом а неки га њој опонирају. Они први су наведени на то констатујући врло многобројне насилне измене правног поретка. У том схватању утврђује их појава да моћни утичу јаче на формирање права, као и очигледна чињеница да право без санкције (коју пружа организована друштвена сила) практично не значи много. Право је немоћно да увек натера силу да му служи, а сила може располагати правом. Уз то се примећује, да се сила не манифестује увек брутално виолентно, већ да се често маскира, што не мења њену суштину. — Други мислиоци, уверени у свом осећају правичности, хтели би да грубој сили одрекну тај значај и да праву дају боље и племенитије основе него што је сила. По њима се право и сила искључују, јер једно не дира друго. Идентификовати право и силу, значи, по њима, декуражирати добре и наводити на насиља против поретка. Таквим схватањем се легитимира свако насиље и деморалише друштво. Право, дакле, није сила већ израз правичности.

У истину, ни једно од ова два супротна схватања, са свима њиховим нијансама, а оне су многобројне, не изгледа тачно. Нити је право сила, нити је оно израз правичности. Оно се не сме са њим идентификовати, као што се дејство не сме идентификовати са узроцима па ни са појединима од њих. Праву је потребна сила као што је на пример, биљу потребна вода или сунчана светлост. И као што се не може рећи да је биљка вода или сунчана светлост, тако се не може рећи да је право сила. Уосталом, силом се не може ништа против природе ствари, и ако спровођење извесног правила у датој заједници није омогућено условима живота те заједнице, оно се силом не може натурити. Разни покушаји у данашњој Русији могу дати доказе за то. Родоскрвљење је никад било врлина; ко би га

могао данас силом наметнути у некој цивилизованој држави? — Не може се рећи ни да је право правичност, јер схватање правичности варира ни само у времену, већ и према срединама; чак и у једној истој средини разни друштвени слојеви могу имати различито схватање правичности. За Аристотела је установа ропства била основана у самом природном праву, а данас се сматра да су и слободни радници у сувише великој зависности од послодаваца, те сва модерна законодавства преузимају разне мере за обезбеђење радникове независности. Лепо је Паскал приметио да „мењајући климу правилно или неправилно мењају и квалитет. Три степена уздигнућа пола изврћу целу јуриспуденцију. Један меридијан одлучује о истини... Оно што се сматра за истину с ове стране Пиринеја, сматра се за заблуду с оне стране".

Ако право није ни сила ни правичност, у каквом је оно односу према њима?

У стварању обавезних правила друштвеног понашања учествују разни фактори. Законодавац само формално ствара правна правила; стварни извори права налазе се много дубље. Законодавац даје израз праву које се ствара у заједници. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure qoud est regula fiat. Право сваке заједнице одговара тежњама и потребама те заједнице.

Али, у једној истој заједници разни слојеви и групе могу имати супротне тежње и бити у сукобу међу собом. Тако обично и јесте. Поред једног мањег броја ствари у којима су сви сложни, појединци и групе имају супротне интересе, налазе се у неслагању у погледу других ствари. Њихове тежње су супротне. Изгледало би стога да право једне заједнице не претставља тежње оног друштвеног слоја, који је довољно јак да наметне своју вољу.

У ствари, право сваке заједнице је р е з у л т а н т а тих супротних аспирација и напора појединаца, група и класа, који је сачињавају. При одлучивању у тим сукобима учествују и сила, моћ у свим видовима: богатство, морални углед, каткад и брутално насиље. И ти сукоби никако не престају. Са нестанком једног разлога за борбу настају други, и правно правило које је настало из једног сукоба, већ припада историји. Увек се нађе интереса које оно не задовољава и чија ће коалиција започети борбу за његово уклањање. Тако се право налази у сталном постајању. Са већим или мањим напором оно еволуира према еволуцији потреба и идеала дате заједнице. Што при томе долази по некад до изражаја са разним факторима стварања права и сила, то се најчешће да обранити несагласношћу постојећег права са стварношћу; тек, из тога се не може закључити да се право идентификује са силом. Фамозне речи о сили која

игра улогу бабице при рађању новог друштвеног поретка, тачне су са тим додатком, да има много порођаја који се сасвим нормално заврше и без интервенције бабица.

У сукобу супротних тежњи из кога стално настаје право, осећање правичности игра не малу улогу. Ако нисмо увек склони да осетимо неправичност нашег држања, ми увек осећамо када наши противници делају неправично, и то нас подстрекава на отпор. Стога се за право може рећи да је оно, у извесном погледу и у извесној мери, резултат реакције нашег осећања правичности на силу. Та реакција може имати разне степене интензитета, бити јача или слабија, и право ће према томе бити ближе или удаљеније од правичности, како је ми осећамо.

(Социјална мисао, година IV, број 11, Загреб, 1931)

A SUMMARY

THE LAW, FORCE, AND LEGAL EQUITY

According to the author, it is wrong to identify the law either with force or with legal equity; the law is neither force nor an expression of equity.

In fact, the law of every community is the *resultant* of adverse aspirations and efforts of individuals, groups and classes it consists of. In the resolution of conflicts there is the use of force, power in all respects: wealth, moral reputation, sometimes even brutal violence. These conflicts never cease. With the disappearance of one cause there emerge others, so the legal rule originating from one conflict, already belongs to history. So law is in a state of perpetual birth. With more or less effort, it evolves toward the evolution of needs and ideals of a given community. The fact that force is being resorted to during that process (together with other factors of the creation of faw), is most often explained by the discord of existing law with reality.

In conflict of adverse aspirations perpetually resulting in the emergence of new law, the sense of equity plays not a meagre role. If we are not always inclined to sense the inequity of our behavior, we always feel when our adversaries act that way, provoking us to resistance. It may then be said for law that it is, in a certain way and to a certain extent, the result of reactions of our sense of equity against the use of force. This reaction may have varying degrees be more or less pronounced, and alike, the law will be nearer or farther away from equity as we feel it.

RÉSUMÉ

LE DROIT, LA PUISSANCE ET L'EQUITE

Selon l'auteur, il est faux d'identifier le droit soit avec la puissance soit avec l'équité; le droit n'est ni une puissance ni l'expression de l'équité.

En réalité, le droit de toute communauté est la *rèsultante* des aspirations et des efforts opposés des individus, des groupes et des classes qui la forment. A la prise des décisions dans ces conflits participent la puissance, le pouvoir sous tous les aspects: la richesse, la réputation morale et parfois la violence brutale. Et ces conflits ne cessent point du tout. Dès la disparition d'une raison pour la lutte d'autres prennent naissance, et la règle de droit qui a résulté d'une lutte appartient déjà à l'historie. Ainsi le droit se trouve dans l'évolution constante. Avec un effort plus ou moins grand il évolue d'après l'évolution des besoins et des idéaux de la communauté donnée. Le fait qu'à cette occasion la puissance prend parfois toute sa puissance (avec différents autres facteurs de la formation du droit) peut être expliqué par la discordance du droit existant avec la réalité.

Dans la lutte des tendances opposées de laquelle résulte constamment le droit, le sentiment de l'équité joue un rôle qui n'est pas négligeable. Si nous ne sommes pas toujours disposés à sentir l'iniquité de notre attitude, nous apercevons toujours quand nos adversaires se comportent avec iniquité, ce qui nous incite à faire opposition. C'est pourqoi on peut dire pour le droit qu'il est dans un certain sens et dan une certaine mesure, le résultat de la réaction de notre sentiment de l'èquité contre la puissance. Cette réaction peut avoir plusieurs degrés, elle peut ètre plus forte ou plus faible, en conséquence de ce fait le droit sera plus proche ou plus éloigné de l'équité telle que nous la concevons.

UDK — 347.4

ХИПОТЕКА НА СТОЦИ

Хипотека на стоци је само један случај покретне хипотеке, а питање покретне хипотеке настало је из жеље, да се сопственику покретне ствари омогући да лако дође до кредита и да при томе сачува државину ствари и користи које су са њом везане.

По прописима који данас важе у заложном праву скоро свију земаља па и код нас, то у принципу није могуће. Залагање покретне ствари врши се предајом ствари заложном повериоцу, за разлику од онога што бива кад се ради о залагању непокретне ствари, где ствар остаје и даље у државини дужника, а само се постојање терета убележава у јавне књиге. Таквом организацијом модерно је право потпуно постигло циљ залоге, а то је с једне стране, осигурање повериоца, и, са друге, обавештавање трећих лица о постојању терета. Публицитет који се код залагања некретнина постизава интабулацијом, постизава се, у случају залагања покретне ствари предајом ствари заложном повериоцу. Најзад, предаја покретне ствари повериоцу, ма колико да је иначе незгодна за залагача, користи индиректно и њему. Предајом ствари, публицитетом терета који на њој лежи, штити се залагачев лични кредит, пошто је кредите у функцији повериочеве сигурности: без тога треће лице неби знало за постојање залоге на неким покретним стварима дужникове имовине, и бојећи се скривених заложних права, чинила би му поверење у много мањој мери. — Укратко предаја ствари заложном повериоцу је битан услов модерне покретне залоге и тиме се истовремено штите и итереси заложног повериоца и интереси трећих лица, а и неки интерес самог залагача. Само се на непокретним стварима стиче заложно право без депосесије дужника и без њихове предаје заложном повериоцу.

То различито поступање при залагању са покретним и непокретним стварима је у основи разумљиво. Непокретности

се могу лако разликовати једне од других; оне се не могу изгубити, а нису ни изложене већем кварy. За обезбеђење повериоца није потребно да му се оне предаду. Другојаче је са покретним стварима, које се већином тешко распознају, које је лако прикрити, а од којих су многе изложене опасности да се покваре. Стога изгледа природно, да се употреба хипотеке ограничи на непокретне ствари, као и да се употреба покретности у циљу обезбеђења повериоца дозволи само у виду ручне залоге.

Међутим, то строго разграничење домена хипотеке и залоге према природи ствари које оптерећују, иако прокламовано у многим законицима, није скоро нигде потпуно сачувано. Сва модерна права знају за случајеве заложног права на покретној ствари без одузимања државине од дужника (покретна хипотека), или бар без предаје ствари заложном повериоцу (варант). То отступање од основног правила, то прелажење хипотеке на домен залоге, мотивисано је према случајевима разноврсним разлозима, а у главном, као што је већ поменуто тежњом да се омогући искоришћавање кредитних способности извесних ствари, без лишавања дужника дрдржавине тих ствари, пошто дужник, без њих неби могао продужити своју привредну делатност. Уз то, неке од тих ствари, као што су нпр. лађе, стока, хотелски намештај, роба, ретко који повериоц би могао примити на чување, а пренос неких од њих изазвао би велике трошкове.

Хипотека на стоци претставља једно од тих отступања и њу већ познају нека страна права. Уосталом, она није једини и први изузетак. Осим ње и пре ње нека страна права познавала су покретне хипотеке. Неће бити без користи, пре преласка на питање сточне хипотеке код нас, бацити један летимичан поглед на покретне хипотеке у неким правима, пошто је сточна хипотека резултат исте еволуције која је и њих донела. Затим ћемо се засебно задржати на француском земљорадничком варанту (залагању земљорадничких производа и стоке без депосесије дужника) и злагању стоке по швајцарском праву. Најзад ћемо изнети зашто нам се чини да би хипотеку на стоци требало установити и код нас.

Овде је потребно направити једну примедбу. У доктрини постоји неслагање о правној природи залагања стоке и осталих покретних ствари без депосесије залагача. Према некима то, је хипотека а не залога, пошто одузимање ствари од залагача чини битност залоге. Залога је реалан уговор, те је не може бити без предаје ствари. — За друге, то није хипотека већ залога у ужем смислу речи. Према њима, депосесија дужника се врши у главном за то да се операцији да потребан публи-

цитет. Ако се публицитет може да постигне на неки други начин, зашто да се не одрекнемо депосесије, која је понекад незгодна, па чак и немогућа? Оно што је битно код залоге то је да она заложном повериоцу прибави право првенствене наплате, а тај се циљ може постићи како са предајом тако и без предаје ствари повериоцу.

Ова је дискусија, ма колико иначе била теоријски интересантна, за саму установу без значаја. Она је овде поменута да би се избегао један неспоразум, пошто ћемо се у идућим редовима служити индиферентно изразима *покретна хипотека и залога без предаје ствари.*

I

Покретна хипотека уопште

Подсетимо се да је у римском праву хипотека могла имати за предмет како непокретну тако и покретне ствари. Прва њена примена била је баш на покретним стварима, на оним које је закупац пољског добра доносио собом ради његовог експлоатисања *(invecta et illata),* и које није могао дати у залогу законодавцу за сигурност потраживања закупнине, пошто би му онда било онемогућено да експлоатише закупљено добро. Због отсуства публицитета она није давала оне користи које даје модерна хипотека; али није без значаја та чињеница, да је појаву хипотеке у Риму изазвала иста потреба која данас захтева увођење покретне хипотеке, а то је да се дужник не лиши државине ствари које су му потребне за обављање његовог занимања.

Модерно енглеско право, које се и иначе толико разликује од континенталних права, познаје, као општу установу, поред обичне ручне залоге pawn (pledge) и покретну хипотеку, залогу без депосесије дужника (mortgage). Та се залога конституише путем уговора о продаји (bill of sale) и састоји у овоме: једном јавном исправом deed, и без икакве предаје ствари, својина заложене ствари преноси се на повериоца (mortgagee), но под раскидним условом, тако да ако дуг буде исплаћен на време, својина ствари се враћа залагачу (mortgager); до истека рока за исплату, државина остаје код залагача. То је нешто слично континенталном фидуцијарном отеђењу (Sicherungsübereignung), и претстављало је сличне незгоде. Да би се избегле могуће злоупотребе наређено је законима новијег датума bills of sale acts из године 1854, 1878, 1882, 1890 и 1891, да се уговор о залози има уписати у регистар кога води Bill of Sale Department при Supreme Court.

Старо немачко право познавало је у неким правним подручјима залогу без предаје ствари повериоцу. То је био случај са лађама, са којима се и у неким другим погледима поступало као са некретнином; исто је било и са неким другим предметима, чија се државина није могла лако пренети на повериоца, или је тај пренос био штетан за дужника (нпр. стока, роба, кућни намештај, разне заире). Модерно немачко право стоји на гледишту да је потребна предаја ствари да би се конституисала залога (§ 1205 B G B.) али се заложно право на лађи може стећи и без предаје државине, простим уписом у регистар лађа (§ 1260 B G B). Тај упис врши улогу публицитета, коју иначе код покретних ствари врши повериочева државина. Једним новијем законом, од 4 јула 1926 дозвољено је да се могу заложити и лађе у изградњи. Закон пак од 9 јула 1926 омогућава да се на исти начин стекне залога без депосесије дужника на земљорадничком инвентару. Најзад, што се немачког права тиче, поменимо да Грађански законик познаје фидуцијарно отуђење (§ 223, ст. 2), при коме помоћу посесорног конститута државина може остати код дужника (и ако се иначе странке не могу послужити посесорним конститутом при конституисању залоге).

И у другим земљама могуће је залагње лађа без њихове предаје повериоцу. Тако, нпр. у Француској је закон од 10 децембра 1874, који је замењен законом од 10 јула 1885, установио поморску хипотеку за морске лађе, а закон од 5 јула 1917 речну хипотеку, за лађе унутрашње пловидбе. Треба приметити да се овај случај покретне хипотеке највише приближује непокретној хипотеци, јер, за разлику од онога што бива код залоге, она даје уписаном повериоцу поред права првенства још и право следовања.

Ваздухоплови могу такође бити у Француској предмет залоге без предаје повериоцу. По француском закону од 31 маја 1924 године о ваздушној пловидби њихово залагање врши се уписом у регистар иматрикулације ваздухоплова. Као и код поморске и речне хипотеке, заложном повериоцу припада право првенства и право следовања.

По италијанском закону од 15 марта 1925 године могућно је залагање аутомобила путем уписа у нарочити регистар, и без предаје повериоцу.

Француско право сматра трговачку радњу (коју сачињавају роба, материјал, назив, право из закупног уговора локала у коме је радња, клијентела) за покретну ствар, а по закону од 17 марта 1909 (којим је замењен закон од 1 марта 1898, а који је и сам измењен 31 јула 1913) трговачка радња

може са заложити без предаје, простим уписом у један нарочити регистар, који се води у секретаријату трговачког суда.

Поменимо из француског права и хотелијерски варант, који је установљен законом од 8 августа 1913 године (измењен законом од 17 марта 1915), помоћу кога хотелијери и кафеције могу заложити свој трговачки намештај, материјал и опрему, који служе за експлоатисање радње, без предаје тих покретних ствари повериоцу. Заложницу, варант, издаје секретар трговачког суда на чијем се подручју налази хотел; варант је исечак из матичне књиге која се води у суду, и он се издаје хотелијеру, по чијим се изјавама и саставља. Варант се преноси индосирањем, које мора бити уписано у матичну књигу, и тај упис мора бити констатован на варанту. Ранг варанта у случају сукоба његовог имаоца са хипотекарним повериоцем, који се интабулисао на зграду, одређује се по датуму уписа првог индосирања у матичну књигу. За једне исте ствари може се издати само један варант. Најзад, закон је на нарочит начин осигурао заштиту законског заложног права закуподавца зграде, у којој се налази хотел.

У Швајцарском праву, поред хипотеке на стоци, има још неких случајева залога без предаје ствари повериоцу, иако се ствар, понекад, не налази више ни код дужника. Тако по чл. 805 Швајцарског грађанског законика хипотека на непокретнини простире се и на покретне ствари које је употпуњују, или иду уз њу. (В. немачки B G B § 1212; Cf. чл. 2118 француског C. civ.). — Поменимо и заложнице, које могу издавати хипотекарне кредитне установе (чл. 916 Шв. грађ. зак.), а које постоје и у правима других земаља. — Варант (чл. 902 Шв. г. з.), који постоји у правима скоро свију цивилизованих држава (в. нпр. француски закон још од 28 маја 1858 године), иако ту није случај залоге без депосесије дужника, пошто ствар мора бити депонована у јавном складишту, приближује се покретној хипотеци тиме што се заложена ствар не предаје повериоцу. Могућност преношења варанта индосирањем преставља значајно усавршавање залоге. — Друго једно усавршење покретне залоге преставља у швајцарском праву чл. 886 Грађ. зак. који омогућава конституисање друге залоге на истој ствари; довољно је да залагач о томе извести првог повериоца код кога се налази ствар, и да му при том саопшти, да када буде исплаћен преда ствар другом повериоцу. На тај начин залагач може да потпуно искористи кредитну способност ствари, а да би се то постигло морало се отступити од правила да не може бити залоге без предаје ствари повериоцу.

По Аустријском грађанском законику залога се по правилу, стиче предајом ствари повериоцу (§§ 451 и 1368 ABGB). Изузев неких законских залога, као што је нпр. заложно право закуподавца (§ 1101), закони не праве од тог принципа изузетке, али се судска пракса стара да ублажи строгост закона и дозволи залогу без предаје. При томе јој служи наročита § 452, који дозвољава симболичну предају приликом залагања ствари, које се не могу предати из руке у руку. Пракса тумачи тај текст врло либерално. Она сматра да су фабричке машине симболично предате, ако је на њих залепљена објава да су заложене; лађе се могу заложити уписом у регистар лађа; стовариште еспапа и друге збирне ствари могу се заложити предајом исправе о својини, или стављањем неког знака да је ствар уступљена. — Неки писци сматрају чак да се предаја ствари може извршити посесорним конститутом, што би значило да аустријско право познаје покретну хипотеку без публицитета. При томе се они ослањају на завршне реченице § 452 и 467. Али већина је супротног мишљења. — Друга средства, која су у Аустрији употребљења, да би се надокнадио недостатак покретне хипотеке су *pactum reservati dominii* и фидуцијарно отуђење са остављањем ствари код дужника помоћу посесорног конститута. Аустријски стечајни закон (§ 10) као у осталом и наш (§ 10 ст. 3) признаје пуноважност оваког обезбеђења, мада је оно у супротности са основним принципом аустријског и нашег права о залози. По аустријским писцима, све то потиче из економске нужности да се употребе као средство за добијање кредита оне покретне ствари, од којих се залагач не може да одвоји (В. нпр. Klang, Kommentar, Bd. Hb. 2, S. 264, 268 ff; Ehrenzweig, System, Bd. I,2e Hälfte, 44. ff.).

Ево једног случаја из аустријске судске праксе из кога ће се најбоље видети колико се и тамо осећа потреба за хипотеком на стоци и како пракса надокнађава тај недостатак. Лице A имало је једно повеће новчано потраживање од лица D и споразумело се са овим, да D за сигурност тражбине заложи својих десет крава. За извршење тога отишао је код лица D заступник лица A, назовимо га F, и са њим и његовом женом E отишао у стају, где су се краве налазиле. Ту је лице D изјавило да даје у залогу лицу A сву стоку која се налази у штали. Лице F избројало је краве и о том је направљено писмено. Затим је лице F изјавило да предаје краве на чување дужниковој супрузи, лицу E, с тим да супрузи дају храну сто-

ци, за шта могу узимати користи од ње. После неког времена лица В и С заплене судским путем исте краве, услед чега их лице А тужи, тражећи им да му признаду првенство добијене залоге. — Првостепени и апелациони суд одбија захтев лаца А из ових разлога: „Истина је да је у овом случају телесна предаја ствари из руке у руку, која би се иначе могла извести, изгледала неспроведљива с обзиром на постојеће економске односе залагача дужника D, и с обзиром на број и врсту заложених предмета, пошто би услед тога за предузеће дужниково наступиле штетне последице. Због тога је се имало приступити симболичној предаји да би се стекла пуноважна залога. Тужилац А мисли да је то урадио, да је симболична предаја извршена састављањем две исправе, једне о предаји ствари у залогу и друге о предаји заложених ствари на чување. Али суд налази да састављањем тих исправа није извршена ни предаја крава тужиоцу, нити његова предаја тобожњем чувару. У истини остало је и даље исто стање у погледу власти залагача. Да би се залога пуноважно створила, било је потребно, поред састављања обе исправе још и једно спољашње обележење заложених ствари, односно да се њихова предаја изврши тако, да је сваки трећи опази и да се тиме искључи његово позивање на савесност. Тако је се имало приступити тим пре што § 452 општег Грађанског законика изрично наређује, да се при залагању покретних ствари знацима, ови имају употребити тако да свако може лако дознати о залагању, и да онај који не уради тако одговрара за штетне последице. Те штетне последице састоје се у овом случају за тужиоца у томе што тужени, који као трећа лица нису никаквим знацима били обавештени о залагању, могу не признати пуноважност те залоге".

Ово је очигледно један случај проширавања домена симболичне традиције, како то и сам суд признаје и то проширавање мотивише економским обзирима. Али је овај случај још интересантнији по ономе што је о њему рекао Врховни суд. Он је дао за право тужиоцу из следећих разлога: „Не ради се о питању, да ли је при спорном конституисању залоге поступљено по прописима § 452 општег Грађ. зак. о симболичној традицији, пошто при правилном суђењу овај текст у опште не долази у обзир. Нема сумње да ствари као што је жива стока могу бити предмет праве предаје, traditio vera, у смислу §§ 426 и 451 општег Грађанског законика, ... и апелациони суд неумесно наводи да права предаја није била изводљива, с обзиром на штетне економске последице које су са њом скопчане, те да се због тога морала извести предаја заложених предмета помоћу знакова. Уосталом, тужиоц и не изводи своје право из неке симболичне предаје. Ради

се искључиво о питању да ли је извршено пуноважно конституисање залоге, како је оно предвиђено у § 451 Грађ. зак., или не. Кад се тако посматра ствар, излази да је дужник D конституисао залогу на кравама које су биле у стаји у корист лица А на тај начин, што је његовом заступнику, лицу F. показао у самој стаји сваку поједину главу стоке; овај их је избројао и потписао и тиме их преузео из руку залагача, чиме је извршен пренос државине како га захтева § 451 Грађ. зак. Састављање исправе о томе појављује се не као оснивање залоге, већ као њено констатовање. Чињеница да је лице Е, супруга залагача, добила од залагопримаоца на чување предмете залоге, тако да у ствари краве нису промениле место, не мења ништа чињеницу извршене предаје, јер закон не прописује, да после истинске предаје мора нужно следити промене места, или да није дозвољено да неко треће лице или сам дужник чува заложене предмете. Такође је без значаја за овај спор питање, да ли су потоњи повериоци при спровођењу судске пленидбе знали што о постојећем заложеном односу, те да ли су у погледу свог заложног права били in bona или mala fide". (В. ову одлуку од 2. IX 1908 у Sammlung von Zivilrechfl. Entch., Hgb. v. Schey u, Krupsky, Bd. 45 (N. F. Bd. 11), no 4310 S. 542 ff.).

Ова је одлука интересантна и по томе што она види предају онде где је у истини нема. Али, ако оставимо на страну њено аргументисање и старање да се у оквире старих текстова уведу по сваку цену нове појаве, она нам показује да је потребно реорганизовати покретну залогу и, да треба, пошто се већ дозвољава да се она може стећи без предаје ствари, помоћу публицитета обавестити трећа лица.

И у нас је познато залагање покретних ствари без депосесије залагача или бар без предаје ствари заложном повериоцу. — Тако, и више право познаје варант јавних складишта (Зак. о јавним склад. од 23 августа 1930, § 40 сл.) — Задруге произвођача жита имају право да на усклађено жито издају складишнице, које ће преузимати Привилегована аграрна банка. Исто важи и за стоваришта свих других пољопривредних производа и задруге рибара и рибљих конзерви (Зак. о унапређењу пољопривреде од 6 септембра 1929 године, § 41, ст. 2 и § 42). — Као и у другим правима хипотека на непокретној ствари обухвата прираштаје и припатке а по отварању стечаја, и одвојене плодове (Аустријски, односно Хрватски општи грађански законик § 457, Српијански грађ. зак. § 315 и Стечајни закон од 22 нов. 1929, § 48). Поменимо још и да врло угледни претставници доктрине сматрају да је и по Српијанском грађ. зак. предају ствари код фидуцијарног преноса својине могуће извршити помоћу посесорног конститута. Практично, то значи

да доктрина омогућава залогу покретне ствари без допосесије дужника. — Закуподавац има законску залогу на стварима унешеним од закупца (Срб. г. з. § 686; Аустр. г. з. § 1101; Стеч. зак. § 47, ст. 4). — Поменимо и заложнице Привилеговане аграрне банке (чл. 51 и 63 зак. о Прив. агр. б. од 16 априла 1929). — Најзад, треба нарочито истаћи да се по нашем закону о ваздушној пловидби од 22 фебруара 1928, може ставити хипотека на ваздухоплове што се има уписати у регистар иматрикулације (чл. 14).

Сви ови случајеви, који су наведени без нарочитог истраживања и пробирања, показују да је установа покретних залога без предаје ствари повериоцу већ прилично распрострањена, и да хипотека на стоци не преставља усамљен изузетак. Права која су организовала хипотеку на стоци само су пошли за покретом, који се односи и на многе друге покретне ствари, а чији је циљ да се омогући потпуно искоришћење њихових кредитних способности, како то иначе захтевају потребе данашњег живота. Прошло је време када се са извесним презирањем говорило res mobilis, res vilis. Данас покретности, и то не само ретке драгоцености, већ и ствари свакидашње употребе, представљају често велике вредности и могу бити употребљене за добијање кредита, без њиховог одузимања од залагача.

Конгреси правника на страни изјаснили су се у последње време за покретну хипотеку. Петнаести конгрес немачких правника (1881) изјаснио се против ове установе, а исто тако, мада у блажој форми, и тридесет први конгрес држан у Бечу 1912. Али, тридесет други конгрес немачких правника, држан у Бамбергу 1921 године, изјаснио се за увођење покретне хипотеке. У међувремену су ратне последице биле изазвале велику потребу за кредитом и немачки правници су променили своје раније гледиште да би удовољили тим потребама. — У истом смислу се изјаснио и трећи конгрес немачких правника у Чехословачкој; држан 1927 године после реферата Х. Кланга, професора бечког универзитета (B. Gutachten, као и Verhandlunga d. dritter deutsch. Iuristentag in Tshekoslowakei, 1927).

У неким државама, као у Немачкој, Мађарској, Чехословачкој, пред законодавним телима налазе се законски пројекти, којима треба да се уведе у права тих држава установа покретне хипотеке. У другима је питање у проучавању. Пољска влада је пре неколико година објавила један пројект о истој ствари, а у Аустрији је Главни индустријски савез ставио питање на дискусију.

II

Хипотека на стоци у француском и швајцарском праву

Француски земљораднички варант. — Законом од 18 јула 1898, који је замењен законом од 30 априла 1906 установљен је у Француској земљорадднички варант, којим је дата могућност земљорадницима да заложе своје производе и стоку, а да их не предаду заложном повериоцу „већ да их задрже код себе. Предмет варанта могу бити сви замљорадднички производи, нпр. цереалије, разна пића, уља, исечена дрва, као и стока. Залагање се врши на релативно прост начин, Саме странке, или секретар мировног суда, саставе исправу о залагању, варант. Затим се тај варант преписује у један нарочити регистар, кога води секретар мировног суда и то у регистар оног суда у чијем се подручју налази домаћин дужника. Мировни судови постоје у Француској у средишту сваког кантона. Варант садржи клаузулу по наредби и преноси се индосирањем. Свако ново индосирање има се доставити секретару надлежног мировног суда, како би дужник могао знати, коме треба да се обрати, кад жели дуг да исплати.

Ималац варанта, ако није исплаћен о року, има право да изложи продаји заложене ствари по једном врло упрошћеном поступку, као и право првенствене наплате из добијене цене. У случају недовољности цене да покрије суму означену у варанту, имаоцу варанта одговарају солидарно сви који су потписали или индосирали варант. Најзад, у случају да дужник прода заложену ствар, ималац варанта има право да не дозволи предају ствари купцу. Ако су ствари купцу предате, право купчево не може се нападати.

Публицитетом варанта, постигнутим као што смо видели, преписом варанта у специјалан регистар једног надлештва, које је врло блиско народу, као што је то француски мировни суд, довољно су обавештена трећа лица. Свакоме је дозвољено уз пристанак дужника да добије извод из регистра о варантима уведеним на дужниково име, или уверење да нема никаквих вараната уведених на његово име. Тиме је постигнут један од циљева залоге — обавештење трећих лица. Постизање другог циља сигурности повериоца, поред већ поменутог права које има повериоц да се успротиви предаји варантираних ствари купцу, загарантовано је нарочито казнама, које закон предвиђа за дужника који би отуђио варантиране ствари. Такав дужник може бити кажњен казнама које закон предвиђа за утају или превару (чл. 405, 406 и 408 францу-

ског казненог закона). Овде није било могуће, као код лађа и ваздухоплова, дати повериоцу право следовања. Услед тога се и прибегло казнама.

Ако су исте ствари, нпр. стока, дате сукцесивно у залогу неколицини, ранг варанта одређује се по датуму преписа у регистар код мировног суда.

Најзад, закон садржи (чл. 2) прописе, који иду затим да измире установу варанта са законским залогом дужниковог закуподавца на дужниковим стварима, које се налазе на закупљеном добру. Дужник је обавезан обавестити свог закуподавца о намераваном зајму и варантирању, и овај се може томе зајму одупрети ако му закупнина није потпуно исплаћена. Многи мисле да то није требало дозволити закуподавцу пошто дужник може и продати жетву и стоку без пристанка закуподавца.

Швајцарска хипотека на стоци (§ 885 Грађ. зак. и уредба од 25 априла 1911, која је замењена уредбом од 30 октобра 1917). Пројекти швајцарског Грађанског законика предвиђали су покретну хипотеку у много ширем обиму, како су је већ познавала права неких кантона. Поред стоке предвиђало се још за неке друге покретне ствари, као што су складиште робе, намештај радње, материјал, чије би одузимање од залагача у сврху предавања повериоцу сметало вршењу залагачевог позива или заната, да могу бити предмет покретне хипотеке. Дефинитивно, дозвољена је само хипотека стоке, али је дозвољено такође и придржавање права својине, које пројект од 1904 није допуштао, но с тим ограничењем да га не може бити при куповини стоке.

Хипотека на стоци у швајцарском праву (чл. 885 Грађ. зак. уско је ограничена како у погледу повериоца који је могу имати тако и у погледу начина конституисања и дејстава. Ево неколико детаља о томе (према уредби из 1911). Овом хипотеком могу бити гарантоване само тражбине кредитних установа и задруга и то само оних које су добиле од надлежне власти кантона овлашћење да врше операције које се односе на залагање стоке. Списак тих установа води се у Министарству правде и полиције.

При залагању стока остаје и даље код залагача, али се конституисање залоге уписује у нарочити регистар. Остављено је кантонима да они одреде срезове где ће се, у сваком од њих водити ти регистри, као и чиновнике који ће их водити. Зато се не морају оснивати нова надлештва; та се дужност може поверити и сточном инспектору, или неком чиновнику уреда за извршење (office des poursuites, Betreibungsamt).

Захтев за упис хипотеке, као и за оваку накнаду измену подносе заједнички написмено заложни повериоц и залагач. Упис се врши по хронолошком реду. Да би се олакшала истраживања постоји уз регистар залога и азбучни регистар залагача.

Упис се врши у регистру среза у коме се стока обично налази. Сматра се да се стока обично налази у домицилу сопственика, изузев случаја кад се вољом сопственика стока, која има да буде предмет хипотеке, налази у неком другом месту и то не ради привременог боравка (нпр. ради летње паше), већ да ту трајно остане. У овом последњем случају, кад такле сопственик није домицилиран у срезу у коме се обично налази оптерећена стока, о упису хипотеке извештава се чиновник који води регистар у срезу у коме је сопственик домицилиран; сличне доставе тај чиновник уписује у један нарочити одељак свог регистра оним редом којим су стигле. Деси ли се да се домицил залагача или оштећена стока преместе у неки други срез, онда се о уписима извештава чиновник који води регистар у том срезу. — Иначе иста стока може бити предмет више сукцесивних уписа.

Чим изврши неки упис, чиновник који води регистар, мора у сваком случају обавестити о упису уред за извршења среза, у коме се обично налазила оптерећена стока као и уред за извршење среза, у коме се налази домицил залагача, ако овај станује у неком другом срезу. Исто тако мора бити извештен о упису и сточни инспектор среза у коме се оптерећена стока обично налази; сточни инспектор то убележава у свој регистар контроле сточног промета.

Упис мора садржавати опис особених знакова оптерећених животиња. Нема ли таквих знакова, онда се у упис морају означити бар врста и број оптерећене стоке. Ако је стока осигурана, онда се у регистар уписује и процењена вредност.

Хипотека се брише из регистра кад је угашена услед извршења или стечаја, или кад је надлештво које води регистар овлашћено извршном судском пресудом или писменом изјавом заложног повероица да изврши брисање.

Регистар је јаван. Ко год докаже да има неки интерес може захтевати да му се покажу уписи које он означи, као и да му се изда извод из регистра или потврда да се извесан упис не налази у регистру.

Што се дејства уписане залоге тиче, треба приметити да тај упис нема оно дејство које обично има упис у јавне књиге нпр. у земљишне књиге. У сукобу са савесним трећим лицем које је прибавило стоку, или стекло на њој ручну за-

логу, заложни поверилац, који је то постао уписом у регистар, подлећи ће и кад је његово право уписано раније од предаје стоке. У том погледу швајцарска хипотека на стоци има много мање дејство од француског земљорадничког варанта. У француској, где се својина преноси простим уговором, без потребе предаје, имаоц варента претпоставља се купцу, новом сопственику, ако ствар овоме није предата; он се може одупрети тој продаји. — У којој мери постоји за трећа лица, која намеравају да прибаве неко стварно право на стоци, обавеза да консултују регистар уписа хипотека на стоци, то швајцарски закон не каже. По неким писцима та обавеза постоји по правилу за оне који станују у срезу у коме је извршен упис. Неки опет сматрају да та обавеза не постоји за трећа лица која купе стоку на вашару или тржишту: за стоку изведену на вашар или тржиште може се савесно сматрати да је слободна сваког терета.

У другом једном погледу постоји врло важна разлика између француског и швајцарског права у овој материји. Непоштени дужник који отуђи или иначе упропасти варантирану стоку може у Француској бити кажњен казнама које казнени закон предвиђа за превару или утају. Те репресивне мере имају врло ефикасно превентино дејство. У Швајцарској такав дужник не одговара кривично и не може се казнити (В. једну пресуду донешену у Берну, Première chambre pénale, 15. VI 1923, у Schweiz. Juristen-Zeitung, Jahrgang 21. S. 159.)

III

Треба ли код нас установити хипотеку на стоци

Увођење хипотеке на стоци било би од несумњиве користи за огроман део нашег народа, али се против ње, и против покретне хипотеке уопште изнело више приговора. Многи мисле да се у погледу покретности треба ограничити на залогу, са депосесијом која би, са извесним усавршавањима, имала да буде једини начин искоришћавања кредитне способности покретних ствари.

У прилог ручне залоге, а против покретне хипотеке изнето је да она даје потпуну сигурност повериоцу, да је предаја ствари најбоље средство публицитета и да је њоме заштићен индиректно и лични кредит дужника, пошто би иначе, са залогом без предаје ствари, могла постојати за евентуалне личне повериоце опасност од скривених залога.

И кад би се све то било сасвим тачно, то не би значило, да бар за извесне ствари не треба тражити неки гипкији начин залагања и да, нпр. у случају залагања стоке поред ручне залоге не треба увести и покретну хипотеку.

Међутим, ручна залога нема само добре стране. Она има и својих незгода, од којих су неке у неким случајевима тако велике, да чине ручну залогу неупотребљивом. Те незгоде постоје не само за дужника него и за повериоца. То се нарочито јасно види на случају стоке. Дужник који залаже своју стоку лишава се њеном предајом свију користи које претпостављају државину, те у неким случајевима неће моћи продужити обављање свог занимања. Шта то значи за земљорадника и сточара лако се одмах увиђа. Друга, такође не мала незгода предаје стоке повериоцу је та, што тиме дужник одједанпут потпуно исцрпљује њену кредитну способност, иако је, може бити, њена вредност знатно већа од суме коју гарантује. — Што се повериоца тиче, ручна залога стоке представља и за њега велике незгоде. На њему лежи законска обавеза пажљивог чувања заложене стоке (§ 45 Аустр. грађ. з. и § 317 Срп. грађ. зак.), те се и не налази лако повериоц који пристаје да прими стоку у залогу. Пријем, стоке у залогу претпоставља да повериоц располаже нарочитим просторијама за смештај стоке и да уме и може да јој да потребну негу. После тога, самим тим што држи стоку, повериоц одговора за штету коју би она починила. В. § 1320 Аустр. г. з. и § 815 Срб. г. з. Та је обавеза нарочито појачана у новелираном Аустријском грађ. зак. који служи за подлогу за израду нашег будућег Грађанског закона; тамо је на држаоца стоке бачен терет доказивања да се старао о потребном чувању или надзору стоке (§ 1320 in f.).

Са овим незгодама сасвим је разумљиво што дужник оклева пре него што ће дати стоку у залогу и што је повериоц нерадо прима. Те незгоде чине да је искоришћавање стоке у сврхе кредита минимално, иако често, нарочито у сточарским крајевима, у стоци се налази највећи део дужникове имовине. Додуше, неке од ових незгода покретне залоге могу се ублажити, и као што смо видели то је у неким законодавствима већ учињено. Тако нпр. Швајцарски грађ. з. (чл. 886) дозвољава дужнику да конституише и другу залогу на једној истој ствари, под условом да о томе обавести повериоца који држи ствар и да му саопшти, да кад буде исплаћен ствар преда другом повериоцу. Исто се постиже давањем ствари трећем лицу да је оно чува (чл. 2076. Франц. г. з.). У истом се смислу може навести и установа варанта јавних складишта. Тиме је залога несумњиво изгубила нешто од своје првобитне кру-

тости. Али ако се тиме постиже потпуно искоришћење кредитне способности ствари, све остале незгоде ручне залоге остају и даље, наиме, лишење дужника од неопходно му потребне стоке и тешке обавезе чувања и одговорности за штету, које леже на повериоцу односно трећем лицу, коме је стока поверена. Уосталом предаја трећем лицу не изгледа практично средство кад се ради о стоци, јер се треће лице неби примило обавезу чувања и одговорности без накнаде, што би на крају имао дужник да сноси.

Свих тих незгода нема са установом хипотеке на стоци. Нити се дужник лишава потребне стоке, нити се она предаје повериоцу да му буде на сметњи. Дужник може да потпуно искористи кредитну способност стоке, јер може да конституише исто тако лако и другу и трећу залогу на истој стоци. У томе не лежи никаква опасност за потоње повериоце, пошто им је могуће да се лако обавесте из регистара о постојању ранијих хипотека и износу осигураних тражбина.

Хипотека на стоци не преставља никакву опасност ни за хирограферне повериоце дужникове, па посредно ни за дужников лични кредит. Јер и ти се повериоци могу без тешкоћа обавестити о њеном постојању код власти надлежне за њено уписивање. Уписивање у регистар као средство публицитета не чини се да је у погледу личних повериоца мање ефикасно од предаје ствари заложном повериоцу.

Остаје, најзад, питање сигурности заложног повериоца. Обично се каже: хипотека на стоци претставља за заложног повероица једну опасност: дужник може стоку отуђити, или уништити и на тај начин осујетити реализоване залоге. — Та је опасност претерано увеличана; у сваком случају она није такве природе да се против ње неби могло ништа предузети. Разуме се, против савесног прибавиоца својине стоке као и оног повериоца коме је стока предата у залогу неби се могло ништа иначе би се уздрмала сигурност оптицаја покретних добара. Највише што би се могло, то је дозволити заложном повериоцу да се, као у француском праву успротиви предаји стоке, уколико се она још налази код дужника. Стога треба главну пажњу обратити на предузимање превентивних мера, које би онемогућиле свако дужниково непоштено поступање.

Те би мере могле бити двојаке. Можда би се могло предузети нешто на пољу сточне полиције, и што се бар крупније стоке тиче, удесити сточне пасоше попут складишница, тако да се при сваком залагању, које се, то се подразумева, има уписати у заложни регистар надлежне власти, преда заложни лист повериоцу. Овакав један пропис могао би имати и то дејство,

да се употреба сточних пасоша прошири, исто као што је захтев тапије за добијање кредита од Привилеговане аграрне банке на подлози непокретнина (чл. 11, ст. 6.) изазвао многа убаштињења. — Друга једна мера против непоштеног дужника већ постоји у арсеналу наших закона. То је § 366 Кривичног законика, који је уосталом израђен по угледу на сличан пропис пројекта Швајцарског кривичног законика. По томе тексту: „Казниће се затвором до годину дана или новчано до 10.000 динара: 1. дужник који у намери да своме повериоцу нанесе штету прода покретну залогу која је код њега остала или који повреди, уништи, неупотребљивом учини покретну залогу која је код њега остала". Сада се овај текст може односити само на случај законске залоге (нпр. на залогу стечену пленидбом, залогу закуподавца), пошто наше право не познаје конвенционалну залогу, при којој ствар остаје у дужниковој државини. Кад бисмо установили хипотеку на стоци, он би, мало измењен, могао ефикасно послужити за заштиту повериоца.

Тако орагнизована хипотека на стоци може дати потребну сигурност заложном повериоцу. То свакако, неће бити сигурност оне врсте коју пружа ручна залога. Али, историјски, кад је уведена установа залоге са предајом државнине заложне ствари повериоцу (pignus,) повериоц није имао ону врсту сигурности коју му је давала првобитна залога са преносом својине (fiducia). Fiducia, pignus, hipotheca, то су три ступња еволуције залоге у ширем смислу речи. У погледу некретнина та је еволуција у главном давно завршена. Сваки од ових ступњева одговарао је условима извесног доба и давао онда потребну сигурност. Изгледа да је и за многе покретне ствари, наиме за стоку, дошло време да буду предмет залоге без депосесије дужника.

Најбоља индиција да је потребно установити хипотеку на стоци су разне комбинације, које странке стварају у циљу да повериоцу пруже сигурност, коју даје заложно право, а да стока ипак остане у дужниковој државнини: нпр. дужник отуђи стоку у циљу обезбеђења повериоца и преда му је, а овај му је уступи у закуп, или на чување; или дужник прода стоку повериоцу, цена и дуг се компензирају, а предаја се изврши посесорним конститутом; или, заложена се стока преда повериоцу, а овај је повери на чување неком дужниковом укућанину, нпр. супрузи, као што је то био случај у горе наведеном примеру из аустријске судске праксе (В. и један случај симулиране куповине покретних ствари у циљу стварања залоге у Schweiz. Jur. — Zeitung Jahrg 19, S. 13—14). У неким крајевима наше земље дужник предаје повериоцу сточни пасош

за сигурност тражбине, што само може имати незгода за дужника, а повериоцу не пружа потребну сигурност.

Сва ова, и друга употребљена средства постижу само унеколико жељени циљ, а нека га и премашују. Фидуцијаноотеђење представља у ствари једно назадовање и према ручној залози: фидуцијар извлачи из дужникове имовине целу ствар, док је заложни поверилац оптерећује само до износа своје тражбине; уз то због отсуства публицитета, фидуцијарни пренос преставља велике незгоде за трећа лица (О томе в. Д. Аранђеловић, Архив., књ. XIII (XXX) стр. 356 сл.) Хипотека на стоци нема тих незгода. Она је јавна и кад би се она увела у наше право, њен публицитет би било лако организовати. Могло би се поверити среским судовима да воде нарочите регистре, у које би се оне имале уписивати. Да ли би хипотеку на стоци требало организовати по швајцарском узору, или као француски земљорадднички варант са клаузулом по наредби, то је питање детаља.

Законодавац би имао да предвиди и реши сукоб ове хипотеке са заложним правом закуподавца пошто пројект нашег Грађанског законика садржи и текст § 1101, ст. 3, Аустр. грађанског законика. По том пропису: „Закоуподавцу земљишта припада... заложно право на стоку, које се на закупном добру налази..." Можда у том погледу неби требало поћи за француским правом и обавезати залагаче да о намераваном конституисању хипотеке обавести закуподавца, који то може спречити ако му није исплаћена сва закупнина. Кад закупац има право да без претходног обавештења закуподавца отуђи стоку, зашто га натерати да за конституисање хипотеке на истој стоци тражи његов пристанак? Стога нам се чини, да у сукобу законске залоге закуподавца и залоге уписане у регистар треба дати првенство овој.

Најзад можда би се, у циљу избегавања зеленашког експлоатисања залагача стоке, право на стицање ове хипотеке могло дати само неким кредитним установама, као што је то случај у швајцарском праву.

Треба омогућити свакоме да потпуно искористи све делове своје имовине у циљу стицања кредита, пазећи при томе на сигурност повериоца и интересе трећих лица. Хипотека на стоци, са уписом у нарочити регистар, а можда и уписом у сточни пасош, и са санкцијом из § 366 Кривичног законика одговара свим тим условима, те нам се чини да је треба и код нас установити.

*

* *

Предлог резолуције

1) Поред ручне залоге потребно је омогућити залагање стоке без депосесије залагача.

2) У случају залагања стоке без њеног одузимања из залагачеве држанине, заложно право би имало да настане тек са уписом уговора о залози у нарочити регистар, кога би водили срески судови; регистар је јаван и свак се може обавестити о његовој садржини, кад докаже да за то има неки интерес.

3) Заложно право на стоци путем уписа у регистар могу стећи само оне кредитне установе које за то буду добиле дозволу од надлежних власти.

4) Залагач, који отуђи или оптерети ручном залогом стоку заложену уписом у регистар, одговара кривично.

5) Упис једног повериоца не смета залагачу да конституише залогу уписом у регистар у корист других поверилаца. У случају више сукцесивних уписа, ранг права појединих поверилаца одређује се датумом њиховог уписа у регистар.

6) Доцнији савесан прибавиоц права својине или ручне залоге на стоци претпоставља се заложном повериоцу чије је право уписано у регистар.

7) Право уписаног заложног повериоца прече је од законског заложног права закуподавца.

(Споменица Конгреса правника, 1931)

A SUMMARY

MORTAGE ON CATTLE

In this article, wich was published in 1932., Proffesor Konstantinović discusses the possibility of mortgaging cattle without deprivation of possession of the mortgagor and without submission to the creditor. In comparative law there were then already many forms of mortgage on movable property (mortgage on ships and airplanes, hotel proprietor's warrant — or receipt — etc.). In French and Swiss Law there was also mortgage on cattle, and taking after these regulations, the author put forward his proposals as to how this institution should be legally established in our law. The right of mortgage on cattle should be esablished without deprivation of cattle from he possession of the mortgagor at the moment of notation of the contract of mortgage in a special register with the district courts. These registers should be public and anyone could go and see the notation, evidencing their definite

interest in it. Such mortgage rights could be acquired only by those lending (credit) institutions which have been given permit by relevant administrative bodies. The mortgagor who would part with the mortgaged cattle or trasfer them to a third party as manual pawn, would be liable to criminal persecution.

Registration of mortgage rights in public books or registers would enable multiple mortgaging of cattle and by so doing increase the credit capacity of agricultural workers. In order to ensure the credit the right of a registered mortgage creditor should have preference in regard to the legal mortgage rights for the seller. In contrast to that, the subsequent diligent and responsible holder of the cattle would be advantageous to the mortgage creditor whose right has been entered into the registers.

RÉSUMÉ

L'HYPOTHEQUE SUR LE BETAIL

Dans cet article publié en 1932 le professeur Konstantinović examine la possibilité de mettre en gage le bétail sans retirer la possession á la personne qui l'a mis gage et sans la transmission au créancier gageur. Dans le droit comparé existait déjà à cette époque un grand nombre de formes de l'hypothèque sur les meubles (l'hypothèque sur les navires et les avions, les warrants hôtelieres etc). Dans le droit français et suisse existait l'hypothèque aussi sur le bétail et en se basaïnt sur ces règles l'auteur a exposé les propositions comment on peut organiser cette institution dans notre droit en vigueur à cette époque. Le droit de gage sur le bétail pourrait être établi sans retirer le bétail de la possession à la personne qui l'a mis en gage et au moment de l'enregistrement du contrat relatif aux gages dans les registres spéciaux qui seraient tenus par les tribunaux d'arrondissement. Les régistres seraient publics et toute personne pourrait prendre connaissance du contenu de l'enregistrement en apporant des preuves qu'elle a pour cela un intérêt déterminé. Un tel droit de gage pourrait obtenir seulement les établissements de crédit qui reçoivent à cette fin la permission des organes compétents. Le gageur qui vendrait le bétai en gage ou s'il le cédait à une tierce personne en gage à main serait pénalement responsable.

L'enregistrement du droit de gage dans les régistres publics donnerait la possibilité à la mise en gage multiple du bétail et de cette manière contribuerait au renforcement de la capacité créditrice des agriculteurs. Pour la protection de ce crédit le droiit du crëancier de gage enregistré devrait bénéficier de la primauté par rapport au droit de gage légal de l'acheteur. En opposition à cela le procureur du bétail consciencieux postérieur aurait la primauté par rapport du créancier de gage dont le droit est inscrit dans le registre.

UDK — 347 (094.4) (497.1)

ЈУГОСЛОВЕНСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК

(Аустријски или Црногорски законик?)*

I

„Моја права слава није у томе што сам добио четрдесет битки; Ватерло ће избрисати сећање на толике победе. Оно што ништа неће избрисати, оно што ће вечито живети, то је мој Грађански законик". — Тако је говорио Наполеон на Св. Јелени процењујући последице своје јединствене авантуре. Уистини, Ватерло није збрисао успомену на његове победе; огромна већина људи једино га по њима и зна. С друге стране релативно је мали број оних који знају за његов Грађански законик, а још је мањи број оних који тај законик познају. Па ипак, ове речи збаченог императора имају свој смисао. У тренутку када их је он говорио, од Европе, каква је била изашла из његових победа, није више било ни трага; његов законик, пак, живео је и даље, па и данас живи; и за ширење француског утицаја и угледа на страни учинио је много више него Наполеонови војнички подвизи.

Јер, један законик, грађански законик није само, како то може изгледати необавештеном човеку, збир досадних параграфа, којима је мање више прецизно одређено шта се сме а шта не сме, а које упућени могу обртати и натезати како им кад треба. Законик је нешто много више. Сваки његов пропис је израз неке идеје, социјалне, филозофске, политичке, религијске, економске. Ко год прочита, нпр. прописе Наполеоновог законика који се односе на организацију породице и прописе Совјетског законика о породици, осетиће да су први израз жеље за што јачом породицом, док други теже сасвим супротном

* Писац нам је послао ову расправу, коју због своје актуелности као публикацију објављујемо у П. З.

цињу. Кад члан први Совјетског грађанског законика каже: „Закон штити грађанска права, изузев у случајевима кад се она врше противно њиховој економској и социјалној намени" — онда и неправник осећа да се у земљи у којој тај закон важи сигурно не култивише индивидуализам. Најзад, познато је из историје колико је важну улогу играло римско право у борби централне власти против феудалних господара; оно је то могло учинити јер је претстављало идеје сасвим супротне онима на којима је почивала феудална организација (н. пр. правило „quod principi placuit legis habet vigorem").

При израђивању законика води се на првом месту рачуна о идејама, обичајима и потребама средине за коју се он ствара. Према томе, законик је у извесном смислу огледало постојећег стања. Али поред те више пасивне улоге законик може имати и једну активну. Он може послужити, и то врло добро, као средство за ширење извесних идеја. Помоћу законика, грађанског законика, могу се једној средини наметнути извесне идеје. Њиме се једна средина може у извесној мери преобразити. Тај васпитни значај законика није измакао Наполеону. Он је врло добро схватио шта значи за ширење француских идеја онога доба његов грађански законик, зато га је и уводио свуда где је могао. Своме брату Жером-у, вестфалском краљу, писао је: „За проширење и учвршћење Ваше власти ја рачунам више на дејство законика него на резултате највећих победа. Стога га уведите што пре у живот"[1]).

II

Тај значај законика за ширење идеја уопште, а значај Француског грађанског законика за ширење либералних идеја напосе, био је запажен, такође, од Наполеоновог противника, шефа тадашње европске реакције, кнеза Метерниха. И када се тридесетих година прошлог столећа стало у Србији радити на доношењу грађанског законика по угледу на Наполеонов законик, Метерних се потрудио да то спречи и да учини да се Српски грађански законик изради према Аустријском грађанском законику.

Још 1828 почео је у Србији рад на доношењу главних закона. За основ том раду служили су пет Наполеонових законика, између којих и његов грађански законик. Метерних је схватио колика опасност лежи за Аустрију у учвршћивању

[1]) О Наполеону законодавцу видети интересантну књижицу професора R. Savatier, L'art de faire les lois, Bonaparte et le Code Civil, Paris, 1927.

француског духа у Србији, стога је наложио аустријском конзулу у Србији, да се стара да спречи израду српских закона према француским. Резултат те акције свакако је и писмо које је 10 априла 1834 године кнез Милош упутио „Славној Законоправителној комисији", у коме јој јавља, да му је дошло до знања да су аустријски грађански закони краћи и разговетнији, и препоручује да при прегледу и поправљању сравни аустријске законе са преведеним француским, и да из оба узме одредбе које излажу ствар краће и разговетније. А кад је услед неспособности чланова те комисије замолио 1836 године Аустрију, да дозволи новосадском сенатору Јовану Хаџићу и земунском „биргермајстеру" В. Лазаревићу да пређу у Србију и узму у своје руке израду закона за Србију, Аустрија се пожурила да му одмах изађе у сусрет. У аустријским дипломатским канцеларијама одлазак ове двојице пречанских Срба у Србију ради учествовања у законодавном послу сматран је као велики аустријски успех.

Чим су прешли у Србију ова двојица су изјавили кнезу да се закони морају основати „колико на општим основоположенијима правде и правице, толико на обстојательствима и потребама места и времена и својствености народа" и изнели му да је потребно да се обавесте „ о стању земље и народу, духу и наклоностима, обичајима и правилима већ уведеним" (писмо од 9 маја 1837). У реферату који су му поднели 25 јула исте године, три месеца по преласку у Србију, они га извештавају да су прегледали све пројекте учињене према француским законицима. Посебно, што се тиче Грађанског законика, они веле да је рађен према Наполеоновом законику „који је по већој части од речи до речи на српски преведен, с том разликом, што је по нешто на месту изостављено, а по нешто и то врло мало другојачије придодано". Па онда продужују: „Овај законик по нашем мњењу за Србље и Србију није. Јер закони из француског законика преведени, јесу закони сасвим страни, за стран народ, народ и просвешченијем и политическим стањем и наравима и обичајима и склоностима различан од Сербског, закони у другим обстојательствима и отношенијама написани, следователно за Србље неприлични... И зато у истом законику и наилазимо на опредељенија за Србију излишна и безмјестна, како ти наредбе у призренију отсуствујући лица, родбинска скупштина, криминалне тужбе, стање племена (l'état), фабрика, мајдана и рукодјелница и проче и проче, чега у Србији нема". А мало даље: „будући за Србље и Сербију не само француски но никакови страни закони нису, судили смо да ће најбоље и најсходније бити за Србију српске законе сачинити, који би и потребама и времену и стању народа и понатију и склоностима и доса-

дашњем поретку и обичајима, одговарали; а мислимо да ће ови тим савершенији списатељнији и сталнији бити, што простији, краћи и вразумителнији буду".

Кнез Милош је усвојио овај реферат, и на тај је начин први део улоге ове двојице аустријских Срба био извршен: спречен је француски утицај на српско законодавство.

Кнезу Милошу није промакло, колико Метерних држи до тога да Србија не изради законе по француским узорима, јер га у једном писму (које наводи г. Кићовић у својо књизи о Јовану Хаџићу, Н. Сад 1930, стр. 80) потсећа како је послушао његов савет да одбаци француске законе.

У истини, општи разлози које су Хаџић и Лазаревић навели против увођења француских закона у Србији, али не и они специјални у главном су тачни, и важе за свако преношење закона из једне земље у другу. Њихов је закључак такође тачан: „најбоље и најсходније ће бити за Сербију српске законе сочинити". Само, они су на тим разлозима инсистирали док је требало одбацити француске законе. Чим је крајем јула 1840 Хаџић закључио уговор са Србијом о изградњи грађанског законика, он је пожурио у „Беч и том приликом, 25 септембра 1840 кнезу Метерниху поднео опширан двојаки извештај о свом законодавном раду и о политичким приликама у Србији. Што се првог тиче, изјавио му је после потписа уговора о Грађанском законику, он овај мисли да, у основи изради према аустријском грађанском законику, који ће прилагодити културним и другим приликама Србије, — али, уз то није пропустио прилику да истакне колико ће гледати да се покаже достојан највишег поверења, које му је овим поводом од аустријског цара и владе учињено" (Мираш Кићовић, Јован Хаџић Н. Сад, 1930, стр. 107—108). Више, дакле није било потребно „за Србију српске законе сочинити". Стога је Хаџић, доследан обећању које је дао Метерниху, али не и начину помоћу кога је отклонио увођење француских закона у Србији, по повратку у Нови Сад израдио Грађански законик за Србију потпуно према Аустријском грађанском законику[1]).

[1]) Само изузетно Хаџић је у свом раду отступао од свог аустријанског модела. Тако је §§ 235—240 Српског грађанског законима узео из Номос георгикос (leges rusticea), тзв. Закона Јустинијанових. Неким од тих прописа дао је чудну форму. Тако, по § 235 у „дивје зверје шумско долазе и зечеви", а по § 237 „И риба се сматра као шумско зверје".— Ипак, Хаџић је своју дужност схватио врло просто. Он је сматрао да има да преведе Аустријски грађански законик. При преводу је, без икаквог критеријума, много што шта изостављао, неке прописе скраћивао, неке објашњавао, од једног параграфа правио је више (нпр. од аустријског § 245, направио је српске §§ 270, 271, 272, 273 и 274) или је

III

Да се аустријско грађанско право уведе у Србији кнеза Милоша било је потребно извесно настојање и извесна активност са аустријске стране; да се то право уведе у Југославију после слома Аустрије одлучили су југословенски меродавни фактори по својој сопственој иницијативи. Додуше, одлучено је да се за основу будућег грађанског законика узме Хрватски грађански законик (но с тим да се води рачуна и о изменама које су учињене у Аустријском грађанском закону за време рата, а које не важе у Хрватској'); али то је Аустријски грађански законик који је за време апсолутизма протегнут и на Хрватску царским патентом од 29 новембра 1852 године. Можда се избегавањем речи „аустријски" и употребом назива „хрватски" циљало из неки политички ефекат, или се није хтело примити отворено да се имитира право побеђене Аустрије; тек, чињеница је да је Аустријски грађански закон подлога радовима на нашем будућем Грађанском законику. У њему треба да се изврше, бар што се имовинског права тиче, само стилске измене, и да се онда поднесе на узакоњење.

Усвајање аустријског грађанског права представља национално-политички једну погрешку. Југославија треба да има југословенски законик, створен према потребама Југословена. Он треба да је једно средство за стварање Југословенства. Обично се и не сумња колика је васпитна моћ закона под извеним условима, разуме се а и лако се заборавља да није саветно у једну револуционарну творевину, као што је то наша земља, уносити дух срушеног поретка. Победнички Рим је имао рђаво искуство са побеђеном Грчком. Питање је просто, и оно се своди на то да ли ми желимо да Југославија буде имитација Аустрије, или земља која ће имати сопствени дух и сопствену физиономију.

На ово се обично одговара са ficet ad hoste doceri и да ми треба да усвојимо Аустријски грађански законик због његове унутрашње вредности пошто је то првокласан законодавни спо-

---

више сливао у један (нпр српски § 204 саставио је од аустријских §§ 329, 330, 331, 332, 333, 335). Многе ствари није разумео, нпр. државину, а нарочиту њену заштиту. Четрдесет и два параграфа Аустријског грађанског законика, који говори о државини, свео је на тринаест у Српском законику (§§ 198—210), чији је садржај такав, да још и данас и теорија и пракса у Србији муку муче при решењу питања из области државине. Исто је и са брачним уговорима и многим другим стварима. Законик који је Хаџић тако „сочинио" је један од најгорих законика и по својој садржини, и по својој техници и по својој форми.

меник. Споредно је чији је он, главно да је добар. Треба радити као Молијер: узети своје добро онде где се налази.

Пре свега, има првокласних законика и пројеката и ван Аустрије. Зашто не бисмо узели за основу свог будућег грађанског законика Немачки грађански законик, као што је то било учињено 1908 у Србији, када је био започет рад на једном новом грађанском законику, или Француски или Швајцарски? Могао се узети и модерни пројект Мађарског грађанског законика, ако се већ хтело да се узме туђа основа. — А затим, да ли је вредност Аустријског грађанског законика тако велика као што се тврди?

Мишљења о вредности Аустријског грађанског законика су подељена још од времена његовог постанка. Док су неки налазили да је он бољи и од Француског грађанског законика други, међу којима се налази и Савињи, оштро су га критиковали. Унгер није о њему имао стално једно мишљење; пошто га је критиковао, он је најзад пристао да је Аустријски грађански закон једно мајсторско дело... ако се мери мерилима времена кад је постао. То неслагање у оцени траје и данас, и после измена које су у овом законику учињене у току рата.

У истини, Аустријски грађански законик је једно значајно законодавно дело, али које има мана. Те мане осећају се нарочито данас, што није ни мало чудно, кад се има на уму да је од његовог постанка протекло скоро једно и по столеће. Он има, такође, и мана са којима је дошао на свет.

Аустријски грађански законик редигован је крајем осамнаестог века, у пуном јеку владавине школе природног права. Његов прави редактор Мартини био је професор природног права на бечком правном факултету, а исто је био и Цајлер, који је продужио и привео крају Мартинијево дело. Услед тога је сасвим разумљиво што тај законик садржи преведена у параграфе учења те данас застареле школе, која је некад била корисна, али која је одавна своју улогу завршила. Неки његови параграфи су узети доследно из Мартиниеве књиге Lehregriff des Naturrechts. Доктрине школе природног права данас више спутавају него што помажу развијање права.[1]).

[1]) В. §§ 7 и 16 Аустр. грађ. зак. Кнез Милош није знао за учење школе природног права, и кад су му Хаџић и Лазаревић у већ наведеном писму од 25 јула 1837 године изнели између осталог да „Робства у овој земљи неће бити, зашто је то противу разума и природе", он је поносно и увређено одговорио: „О точки: „Робства у овој земљи бити неће" примећујем да ропства у овој земљи ни до сада није било но свак је човјек слободан са собом био; и надам се да могу доказати да је правительство сербско досад у овој тачки отличније било од гдикоји просвештени христијански држава, код којих се трговина са робовима и дан данашњи води, на стид чистог человјечства".

Друга не мања мана Аустријског грађанског законика је у томе што је он рађен под великим утицајем римског права. Читав низ његових параграфа постао је под тим утицајем. Неки од тих параграфа настали су услед рђавог схватања римских текстова. Њихово разумевање претпоставља познавање заблуда оног доба. Није нужно, чак је некорисно, познавати римско право онако како га је модерна наука изнашла. Али је потребно познавати мишљење романиста из доба које је претходило стварању Аустријског грађанског законика. За редакторе овог законика римско право има само релативан, иако огроман значај; они још живе под утиском учења да је римска право ratio scripta.

Та два недостатка навели су познатог француског правника Е. Ламбера да констатује: „Аустријска наука грађанског права и данас дањи је бесплодна због ова два узрока заблуда: фикције непомичности права и слепог веровања у римско право" Fonction du droit ivil compare. 1903 p. 63).

У Аустријском грађанском законику има и анахронизма. Тако н. пр. § 1349 вели: да „туђе обавезе може примити на себе свако лице без разлике пола". Ко данас обраћа пажњу на речи „без разлике пола", и коме пада на памет да је њима укинут senatus consultum Vellejanum, по коме жене нису могле интерцедирати за другога? То је 1811 требало рећи у Аустрији, кад је сећање на ову забрану било још свеже, али је то данас без потребе.

Његова систематика и његова техника су недовољне, рекли бисмо примитивне. Његова терминологија је несигурна и неодређена, што је велики недостатак за један законик који се, као аустријски, ограничава на постављање принципа. Ево само једног примера: по § 284 „све што није лице, а служи за употребу људима, зове се ствар у правном смислу". Према томе, и чињење и нечињења, услуге, су, „ствари" (§ 303). Међутим §§ 653, 917 и 1431 разликују „ствари" од „радњи", а у § 1455 реч „ствар" обухвата само телесне ствари. Какве све тешкоће одатле произилазе за јасне теорије о правима на стварима непотребно је нарочито истицати.

У одбрану Аустријског грађанског законика рекло се да он већ важи у једном великом делу наше земље и да је тамо добро познат, да о њему постоји прилична литература, која ће нам бити корисна, као и пракса од преко једног столећа.

Али, ако тај законик познају Словенци и Хрвати, то још није довољан разлог да он буде југословенски законик. Овим се аргументом не доказује ништа.

И аустријска литература и пракса аустријских судова биће од минималне користи за примену законика код нас. Јер, није

у обичајима судија, ни страних ни наших, да увек при решавању спорова траже светлости у страној литератури или судској пракси, поготову ако су ове на језику неприступачном већини од њих. Затим, судска пракса вреди ако се формира постепено и у смислу назора и потребе наше средине. Ма колико била интересантна, туђа судска пракса не сме бити пророчанство за нас. Иначе, страна пракса и литература, ако се иде за њиховим подражавањем, изазивају стерилност код имитатора, уместо да му помогну. Тако се може рећи да баш због тога, што о Аустријском грађанском законику постоји и значајна пракса и прилична литература, тај законик не треба пренети код нас Уради ли се другојаче, од тога ће сигурно патити наша наука приватног права, која ће дуго имати да несамостално иде по траговима аустријске науке; то може изазвати и расцеп између теорије и праксе, ако пракса, као што је очекивати, приступи самосталном тумачењу законика, а тај расцеп био би штетан и за једну и за другу.

Са свим својим манама Аустријски грађански законик је добар за Аустрију, у томе нема сумње, и то није у противречности са оним што смо мало час рекли о његовој унутрашњој вредности. Јер, право једне заједнице не састоји се ни из далека искључиво из текстова законика. Текстови су само подлога за судско тумачење, које их далеко превазилази. Тако се и у Аустрији у току више од једног столећа развијала једна судска пракса која је, према захтевима стварности и потребама живота, неке текстове законика оставила без практичног дејства, док је другима, раније скоро непримећеним текстовима, дала ванредно велики значај. Аустријска грађанско право, то није само Аустријски грађански законик; то је, више него тај законик, она пракса која је тај законик ставила у дејство. Без ње, ако нам се дозволи овај начин изражавања, законик је мртво тело; пракса је душа права.

Закључак се намеће: Аустријски грађански законик није за нашу земљу. И са тачке гледишта национално-политичке, и са гледишта научно-правног, као и са гледишта судске праксе, његово усвојење имало би штетних последица.

IV

Ако одбацимо Аустријски грађански законик, то не значи да за основ нашег будућег Грађанског законика треба да усвојимо неки други страни грађански законик. То не значи, такође, да треба да приступимо изради потпуно новог и оргиналног законика. Нека би нас сачувао Бог од тога; јер, кад прерада Аустријског грађанског законика траје више од десет година,

колико би тек трајала израда новог! Постоји у нашој земљи један законик о коме се врло мало говори, а који је један од најбољих на свету: то је Богишићев Општи имовински законик за Црну Гору. Тај законик, који чини част и свом аутору, а и нашем народу, и о коме су се страни правници најповољније изразили, могао би, са нешто нужних измена, да се протегне на целу земљу. Он је рађен од нашег човека, који је ванредно добро познавао свој занат, и за један део нашег народа чији је дух огромној већини нашег народа много ближи од аустријског.

Што је црногорска средина примитивна, то не значи да би црногорски законик био неподесан за остале, културно развијене крајеве наше земље. Јер, тај је законик много напреднији од самог Аустријског грађанског законика. Тако нпр. до рата овај последњи имао је само неколико штурих прописа о радним односима, док су у Имовинском законику питања радних односа детаљно и правилно расправљена (В. нпр § 335 по коме најмилац не може оптустити најамљеника, који се разболео на послу „него је ред да га пази и лијечи као и друго домаће чељаде". То је питање сад регулисано законом о осигурању радника, али је интересантно, како је оно били „социјално" расправљано пре више од четрдесет година у „примитивној" Црној Гори).

Против Црногорског имовинског законика примећено је да је он непотпун, да не садржи ни породично ни наследно право. Али тај је приговор без великог значаја, јер је приватноправна секција Сталног законодавног савета решила да се законско наслеђавање и породично право израде независно од Аустријског грађанског законика. Према томе, и кад бисмо увели Аустријски грађански законик, из њега би било, у главном узето само имовинско право, а то је оно што се налази у Црногорском имовинском законику, како то и само његово име каже.

Из целе ове дискусије излази да би за основ нашег будућег грађанског законика требало узети Црногорски имовински законик. Само тако бисмо могли имати у скорој будућности законик који би задовољавао све услове доброг законика: одговарао би нашем народу и био у сваком погледу на достојној висини.

Често пута се понавља да је потребно да што пре добијемо грађански законик. Тако мисле не само правници, већ и надлежни. И један од разлога зашто се није приступило изради потпуно оригиналног законика, већ је узет за основу Аустријски грађански законик, била је жеља да се што пре дође до изједначења закона приватног права,за које се, не без раз-

лога, држало да је то „један од најважнијих фактора за консолидовање наше државе". Том жељом се објашњавало и постепено сужавање слободе кретања редактора пројекта Грађанског законика, у чему се отишло дотле да је приватно-правна секција Сталног законодавног савета одлучала да задржи и саму стилизацију Аустријског грађанског законика. У закључку Секције од 1. нов. 1922 године стоји, између осталог, да се имају учинити „ само такве измене, уколико не стоје у супротности са осталим прописима Хрватског грађанског законика на тај начин што ће се код појединих наређења предложити само измене и допуне којима би се ишло на то да се нешто што је нејасно тачније каже, а наређења која су изазвала неједнака тумачења стилизују тако како ће се дотична питања на један начин у судовима расправљати".

Наводећи овај закључак г. Ж. Перић, професор београдског правног факултета вели: „Управо у свом закључку, приватноправна секција је још категоричнија у овом гледишту да се ревизија Хрватскога (Аустријског) грађанског законика схвати у што ужем смислу. И у том правцу приватно-правна секција све је више еволуирала тако да се, најзад, дошло дотле да не само, у главном, није било никакве прераде него се је задржала и сама стилизација Аустријског грађанског законика: метод рада који је имао ту добру страну што је убрзавао посао, иако би се истом методу могло приговорити, да при свој његовој опште признатој вредности, особито после новелирања из нов. 1914—1916. Аустријски грађански законик није, ипак, без недостатака, специјално с погледом на данашњи развој приватно правних односа, и да би се, стога, његова генерална ревизија показала несумњиво корисном. Али, приватно правни опсег Законодавног савета налазио је да је боље добити одмах један општи грађански законик, ма и мање савршен и са манама, него, чекајући да се, једном основнијом прерадом Аустријског грађанског законика, добије што потпунији и што модернији грађански законик, законодавство из области приватнога права оставити још дуго у досадашњем његовом хаотичном стању. Та је примена оног правила практичног живота да је бољи и рђав закон него никакав (Али наравно, нећемо овим да кажемо да је Аустр. грађ. зак. рђав, далеко од тога). Архив за правне науке, књ XV (XXXII) стр. 7—8).

Ово гледиште приватно-правне секције Законодавног савета потпуно је разумљиво са тачке гледишта убрзања посла. Прошло је, међутим, више од дест година откако се почео рад на изједначењу закона, па ипак до данас немамо ни пројект тог Грађанског законика, који има да буде само „престилизован" Аустријска грађански законик.

За тај посао није потребно толико времена. Кад је Наполеон увидео колика је важност Грађанског законика, он је 13 августа 1800 године поверио четворици људи да му израде пројект законика и дао им рок од шест месеци да тај посао заврше. Данас би се сличан захтев назвао безумним, али је онда много што шта било другојаче. Наполеонова комисија није чекала да протекне додељени јој рок па да посао заврши њен је пројект био готов за четири месеца. Међутим, проблем пред који је она стављена био је изванредно тежак, много тежи него проблем који имају да решавају модерни редактори закона. У то доба постојао је у Француској велики број различитих правних система који су важили у разним провинцијама. Између њих је постојала велика супротност. Револуција је била изнела на површину идеје од којих су се неке већ биле укориниле и којима је требало створити место у правном систему. Редактори су имали задаћу да стопе и салију заједно традицију и револуционарне тековине. Колики је то посао може се замислити према полемикама које је код нас изазвало питање форме брака. Наполеонови редактори су, међутим, у томе успели у пуном смислу те речи. Из њихове четворомесечне делатности изашао је француски грађански законик, у главним цртама онакав какав се одржао до данас, да задовољи потребе једне напредне заједнице, да изазове дивљење многих и да буде усвојен или бар подражаван од многих законодаваца.

Али нису само Наполеонови редактори радили тако брзо. Њихови претходници у том послу одликовили су се истом особином. Законодавни комитет конвента израдио је био један пројект за месец дана и поднео га конвенту 1793 године. Годину дана доцније поднет је други пројект пошто је први одбијен као недовољно револиционаран, а 1796 Комбасерес је редиговао и трећи пројект. 1799 био је спремљен још један пројект, а идуће године израђен је пројект који је постао Наполеонов законик. Тако је у року од седам година у Француској израђено пет оригиналних пројеката, а на крају десет година тог законодавног рада Француска је, упркос свих бура кроз које је у том међувремену прошла, добила свој грађански законик. Ми, пак, нисмо успели да за десет година престилизујемо Аустријски грађански законик!

Што су Французи дошли тако брзо до свог Грађанског законика, велика је делом Наполеонова заслуга; Наполеон се није без разлога више поносио својим Законником него свим својим победама. Он је узимао великог удела у дискусијама Законика у Државном савету. Иако није био правник, он је брижљиво студирао стручне студије о разним питањима, а то

није увек био весео посао. Али то је био услов да подузеће успе што пре.

Наши интереси, како научно-правни, тако и национално-политички су да се што пре приступи ревизији Црногорског имовинског законика и да се он после тога протегне на целу државу.

(Правни зборник, година I, број 2 и 3, Подгорица, 1933)

A SUMMARY

THE YUGOSLAV CIVIL CODE
(Austrian or Montenegrian Civil Code)

In this article, which is devoted to the codification of civil law in Yugoslavia between the two World Wars the author emphatically rejacts the point of view acording to which the Austrian Civil Code should be considered as the basis of the Yugoslav Civil Code. This would predominantly be a national and political error. Yugoslavia should have a Yugoslav civil code, which would comply with the needs of the Yugoslav circumstances. It is not convenient to incorporate the spirit of a deposed order into a new, revolutionary one, such as had been the newly formed state. Victorious Rome had a bad experience with defeated Greece.

Likewise, Austrian literature and the practice of Austrian courts would be of little and to the implementation of the code in Yugoslavia, since the language is alien to the majority of the judges. Next, court practice is valid only if it is formed gradually and with regard to the domestic circumastances and needs. Foreign practice and literature, if the intention is to take them as an exemple provoke sterility in the work of the imitator, instead of helping him. If the Austrian Code were to be adopted, there lurks the dangerous possibility of a split between Yugoslav theory and practice, for it is reasonable to assume that the courts would interpret the law independently, while theory would for long still remain deprived of this independence, that is, under the influence of Austrian theory.

According to the author Bogišić's General Property Code for Montenegro, with several necessary alterations, could be spread to the whole country. That Code, the pride of the creator as well as his people, is one of the best in the world; foreign jurists have also considered it among the best. This Code stresses the author, has been created by our own compatriot, who had excellent know-how, for the benefit of a part of our people the spirit of which is much closer to the wast majority of our people than the Austrian. The fact that the Montenegrian community is primitive does not mean that the Montenegrain Code would be unsuitable for the rest, culturally more developed regions of Yugoslavia, for this Code is more progressive than the Austrian Civil Code.

RÉSUMÉ

LE CODE CIVIL YOUGOSLAVE
(Le Code autrichien ou le Code monténégrin)

Dans cet article qui est consacré à la codification du droit civil en Yougoslavie dans la période d'entre-deux guerres mondiales, l'auteur refute énergiquement le point de vue selon lequel il faudrait prendre pour base du Code civil yougoslave le Code civil autrichien. Ce serait, tout d'abord, une faute politico-nationale. La Yougoslavie doit avoir le code civil yugoslave créé d'après les besoins des Yougoslaves. Il n'est pas opportun d'introduire dans une créaltion révolutionnaire, telle qu'est l'Etat nouvellement formé l'esprit de l'ordre démoli. La victorieuse Rome avait une mauvaise expérience avec la Grèce vaincue.

La littérature autrichienne et la pratique des tribunaux autrichiens seraient d'une utilité minime pour l'application du code en Yougoslavie, vu qu'ellest sont formulées dans une langue qui est inaccessible à la plupart del juges. Ensuite, la pratique judiciaire est valable si elle se forme graduellement et dans le sens des concepts et des besoins du pays. La pratique et la littérature étrangères, si on a l'intention de les imiter, provoquent la stérillité chez l'imitateur, au lieu de l'aider. Si on adopte le code civil autrichien, le danger existe que la rupture se produise entre la théorie yugoslave et la pratique, car on peut s'y attendre avec raison que les tribunaux pourraient en toute autonomie proceder à l'interprétation des lois et que la théorie resterait longtemps sans indépendance, et qu'elle manquerait d'initiative, sous l'influence de la théorie autrichienne.

Selon l'auteur, le Code civil du Monténégro, avec quelques modifications nécessaires, pourrait s'étendre sur tout le pays. Ce code qui fait honneur à son auteur et à son peuple, est un des meilleurs dans le monde; de mème les juristes étrangeres se sont exprimés avec le plus d'éloge à son edard. Il a été élaboré comme l'a souligné l'auteur, par notre homme, qui connaissait très bien son métier et pour une partie de notre peuple dont l'esprit est à la plus grande majorité de notre peuple beaucoup plus proche que l'esprit autrichien. Le fait que le milieu monténégrin est primitif ne signifie pas que le Code monténégrin serait inconvenant pour les autres pays culturellement développés de la Yougoslavie, car ce code est beaucoup plus avancé que le Code civil autrichien.

UDK — 349,2

КОЛЕКТИВНИ УГОВОРИ О РАДУ

I

У низу захтева, које су радници разних структура у штрајку били поставили летос својим послодавцима, налазио се један на коме се нарочито инсистирало од стране радника; то је био захтев да се међусобни односи радника и послођа регулишу колективним уговорима. Радници су врло много инсистирали на том свом захтеву, а неки послодавци нису пристајали да о њему разговарају.

Сад израз „колективан уговор" мање је познат нашој широј јавности, и многи су се питали шта он крије у себи. Његова употреба за време радничких штрајкова, и у вези са њима, навела је неупућене на помисао, да се ради о неком захтеву колективистичке, социјалистичке природе. Ту импресију појачала је чињеница, да су скоро истовремено били избили штрајкови и у Француској, у тренутку доласка на власт једне социјалистичке владе, који су тамо били пропраћени заузимањем фабрика, а у којима је такође био истакнут захтев, да се међусобни односи радника и послодавца регулишу коликтивним уговорима.

У ствари, установа колективних уговора о раду не носи специфично социјалистичко обележје. Она постоји у свима модерним законодавствима, и то у неким још одавно, још од пре светског рата. Она постоји у демократским земљама, као што су Француска, Енглеска, Америчке сједињене државе, северне европске државе, али она постоји и у фашистичкој Италији, нацистичкој Немачкој и совјетској Русији, и у свим тим и другим земљама практикује се у великој мери и игра врло важну улогу. Та установа је у својој основи независна од политичких режима. Она зависи од извесних економских и социјалних фактора, који се срећу у свима модерним државама.

Ипак, није случајно што се наша јавност упознала са овим захтевом радничке класе за време летошњих радничких

покрета. Јер, ако захтев колективних уговора није израз колективистичких тежњи радничке класе, он је израз тежњи синдикалне акције. Колективан уговор претпоставља постојање организованих радничких група по струкама или по предузећима. Те групе, чија бројна и кохезиона снага може бити мања или већа, које могу бити створене ad hoc, или трајно организоване, и које имају тежњу да обухвате све раднике једне струке или предузећа, појављују се као претставници радника, и као заступници њихових интереса. У том смислу тачно је да су колективни уговори израз степена пресије коју на послодавца, или послодавачке организације, врши организовано радништво. То су погодбе између радника и послодаваца, рада и капитала, о подели произведених богатстава, при чему свака страна гледа да за себе резервише што већи део. Њима претходи често дуга и упорна борба, у којој се противници не штеде, која се некад свршава сурвавањем у беду једног од њих. У сваком случају они су резултат дугих и напорних погађања и ценкања. Њихово закључење претставља привремено обустављање борбе. Они значе да су противници нашли неки modus vivendi, за време кога се желе спремити за нову борбу, очекујући да се она заврши за њих повољније. На тај начин колективни уговори о раду појављују нам се као економски мировни уговори између антагонистичких група радника и послодаваца.

То је лако уочити у демократским државама, чија законодавства почивају на начелима слободе, и у којима професионалне организације радника и послодаваца уживају већу независност. Али је то тачно и за ауторитативне државе, па и за оне од њих у којима синдикати радника и послодаваца нису приватне организације, већ јавни органи. Разлика је само у томе, што извесно средства синдикалне акције, као што су на пример штрајк, lok-aut бојкот, индекс, нису дозвољена у тим државама, док у демократским државама та су средства дозвољена и често употребљавана. Али, и у једним и у другима, колективан уговор се показује као резултат синдикалне акције, акције радника организованих на бази заједничких интереса.

II

Наше законодавство познаје установу колективних уговора о раду, али су прописи о томе недовољни и штури, а судска пракса скоро и не постоји. Основни текст је § 209 закона о радњама. Према њему, колективним уговором сматра се „писмена погодба коју закључи службодавац или службодавачка организација једне или више сродних струка као претставник

службодавца, с једне стране, и стручна службопримачка организација, с друге стране, а којом се погодбом уређују међусобни службени односи, права и дужности".

То није ни много јасно, а није ни тачно. Ја прелазим преко кованица „службодавац" и „службопримац", узетих из аустријскаг правног језика, а против којих су и у Аустрији протестирали неки правници. Али није тачно да се тим уговором регулишу међусобни службени односи између радничке и послодавачке организације и уређују међусобна права и дужности. Јер, пре свега, између радничке синдикалне организације и послодавачке организације, или једног послодавца, не постоје никакви службени односи. Међу њима затим обично нема права ни дужности, а и кад постоји неки правни однос, он се обично не уређује колективним уговором. Колективан уговор има сасвим други циљ, а не да уреди односе радничке и послодавачке организације.

У ствари колективан уговор је споразум између једне професионалне радничке организације, или једне групе радника, и организације послодаваца, или само једног послодавца, о условима под којима ће се у будуће моћи склапати индивидуални уговори о раду између појединих радника и појединих послодаваца. Њиме се прописују правила која ће се примењивати на односе појединих радника и послодаваца, ако ти односи буду успостављени примањем радника на рад. Колективним уговором само се одређује оквир у коме се имају кретати односи појединих радника и послодаваца, али се ти односи не стварају самим коликтивним уговором. Из самог колективног уговора радник не стиче никаква права. Тек када буде примљен на рад, и ако буде примљен, — дакле, ако закључи индивидуалан уговор о раду са послодавцем, — тек онда он може захтевати примену клаузула колективног уговора на његове односе са послодавцем. Колективан уговор садржи апстрактна правила; он се не односи на конкретан радни однос. Стога он више потсећа на закон или уредбу, а не на уговор. Зато су неки истакнути правници одавно предложили да се у називу ове установе истакне више њено веће сродство са законом или уредбом него са уговором. Други их зове споразуми — закони, а Ориу зове их уредбодавни уговори. И заиста, ти називи одговарају више њиховој правној природи. Као и закон и уредбе и они постављају општа и апстрактна правила, која ће се имати применити тек када, и ако буду остварене извесне конкретне ситуације, то ће рећи, ако радник закључи индивидуалан уговор са послодавцем, ако ступи на рад.

Али, и ако се својом апстрактношћу и својом генералношћу приближује закону и уредби, колективан уговор се уда-

љује од њих другом једном својом особином. Закон је крут. Он се примењује и кад се промене околности које су изазвале потребу његовог доношења. Није то редак случај да један закон надживи разлог свог постанка, и остане оно што социолози зову преживитак, ако не промени у међувремену своју функцију. Моћ праксе и теорије да закон прилогоде промењеним околностима има својих граница, а оне понекад нису врло широке. Сасвим је другојачије са колективним уговором. Он уопште нема крутост закона. Напротив, гипкост је његова главна особина. Створен у извесним околностима, он се мења са променом тих околности. И природно је да радници захтевају повећање најамнице кад посао почне напредовати, као што је разумљиво да послодавци смањују најамнице, ако немају никакве зараде, а повећање цена производа није могуће. И као што је то приметио E. Lambert, позната клаузула rebus sic stantibus, која се подразумева у међународним уговорима, а према којој оно што је уговорено има да важи у колико се прилике не буду промениле, у колективним уговорима је још више на свом месту. Та гипкост колективних уговора, коју намеће сама природа ствари, осигурана је понекад самим уговором. Није редак случај да се самим колективним уговором установе паритетни одбори радника и послодаваца, чији је циљ управо да се осигура еволуција и прилагођавање самог уговора промењеним приликама што углавном значи да се висина радничке најамнице креће према извесном индексу.

Дакле, иако се по својој општости и апстрактности приближава закону и уредби, колективан уговор се од њих разликује својом гипкошћу, диктованом самом природом ствари.

III

Али, ако се колективан уговор по својој природи не може ставити у категорију закона, он још мање улази у категорију уговора. Колективан уговор о раду је уговор само по имену. Од правог уговора он се дубоко разликује. Само зато што се хтело да се овај производ нашег времена, ова нова животна творевина, смести по сваку цену у оквире традиционалног правног система, наденуто јој је име уговор, уз квалификатив колективан. То је нешто што се често догађа правницима, а што је и општељудско. Сви ми више волимо да се послужимо постојећим инструментима него да стварамо нове.

Познато је у чему се састоји прави уговор и каква је његова функција у данашњем инвидиуалистичком поретку. Уговор, споразум заинтересованих, данас је једини правни инстру-

мент економског живота. Само се помоћу уговора данас може вршити размена добара и услуга. Данашњи правни поредак не познаје друго средство за ту сврху. — Једном закључен уговор обавезује као закон оне који су га закључили, али обавезује само њих. За остала лица он је без дејства.

Од тога и таквог уговора колективан уговор се разликује у сваком погледу. Он се разликује од њега и у погледу садржине, и у погледу лица која га закључују, и у погледу лица за која важи, и у погледу дејстава и последица његове повреде.

IV

Садржина колективних уговора. — Као што сам већ рекао, колективни уговори не садрже регулисање одређеног конкретног односа, већ само апстрактна правила за евентуалне односе појединаца извесне групе радника и послодавца. Самим склапањем колективног уговора не настају између радника, чији су претставници закључили уговор, и послодавца са којим је уговор закључен, они односи, она права и обавезе, које рађа обичан индивидуалан уговор о раду. За постанак тих права и обавеза потребно је да се са сваким појединим радником склопи индивидуалан уговор. Тај и такав индивидуалан уговор просуђиваће се према прописима које садржи колективан уговор.

Правила која садржи колективан уговор о раду су разноврсна и многобројна. Нови колективни уговори су разрађенији од оних ранијих датума. Неки од њих по својој опширности и детаљности појављују се као кодекси радног права извесне територије, или извесне струке. За правника они су од неоцењиве вредности, због тога што му омогућавају да непосредно посматра како се у извесној групи ствара право у сукобу интереса и тежњи у борби и сталном и непрекидном напору заинтересованих да своје интересе подигну на степен регуле. Није лако изложити њихову садржину, јер она није иста у свима. Шта више, уговор једне исте групе трпи промене под акцијом разних фактора. Ја ћу се ограничити да у кратким потезима, само ради површног обавештења, изнесем садржину једног од оних многих уговора који су закључени летос. То је уговор закључен између радника и једне фабрике на територији инспекције рада у Осјеку.

Тај уговор је подељен у пет поглавља, од којих свако садржи по више параграфа.

У првом поглављу одређује се да радно време не може трајати дуже од осам часова дневно, односно четрдесет осам

часова недељно, изузев за сезонске послове. Ту се налазе правила о прековременом раду и већој награди за тај рад, о обавезном недељном и празничном одмору, са могућим изузецима, за које је предвиђена повишена награда. Први мај се признаје за раднички празник, али је предвиђено да ће и тога дана радити изузетно радници код парних котлова, водовода и других неопходних послова, због чега се предвиђа за њих 100% већа зарада од нормалне.

Раднички повереници, којима наш закон о заштити радника (§§ 108—119) даје тако значајну улогу у односима радника и послодаваца признају се као представници радника, јер многа предузећа нису признавала радничке поверенике, нити хтела са њима да преговарају, иако је у закону изрично речено (§ 108), да радници једног предузећа имају право да изаберу своје поверенике. Није без интереса подвући, да сам закон у набрајању задатака радничких повереника каже, да је њихова дужност да сарађују на припремању и изради колективних уговора; да посредују између радника и послодаваца у споровима из радног односа, и ако би због тога претио штрајк, да траже посредовање државних надлежних власти; да посредују при утврђивању акордних тарифа, просечних минималних зарада, у колико нису регулисане колективним уговорима (§ 109). Те радничке поверенике признаје наш уговор и чак им дозвољава, да у случају хитне и неопходне потребе врше своју дужност и за време радног времена, у ком случају ништа им се не одбија од зараде.

Друго поглавље се односи на најамнице и награде радницима, о којима садржи врло детаљна правила. Забрањује се задржавање од најамнице у циљу кауције. Ако се радници упућују на рад ван места, време путовања рачуна им се у рад, а надница повећа за 50%. Прекид рада „услед елементарних незгода или других узрока за које радници нису одговорни" повлачи штету и уговор садржи низ прописа о томе, кад ће се време таквог прекида рачунати радницима у радно време, а кад не. Позив на војничке вежбе не прекида службени однос, ако је тај однос трајао годину дана (§ 221 зак. о радњама) и радник има за време војне службе право на новчане принадлежности за време од четири недеље. Шегрти се не смеју искоришћавати као приватна послуга. Ожењени радници, као и неожењени који издржавају породицу, добијају дрва преко целе године, а неожењени само преко зиме. Предвиђене количине дрва повећавају се у случају нарочито оштре зиме. Они радници који станују у зградама фабрике, имају и бесплатно осветљење.

Поглавље треће садржи прописе о томе која ће помоћна и заштитна средства добити разне категорије радника. Тако, на

пр., они запослени у електрорадионици добијају прегаче, од вуне, ковачи и бачвари кожне прегаче, ливци заштитну прегачу и камашне од вуне. Радна одела, кабанице за кишу, гумене чизме предвиђене су за неке категорије радника.

Четврто поглавље садржи прописе о дужностима предузећа према радничком потпорном фонду, о подизању радничких станова, радничкој потрошачкој задрузи, радничком дому и бесплатној употреби биоскопског пројекционог апарата, о радничкој читаоници и паритетном одбору који има да контролише цене у пекарницама и осталим трговачким радњама у радничкој колонији.

Најзад, пето поглавље, садржи опште прописе о важењу уговора. Ту је одмах у почетку подвучено, да он важи за све раднике запослене у предузећу. Ниједан радник не може бити запослен под лошијим условима. Дакле, уговор важи не само за раднике чији су га претставници склопили, већ за све раднике, које буде предузеће упослило, што је немогуће довести у склад са принципима општег права о дејствима уговора.

Ту се још говори о радничким правилима. Напослетку, одређено је да уговор важи за годину дана и да се продужује аутоматски за другу годину, ако се не откаже.

Уз уговор приложена је тарифа, којом се одређују категорије радника свију погона и утврђују наднице.

Овај врло површни преглед предмета, о којима један скорији колективни уговор, закључен у нашој земљи, садржи детаљна правила, може дати само бледу претставу о колективним уговорима у индустријски развијенијим срединама, и богатству живота који се крије иза његових невичних и често наивних формула(као што је, на пр., она у нашем уговору, којом се управа предузећа *обавезује* да ће *добровољно* потпомагати постојећи раднички фонд). Прегледање тих уговора доводи до закључка, да су ти тобожњи уговори у ствари кодификација правила о односима рада и капитала у једном одређеном месту и одређеном времену.

V

Ко закључује колективан уговор? — Исто отступање од традиционалног права примећује се, кад се са питања садржине уговора пређе на питање ко закључује овај уговор.

У колективном уговору послодавци се обично појављују појединачно, или као јасно одређена група. Кад једна група послодаваца закључује уговор, зна се увек за кога тај уговор важи за стране послодаваца. Није тако и са радницима. Они се никад не појављују у колективном уговору као појединци, већ

увек као група, колективно. Са њихове стране уговор је увек колективан. Унутарњу везу између радника чини или синдикат, или рад у истом предузећу. Разуме се, у закључивању уговора они не учествују сви. Уговор закључују њихови претставници, који су обично функционери синдидката.

Правници су много дискутовали питање, каква треба да је та група, да би могла бити странка у уговору. Правило је да права и обавезе могу имати само лица, а уговоре не могу склапати ни сва лица, већ само она која имају пословну способност. Свако људско створење сматра се за лице у праву. Као таква сматрају се под извесним условима и нека удружења, друштва и установе.

Законодавства су у свима земљама уско одредила која удружења имају личност и способност закључивања уговора. Део прошли век прошао је у знаку неповерења од организованих група. И то не свију. Друштва створена у циљу зараде, чак су била фаворизована. Држава је зазирала од удружења, група, чији циљ није била никаква материјална добит. У Француској су радници добили право коалиције тек 1864 године, а радничке синдикалне организације биле су дозвољене законом тек 1884 године, иако су практично већ одавно постојале; остала удружења дозвољена су тек 1901 године. Дотле је удружење претстављало кривично дела (чл. 291 и сл. франц. казн. зак.). Само удружење није имало права, нити је могло као такво имати имовину. Оно није могло закључити ни уговор, па ни колективан уговор. Све то, јер није правно лице.

Данас је право удружења мање више зајемчено, бар у демократским земљама. Радницима је оно загарантовано код нас законом о заштити радника, чији § 35 каже: „Радници се могу удруживати у специална удружења за заштиту својих економских, културних и моралних интереса." Та њихова удружења, синдикати, имају пословну способност и могу закључивати колективне уговоре.

Али приметимо да није нужно да сви чланови синдиката пристану на закључивање колективног уговора. Уговор који закључе претставници синдиката важи и за оне његове чланове који на њега не пристају.

Али могу ли закључивати колективне уговоре друге групе радника? На пр., радници једне фабрике који нису посебно организовани? Правнички, решење питања не изгледа сумњиво. Таква група није правно лице. Уговор могу закључити само лица, и то само она која имају пословну способност. Према томе, група радника једне фабрике не може бити странка у уговору Такав уговор у ствари није ништа, и не постоји.

Наш закон о радњама (§ 209) зна само за стручну радничку организацију као странку у колективном уговору, те би према њему уговор закључен од групе радника, који раде у једном предузећу, био без важности. Како су, међутим, такви уговори врло чести данас, правник са класичним правничким образовањем закључио би, да наш закон у овом погледу има један велики недостатак, који би требало да има тешке последице, пошто би услед њега многи уговори имали да буду без важности. У истини, недостатак је више теоријски него практичан, а опасност неважности таквих уговора више је илузорна него стварна. Јер, не треба никако заборавити да се установа колективних уговора не оснива на законским признањима. И у оним земљама где је законом призната и складно организована, установа колективних уговора црпе своју снагу са друге стране. Она се оснива пре свега на живој снази синдиката и других група и њиховој спремности за акцију. Ако по општем праву нема могућности да се једној групи радника, који раде у једном предузећу, а нису организовани у стручно удружење, призна способност да преко својих претставника закључи колективан уговор, — утолико горе по опште право! Радници предузећа ће ипак закључити уговоре са претставницима предузећа и старати се да осигурају њихово извршење, а опште право доћи још једампут у раскорак са животом. И као што то бива обично, победиће на крају живот. Јер, не могу се увек животне силе прилагодити правним правилима; лакше је ове прилагодити потребама живота.

VI

За која лица важи колективан уговор? — Са стране послодавца он важи за оне послодавце који су га потписали, као и за оне, ако је уговор закључила стручна организација послодаваца, који су чланове те организације. Са стране радника он важи несумњиво за све чланове синдиката, ако је уговор закључио синдикат па чак и за оне, то смо видели, који су били против уговора. Он важи за све особље предузећа, кад је склопљен између претставника тог особља и послодавца, па чак и за оне који су били против његовог закључења. Тежња синдикалне акције је увек у правцу осигурања што ширег поља примене колективног уговора. И због тога се обично уговара, да ће колективан уговор важити за све раднике, који буду ступили на рад у предузеће са којим је склопљен уговор. Уосталом, кад тога не би било, послодавци би се лако ослободили колективног уговора, замењујући постепено своје раднике другима, за које уговор није закључен. Та експанзивност колективног уго-

вора је услов самог његовог одржања. Али се тиме он још у једном погледу одваја од традиционалног уговора.

У неким законодавствима отишло се у овом погледу још даље. Тамо је неким претставницима врховне власти признато право, да неке колективне уговоре прогласи за опште обавезне. На тај начин се ти уговори простиру на све индивидуалне уговоре о раду једне странке.

VII

Дејства колективних уговора. — Колективан уговор није уговор ни по својим дејствима. Циљ сваког уговора је да створи обавезе између странака. Споразум који не ствара обавезу није уговор .Странке у колективном уговору, то су обично раднички синдикат, или група радника једног предузећа, и један пословођа, или организација послодаваца. Колективан уговор нема за циљ да створи обавезу између њих. Он има у виду односе појединог радника и послодавца и за њих поставља правила, али не ствара обавезу ни између радника и послодавца. Обавезе ће настати између сваког појединог радника и послодавца када они буду у оквиру услова колективног уговора направили индивидуалан уговор о раду. Зато је разумљиво оклевање судова крајем прошлог столећа у питању о томе, да ли синдикат може подићи тужбу противу послодавца који не поштује услове колективног уговора. Судови неких земаља сматрали су раније, да се улога синдиката своди на улогу посредника, те се он не може ни тужити суду због повреде уговора од стране послодавца.

Данас међутим, и ако ће се прописи колективног уговора примењивати на сваког појединог радника и послодавца, признаје се странкама које су га закључиле право на тужбу због његове повреде. — Синдикат, напосе, има право да тражи накнаду штете од послодавца, који прими на рад неког радника под лошијим условима од оних предвиђених у колективном уговору. У неким законодавствима синдикатима се признаје и право да траже поништај индивидуалних уговора о раду, који отступају од прописа колективног уговора.

VIII

Није потребно више инсистирати на томе да колективни уговори нису уговори и да не улазе нимало у традиционалне оквире уговора. У Америчким сједињеним државама њих не зову уговорима, већ „псеудоуговорима" или „такозваним уго-

ворима". За Американце су то „Gentlemens agreements" — џентлементски споразуми.

Уистини, код колективних уговора присуствујемо једној новој, значајној манифестацији живота, за коју нема места у оквирима традиционалног правног система. То је једна сасвим нова институција, којој треба дати засебно место и поставити јој правила према облицима које јој је дао сам живот моделирајући је постепено.

У неким страним законодавствима колективан уговор је потпуно изашао из уговорног круга. Тамо су синдикати престали бити приватне организације радника и послодаваца и постали су органи државе. Питање синдикалне акције је постављено и решено као питање уставног права. Колективни уговори, које они закључују важе не само за њихове чланове већ за све раднике исте струке. На тај начин колективан уговор појављује се отворено као скуп правила о радним односима у извесној струци. Он је признат израз радног права, његов начин формулисања.

Али и у земљама где синдикати нису претворени у државне уставнове, колективан уговор све више добија карактер инструмента којим се ствара право рада. У неким земљама, као што је поменуто, држава има право да неки колективан уговор, који одговара економским и социјалним приликама тренутка, огласи за општеобавезан. Тамо где то није случај, синдикати се старају да му прибаве што шире поље примене, јер је то услов његовог одржавања. То нам дозвољава да можемо рећи, не излажући се приговору да правимо пророчанства, да ће се колективни уговори све више практиковати. Они су израз акције радништва као целине. Солидарност међу радницима и смисао за колективне акције су чињенице. Сам законодавац о томе води великог рачуна и цела еволуција радничког законодавства креће се у смислу отвореног признавања радништва као целине. Снагу своје целине радници искоришћавају за добијање што већег удела у подели добара. Тако звани колективан уговор даје данас само несавршену правну формулу резултатима акције економских и социјалних фактора, од којих је синдикални феномен не само један од најмоћнијих већ један од оних који претстављају особени знак нашег времена.

(Наша стварност, Београд, 1936)

A SUMMARY

COLLECTIVE LABOUR CONTRACTS

This article was written at a time when collective labour contracts became more frequently entered into in our country, as the result of strikes and activites of the trade unions of the organised workers, and it stesses that it is about a new significant manifestation of life which cannot be incorporated into the framework of any traditional legal system. It does not discuss the cotract in the classical sense of the term, but as an „agreement between a professional workers' organisation, or a group of workers, and an organisation of employers, or one employer, concerning the conditions under which it would in future be possible to enter into idividual labour contracts between individual workers and individual employers". Teherefore, this conract does not refer to any concrete employment, it consists of abstract regulations, it only determines the framework of relations between workers and employers.

On the other hand, these contracts, although very close to laws and decrees owing to their abstractness and generality, differ from the former by their flexibility. That is, they are created in particular circumstances as the result of a degree of pressure inflicted on the employer by the organised workers, „like the economic reconciliation contracts between antagonistic groups of workers and employers", consequently they are altered under the impact of the change of circumstances. The clause „rebus sic stantibus" is completely applicable to them.

The specific nature of these contracts is discerned by the scrutiny of their substance, by the parties intering into the contract, by the parties to which it is applicable, its effect as well as the consequences of the breach of its provisions.

RÉSUMÉ

LES CONTRATS COLLECTIFS DE TRAVAIL

Ecrit à une époque quand dans notre pays de plus en plus souvent on passait des contrats collectifs de travail en tant que résultat des grèves et de l'action syndicale des travailleurs organisés, dans l'article est signslé d'abord qu'il est question d'une nouvelle manifestation importante de la vie qui n'a pas de place dans le cadre du système jurdique traditionnel. Il ne s'agit pas ici du contrat dans le sens classique mais de „L'accord entre une organisation professionnelle des travailleurs, ou d'un groupe de travailleurs, et l'organisation des employeurs, ou seulement un employeur, sur les conditions dans lesquelles on pourra conclure dans l'avenir des contrats de travail individuels entre certains travailleurs et certains employeurs". Ce contrat ne se rapporte pas, par conséquent, à la relation de travail concrète, il contient des règles abstraites, par lequel est déterminé seulement le cadre dans lequel se développeront ces relation des travailleurs et des employeurs.

D'autre part, ces contrats quoiqu'ils s'assimilent par leur caractère abstrait et leur généralité à la loi et au règlement différent de ceux-ci par leur flexibilité. En effet, ils se forment dans des conditions déterminées en

tant qu'expression du degré de la pression que l'employeur exerce sur les travailleurs organisés, „en tant que contrats de paix économiques entre les groupes antagonistes des travailleurs et des employeurs". et c'est pourqoi ils changent par la transformation de ces circonstances. La clause rebus sic stantibus se trouve chez eux tout à fait à sa place.

La spécificité de ces contrats peut être aperçue en observant leurs contenus, les personnes qui les concluent, les personnes pour lesquelles ils sont valables, leurs actions, ainsi que les conséquences de leur enfreinte.

347.61/64

ИЗВОРИ БРАЧНОГ ПРАВА

Брачним правилима од 9 јуна 1933 године српска православна црква издала је прописе о постанку и престанку брака православних лица, о правима и дужностима супруга, о мешовитом браку и о још неким предметима из области личног брачног права. Сва су та питања регулисана у главном грађанским законником и још неким посебним државним законима. Пошто велики део надлежности у брачним стварима припада црквеним властима, то се поставило питање, хоће ли црквене власти у будуће примењивати прописе грађанског законика и у опште државних закона, или ће се држати искључиво брачних правила. Другим речима, јесу ли са ступањем на снагу брачних правила престали важити прописи државних закона о истим предметима, или су остали и даље у важности, у коме би се случају имало поставити питање домена примене брачних правила.

На ово питање не може се дати једноставан одговор, већ треба разликовати: прописи грађанског законика и прописи са њим у вези важе и даље у потпуности и садрже опште-обавезно право, које имају примењивати сви органи, који по ма ком основу имају неку надлежност у брачним стварима; с друге стране, брачна правила не важе као опште-обавезно право, које је санкционисано државном силом, већ као унутрашње право једне аутономне верске заједнице, које има само верску санкцију.

I

Односи између државе и српске православне цркве уређени су законом о српској православној цркви од 8 новембра 1931 године, на основу принципа аутономије цркве у погледу уређења унутрашњих црквено-верских послова (чл. 11, ст. 3, Устава). На основу тога закона донео је Архијерејски сабор устав српске православне цркe, који је озакоњен 16 новембра 1931 године и који садржи одредбе „о целокупном уређењу српске

православне цркве и свију црквених самоуправних власти" (чл. 24 закона о срп. правосл. цркви). Одређујући у чл. 63 делокруг Архијерејског сабора, тај устав каже између осталих ствари, у тач. 13, да он „издаје прописе у брачним пословима". На основу тога текста и чл. 1 закона о српској православној цркви, којим се установљава аутономија српске православне цркве за црквеноверске послове. Архијерејски сабор донео је 9 јуна 1933 године брачна правила.

Ван сваке је сумње да је Архијерејски сабор био властан да донесе за унутрашње потребе цркве правила о црквеном браку чланова православне цркве. Та правила су обавезна за чланове цркве и црквени органи могу, у оквиру црквене аутонмије захтевати од њих да их поштују. Држава се не може мешати у посао доношења таквих правила, као ни у друге послове из области црквено-верске аутономије. Али ни црква не може захтевати од државе да њеним правилима прибави поштовање, јер то су правила једне аутономне организације, која важе само у границама њене аутономије.

Међутим, претставници српске православне цркве не мисле тако. Они признају да тим правилима није ниуколико измењено брачно право на територији где важи мађарски закон о браку (зак. чл XXXI : 1894), који признаје једино грађански брак, као ни право где важи аустријски грађански законик, који познаје верски брак, али садржи све прописе о браку, обавезне за сва лица, па и за православне. Али они сматрају да су њиховим брачним правилима укинути прописи српског грађанског законика, који се односи на брак, изузев оних који говоре о имовинским дејствима брака. Разлози за то били би ови: Чланом 63, тач. 13 устава српске православне цркве добила је црква право да издаје прописе у брачним пословима. Прописи српског грађанског законика о браку су само формално грађански; а стварно су црквени. Грађански законик је усвојио црквене прописе православне цркве за брак православних у Србији. Он неће да ти прописи важе као државни, него хоће да они важе као црквени прописи за брак православних. Црква може црквене прописе самостално кодификовати и њима заменити оно што је црквено у брачним прописима грађанског законика. Уосталом, вели се, брачне одредбе српског грађанског законика државна власт је издала у време док је сама вршила и посао црквеног законодавства за државну веру у Србији. Сада је те послове држава пренела на цркву, која сада може да измени и укине оне прописе, које је некад за цркву донело опште државно законодавство. Најзад и чл. 26 закона о српској православној цркви каже да „по ступању на снагу овог закона и црквеног устава престају важити сви закони, уредбе и други прописи о предмету тих закона". „Па како су предмет тих

закона и ова брачна правила, то се њима укидају сви ранији прописи о црквеном брачном праву, били они прописани црквеним прописима и уредбама или државним законима."

Цела ова аргументација оснива се на претпоставци да је српска православна црква добијањем аутономије, дакле права да самостално управља и уређује црквено-верске послове, добила и сва она права која су раније, док је она била државна црква, припадала било њој, било држави, било обема заједнички у погледу свих материја које помињу закон и устав православне цркве, између осталог и право да доноси законе, са опште-обавезном снагом, о браку грађана православне вере. То је, очигледно заблуда. Ма какво се мишљење усвојило о могућности преноса надлежности законодавне власти, ван сумње је да ако се та надлежност може пренети на управну власт, она се не може пренети на недржавну власт. Ова примедба одузима основ целој аргументацији, али ћемо ипак погледати сваки њен аргумент.

За доказ обавезности брачног правила речено је да је црквеним уставом (чл. 63, тач. 13) српска православна црква добила право да издаје прописе у брачним пословима. То није тачно у толико што је црква то право себи давала увек и њима се служила, и што јој се то право не спори. Као ни остале верске организације, ни хришћанске цркве нису индиферентне према питањима која се тичу брака. Хришћанска црква је још од свог постанка имала прописе о браку својих припадника и органе који су то право примењивали. Ти прописи су постојали поред државних прописа, али су, и кад је хришћанска црква постала државна, имали само верску санкцију. Доцније, црквено брачно право било је, у неким земљама, постало у извесној мери опште право. Тако је католичко црквено право било у западним замљама општеобавезно у времену од X до XVI столећа. Данас, у већини земаља црквено брачно право није обавезно за грађане. Оно постоји поред општег државног брачног права. Држава не нагони никог да се покорава томе праву. Оно важи као унутрашње право цркве за њене припаднике, али и њихово огрешење о то право не повлачи неку општу, државну санкцију; државе се то право не тиче; оно је чисто унутрашња ствар верске заједнице и има само верску санкцију.

Члан 63. став 13, устава српске православне цркве, који би требало да буде основ законске снаге брачних правила, или доказује и сувише или не доказује ништа. Он доказује и сувише ако се узме да је њиме православна црква добила право да издаје прописе са законском снагом у брачним пословима за православне. Ако је она то право добила једним државним законом, онда га је она добила за целу територију државе. Њена брачна

правила имала би онда да важе на целој територији за лица православне вере. Међутим, то нико не тврди. Ван сумње је да на пр. у Словеначкој и Далмацији и за брак православних важе прописи аустријског грађанског законика, а у Војводини ранији мађарски закон о браку. Пошто је тако, онда брачна правила немају законску снагу ни на територији српског грађанског законика. Јер, закон не може важити само за један део територије, а не важити за остале делове, ако то није нарочито речено у самом закону, пошто је општост основна одлика закона. — У ствари чл. 63, тач. 13, црквеног устава не доказује ништа у овом питању. Смисао тог прописа је сасвим различит од онога који му се придаје. Није њиме држава пренела на цркву законодавну компетенцију у брачним стварима православних, нити је то могла да учини. Чланом 63 је само одређена надлежност Архијерејског сабора у оквиру црквене аутономије. Тај члан одређује делокруг Архијерејског сабора, не у односу на државу, већ у односу на остале органе цркве, као што члан 64 одређује делокруг Архијерејског синода, чл, 49 права патријарха, чл. 85 функције патријаршијског савета, чл. 94 функције патријаршиског управног одбора, чл. 102 функције епархијског архијереја, чл. 136 функције епархијског савета, чл. 146 функције епархијског управног одбора, чл. 154 надлежност архијерејског намесника, чл 168 дужности пароха, чл. 185 послове црквеног општинског савета, чл.194 дужности црквено-општинског управног одбора. Сви наведени текстови имају за циљ само да разграниче у оквиру црквене аутономије, и само у колико се тиче те аутономије, надлежност разних црквених органа. Сами наслови поглавља II црквеног устава („Устројство и власт тела и органа српске православне цркве") и појединих делова тога поглавља то јасно истичу. Признајући аутономију српске православне цркве и стављајући у делокруг Архијерејског сабора „издавање прописа у брачним стварима", законодавац је само одредио који ће орган бити надлежан да у оквиру те аутономије и за унутрашње потребе цркве издаје прописе о браку. Ти прописи важе за појединце само у колико су чланови цркве, и имају само верску санкцију, а никако државну. За појединца је покоравање тим прописима ствар савести; држава га не обавезује да их поштује. И католичка црква има своје брачно право, које не допушта развод брака, па ипак је развод брака католика могућ, на пр. на територији ранијег мађарског права.

У прилог законске силе брачних правила речено је да су прописи грађанског законика о браку „само формално грађански, а стварно црквени", пошто је законодавац усвојио црквене прописе православне цркве за брак православних у Србији, те да законодавац неће да они важе као државни већ као црквени.

— Не изгледа потребно оповргавати ово тврђење о вољи законодавца. Не види се на чему би се оно могло оснивати. Закон садржи увек заповисти издате у име државе и санкционисане организованом силом, чак и кад је интерпретативног или допунског карактера. Исто би се могло рећи о суптилној разлици о формалном и стварном карактеру прописа грађанског законика о браку. Ван сумње је да наше брачно право носи верско обележје. Грађански законик зна само за брак православних хришћана; за бракове лица других вероисповести имао се донети закон „у духу њихове цркве" (уредба од 7 децембра 1861 године). Али ако се законодавац старао да брак православних регулише „у духу њихове цркве", он није прихватио у целини црквено брачно право. Законодавац је задржао браку верски карактер, који је дотле имао, и брачно право које је створио подесно праме том верском карактеру. То је он могао урадити, као што су то урадили и многи други законодавци, али се одатле не може изводити да је он законодавну надлежност пренео на цркву. Та надлежност припада држави, што показује и сама чињеница да је брак православних регулисан у грађанском законику, који се може мењати само путем закона, како је то наглашено и у самом законику (§ 4). И у аустријском грађанском законику, на који се, уосталом, редактор нашег законика и у овој материји више угледао него на Крмчију, брак има изразито верски карактер: његови су прописи инспирисани канонским правом и брак се закључује у цркви. Међутим, законодавна компентенција у брачним стварима у аустријском праву још од осамнаестог столећа припада држави; аустријски грађански законик од 1811 (§§ 75 и 127), као и патент о браку из 1783, садржи чак и прописе о формули закључења верског брака.

Али, чак и под претпоставком да је грађански законик усвојио прописе православног црквеног права за брак православних, то не би значило да црква може те прописе мењати. Рецепцијом нечијег права, па и кад је та рецепција дословно изведена, ствара се засебно право, независно од модела према коме је израђено, то је једва потребно рећи. Скоро цео наш законик је израђен према аустријском грађанском законику, па ипак нико не може тврдити да промене у аустријском грађанском законику важе и за нас.

Одговор на остале аргументе у прилог законске силе брачних правила садржан је делимично у претходним разлагањима. Што се тиче права цркве да кодификује своје брачно право и отступи од права грађанског законика, оно се, видели смо, не може спорити. Само та радња цркве без дејства је на државне законе. Аброгационе клаузуле закона о српској православној цркви (чл. 26) и црквеног устава (чл. 279) не односе се на гра-

ћански законик, нити ма који његов пропис. Пошто се налазе у законима чији је предмет организација српске православне цркве (чл. 26, ст. 2, Закона о срп. правосл. цркви), оне укидају само законе, уредбе и друге прописе који се односе на ту организацију.

Најзад, чл. 21 Устава каже да брак, породица и деца стоје под заштитом државе. То значи, поред осталог, да све што је из области породичног права спада у надлежност државе и да, према томе, држава законом одређује, између осталог, шта се има сматрати за брак, који су услови за постојање брака, каква су дејства брака и како брак престаје. Тако је, уосталом, код нас било и раније, од кад је донесен грађански законик, у коме су (§§ 60—111 и 759— 788) постављени прописи о свему што се тиче брака, његовог постанка и престанка и његових дејстава, како личних тако и имовинских.

Има међутим, прописа брачних правила који су опште обавезни. То су прописи о предметима за које грађански законик упућује на црквено право. Такви су, на пример, прописи о сродству као брачној сметњи, пошто грађански законик каже да се не може закључити „брак између сродника у степенима црквом забрањенима", а он сам не садржи ближе одредбе о врстама сродства и степена у којима је брак забрањен.

Укратко, само се законом могу изменити прописи грађанског законика о браку. Брачна правила нису закон. Она нису ни уредба. Њих није донела надлежна државна власт, па нису ни објављена у „Службеним новинама". Њиховим доношењем није ништа измењено у нашем брачном праву.

II

Ми можемо закључити да брачна правила нису обавезна ни за државне власти, ни за грађане. Њих је православна црква донела за своје припаднике, али није држност јавних власти да осигурају њихову примену.

У ствари, као што смо већ видели, доношењим брачних правила није се ништа изменило у постојећем праву неких правних подручја. Тако, на пример на територији где још важи раније маћарско право, за сва лица, па и за православне, важе једино прописи закона о браку (зак. чл. XXXI : 1894). Тамо се и сада брак мора закључити у грађанској форми, а за расправљање брачних спорова надлежни су искључиво грађански судови.

Тако би требало да је у целој земљи, па и на подручју српског грађанског законика. Али у пракси није тако, Црквени судови, који су према грађанском законику (§ 99) надлежни за расп-

рављање брачних спорова православних, не примењују више прописе грађанског законика, већ брачна правила. С друге стране, свештеници православне цркве закључују бракове по прописима тих правила. И једни и други, као органи једне аутономне верске заједнице, поступају по правилима те заједнице и примењују само њене прописе. На први поглед њихово држање и поступање може изгледати исправно. Међутим, није сасвим тако. Овде је потребно то објаснити. Ми ћемо, ради краткоће и јасности говорити само о раду црквених судова у брачним парницама; mutatis mutandis наша разлагања и закључци важе и за рад црквених органа приликом закључивања брака, у колико сам закон не даје неко друго решење.

Судску власт уопште врше државни судови (чл. 28 Устава). Они суде по законима. Само законом могу се установити судови и њихове надлежности (чл. 100 Устава). Нови грађански парнични поступак одређује који судови врше судску власт у грађанским споровима (§ 1). Према њему, за расправљање брачних спорова у начелу је надлежан окружни суд (§ 46, ст. 2, тач. 2 и 3). Али према чл. 6 ст. 1, уводног закона за грађански парнички поступак „док се за целу државу не донесе закон о надлежности и поступку за спорове који проистичу из брачног односа, а нису имовинско правне природе, остају на снази прописи који о томе постоје". На територији где важи српски грађански законик, према једној његовој одредби „сва дела у смотрењу брака принадлеже суду духовном, а тако и парнице поради уништења и развода предузимаће се, расправљати и решавати од суда духовног прописаним тога ради редом и начином" (§ 99). Тако су и данас за расправљање брачних спорова надлежни црквени судови, како је било и у време доношења грађанског законика.

Лако је схватити зашто је грађанским законником поверено расправљање брачних парница црквеним судовима. За то је било више разлога. У време доношења грађанског законика у Србији је постојало скоро потпуно јединство вере. Законодавац је усвојио црквену форму закључења брака, која је већ постојала у обичајима и одговарала народним навикама. Црквеним судовима могла се дати и надлежност за брачне спорове, већ због тога што је цркви било поверено закључивање бракова, мада једно не повлачи и друго. (Тако, н.пр., аустријски патент о браку од 16 јануара 1783 наређивао је да се брак има закључити у црквеној форми, али је надлежност за брачне спорове дао државним судовима). Поред тога, и нарочито, православна црква била је државна црква (в. зак. од 23 августа 1847, зак. од 30 сеп. 1862, зак. од 27 априла 1890). Услед тога су и духовни судови ондашњи црквени судови, имали мешовит карактер: они су истовремно били и црквени органи и државни органи.

Према последњем општем закону, којим је православна црква била организована као државна црква, закону о црквеним властима источно-православне цркве од 27 априла 1890 године „у свакој епархији постоји при епископу, као црквена судска власт, епархијски духовни суд" (чл. 95). Чланови тога суда имали су „сва права судија грађанских православних судова, а секретари и писари епархијских духовних судова државни су чиновници и имају сва права државних чиновника" (чл. 106). Чланове суда и претседника бирао је архијерej, а Министарство просвете их предлагало Краљу ради наименовања (чл. 99). Сви чланови великог духовног суда постављали су се указом на предлог Министра просвете (чл. 82). Духовни судови имали су да суде не само „по закону Божјем, изложеном у Св. Писму", већ и по државним законима, што је било изрично речено (чл. 116, тач. 3), а у заклетви коју су судије полагале, изјављивали су да ће се поред закона Божјег и црквених закона држати и државних закона (чл. 117). Могло би се навести још текстова (в. на пр. чл. 225, 232, 234), али су ови довољни да покажу мешовит карактер духовних судова.

Није нужно указивати нарочито, да је услед тога долазило до извесног трења у раду ових судова, али је механизам углавном функционисао, благодарећи томе што је православна црква била државна црква; главни интереси цркве и државе, услед историјских прилика и околности у којима су обе радиле, подударали су се, или допуњавали, и због тога многа питања нису ни избијала на површину, или су се јављала у ублаженом облику.

Али је потребно нарочито истаћи да су духовни судови били не само црквени већ и државни органи. У брачним споровима они су вршили једну државну функцију и истовремено обављали једну дужност црквену. Али власт коју су имали у тим споровима долазила им је од државе; њено вршење било им је поверено државним законима и они су је вршили за државу. У споровима о разводу или поништају брака, у свима брачним споровима, они су вршили функцију јавне власти. У тим споровима, као што је истакнуто, они су били обавезни држати се државних закона. Ово је потребно нарочито истаћи, пошто су духовни судови имали поред ових функција јавне власти и црквених функција, при чијем су се вршењу они појављивали не као државни, већ као црквени органи.

Ово објашњава зашто расправљање брачних спорова припадника других вероисповести није било поверено установама њихових верских организација, већ задржано за државне судове. Грађански законик није био предвидео ко ће бити надлежан за расправљање брачних спорова лица неправославне вере. То је

питање било доцније решено на тај начин, што је расправљање свих брачних спорова неправославних стављено у надлежност општих грађанских судова (уредба од 7 децембра 1861 године). Тек конкордатом од 24 јуна 1914 године од тога општег правила направљен је изузетак, и решено да ће брачне спорове између супружника католичке вере, као и између супружника из мешовитих бракова закључених пред римокатоличким свештеником, судити римокатолички духовни судови (чл. 13). Тај изузетак представља уосталом окрњење државне власти, што је последица сваког конкордата: једним актом међународног карактера држава поставља правила за односе између ње и њених грађана и „даје специјалне капитулације једном делу својих поданика". (Hauriou, Principes de droit public, 2-e éd., p. 462 cf. p. 211).

Али данас су односи између државе и православне цркве измењени. Православна црква није више државна црква и епархијски црквени суд је чисто унутрашња црквена установа. Чл. 109 устава српске православне цркве то истиче речима да је епархијски црквени суд орган епархијског архијереја за црквено судство и послове унутрашње црквене управе". Чланови црквених судова немају више положај државних чиновника, нити их држава именује, нити иначе учествује у њиховом именовању. У заклетви коју полажу не стоји да ће судити по државним законима (чл. 44, ст. 3 и 4, устава срп. прав. цркве). При суђењу они су дужни да се управљају „по својој савести, а према одредбама канонско-законским".

Услед ове промене, положаја црквених судова на територији српског грађанског законика постао је врло деликатан. С једне стране, они су постали искључиво органи једне аутономне верске заједнице. Као такви они морају поступати искључиво по црквеним прописима. С друге стране, она јавна функција, чије им је вршење било поверено када је православна црква била државна црква, није им одузета. Очигледно је да у вршењу те функције они имају да поступају по државним законима, пошто се они ту и сада, као и раније, појављују у улози државних органа. Они ту не делају само као органи цркве. Са својим функцијама органа једне аутономне верске заједнице они кумулирају и вршење неких јавних функција. У вршењу тих јавних функција они би се морали држати државних закона и остати у њиховим границама. Према томе, црквени судови на територији грађанског законика имали би и даље да суде у брачним стварима по грађанском законику и, разуме се, по правилима црквеног права у колико грађански законик на њих упућује.

Није потребно указивати више на непребродиву тешкоћу која је за црквене судове настала доношењем брачних правила. Као црквени органи, они морају примењивати брачна правила;

у вршењу поверене им јавне функције, они би морали поступати по државним законима. Приметимо да би црквени судови на територији српског грађанског законика запали у ову тешкоћу и када православна црква не би сматрала да су њеним правилима укинуте одговарајуће одредбе грађанског законика, и да та правила имају сада опште обавезну снагу на тој територији. Та би тешкоћа настала и да су брачна правила донесена само за унутрашње потребе цркве, сходно чл. 1 закона и чл. 63, тач. 13, устава српске православне цркве. Тада би црквени суд, у вршењу јавне функције, имао да расправи неки брачни спор по државним законима, па тек онда да приступи његовом расправљању у оквиру црквене аутономије, према прописима брачних правила, што би могло довести до две супротне одлуке истог суда у истој ствари. Суштина тешкоћа је у томе, што један исти орган не може служити и цркву и државу у расправљању брачних ствари, од како је црква престала бити државна, и од како црква и држава немају заједничко брачно право, већ свака има своје.

Ова се тешкоћа могла избећи на два начина, када је већ црква била решена да донесе брачна правила за своје унутрашње потребе: или да се црква захвалила држави на јавној функцији која је раније била поверена њеним судовима на територији српског грађанског законика; тада би њени судови могли несметано расправљати брачне спорове њених верника у оквиру црквене аутономије, а према црквеним брачним правилима, пошто ти спорови буду претходно расправљани пред државним судовима и у колико сама заинтересована лица желе да своје поступке доведу у склад и са црквеним прописима, као што је то случај на територији где још важи раније мађарско право; — или да је држава спровела одмах у живо § 46, ст. 2, тач. 2 и 3, грађанског парничног поступка и одузела црквеним судовима надлежност у брачним споровима, у колико се она односи на вршење јавне функције, остављајући им ту надлежност у оквиру установљене црквене аутономије. Обоје излази на исто; разлика је само у томе, ко би узео иницијативу. Али црква није хтела да се одрекне оне функције коју је имала док је била државна; надлежни државни органи остали су неактивни и тако су црквени судови, задржавши једну јавну функцију, престали да примењују законе, ради чије примене им је била дата надлежност у брачним споровима, и почели да изричу пресуде на основу правила једне аутономне верске заједнице, које су на тај начин практично потиснуле закон.

Тако су самим доношењем брачних правила, на шта је Архијерејски сабор уосталом био овлашћен, у колико би се радило о брачним правилима донетим за унутрашње потребе црквене

заједнице, а не о опште-обавезним прописима, црквени судови дошли у тежак положај. Те тешкоће неби било да се Архијерејски сабор уздржао од дирања у прописе брачног права заједничког цркви и држави, бар дотле док држава не донесе прописе о надлежности и поступку грађанских судова у брачним споровима.

Али пошто су већ брачна правила била донесена и тешкоћа настала, она се никако није могла решити простим игнорисањем прописа грађанског законика од стране црквених судова. Јер, потребно је увек се сетити да се надлежност црквених власти у брачним стварима грађана на територији српског грађанског законика, оснива на вољи државе, и да су садржане границе те надлежности, као и право које те власти имају да примењују, одређени државним законима. Непримењивање тих закона од стране црквених власти претставља у сваком случају њихову повреду.

Цела ова дискусија има, поред теоријског, велики и вишеструки практичан значај, на који ћемо само указати. Између осталог, извесна компетенција у брачним споровима припадала је код нас увек, па и данас припада, грађанским судовима. Затим, постојање или непостојање брака може бити претходно питање у разним споровима из области надлежности грађанских судова. Ако грађански судови, као што би једино било исправно, не буду водили рачуна о раду црквених власти по брачним правилима, у колико су та правила у супротности са државним законима, онда ће правна ситуација многих лица постати неизвесна и неодређена.

(Архив за правне и друштвене науке, 1938., књ. XXXVI)

A SUMMARY

THE SOURCES OF MARRIAGE LAW

This text represents a reflection on the Rules of Marriage of the Serbian Orthodox Church dated 9th June 1933, which regulated significant matters concerning the entering into marriage and the termination of marriage of Orthodox believers, the rights and obligations of the husband, mixed marriages, as well as some other matters. The author challanges the significance of these Rules on the basis of the sources of law. He contends that they represent internal religious law, therefore, they are not in the same category as the statutory provisions of the State legislature, even more so since these same questions have been regulated by civil law. The Church possesses no authority to derogate State legislature. A problem constitutes the fact that this matter falls into the shpere of competence of the „spiritual" courts of

the Church which tend to ignore the civil law of the State. The author demands that the Archiepiscopal Council „refrain from interfering into the regulations of the Law of Marriage concomitant to the Church and State alike, at least until the State has regulated the jurisdiction and procedure of the civil courts in marital suits". He feels that this question has, besides theoretical, important and multiple practical significance.

RÉSUMÉ

LES SOURCES DU DROIT DE MARIAGE

La raison alléguée pour le texte polémique „Les sources du droit de mariage" représentaient les Règles du mariage de l'église orthodoxe serbe du 9 juin 1933, dans lesquelles se trouvent les questions ecclésiastiques importantes relatives au commencement et à la cessation du mariage des personnes de la religion orthodoxe, aux droits et devoirs des époux, aux mariages mixtes et à certaines autres questions. L'auteur contexte la validité de ces règles au point de vue du droit civil. Il ques dite les arguments selon lesquels elles représentent le droit canon interne et qu'elles ne peuvent pas être placées dans le mème rang avec les prescriptions d'Etat, d'autant plus que ces questions sont réglées par es lois civiles. L'église n'a pas le pouvoir de déroger aux prescriptions d'Etat. La difficulté représente le fait que cette matière se trouve dans la compétence des tribunaux ecclésiastiques, or ceux-cu peuvent ignorer le droit civil. L'auteur exige que le Conseil oecuménique „s'abstienne de porter atteinte aux prescriptions du droit de mariage communes à l'église et à l'Etat du moins tant que l'Etat n'adopte les prescriptions relatives à la compétence et à la procédure des tribunaux civils dans les procés en matière de mariage". Il considère que cette question a non seulement une importance théorique mais aussi une grande et multiple importance pratique.

UDK — 34 (091)

ИДЕЈЕ ВАЛТАЗАРА БОГИШИЋА О НАРОДНОМ И ЗАКОНСКОМ ПРАВУ

Значај рада Валтазара Богишића за право у опште је велики и многострук. Ако се изузме рад на Општем имовинском законику, његова је највећа заслуга што је указао на потребу проучавања обичајног права и што је на том пољу и сам радио. Он је доказао да никакав рад у области права, ни законодавни, ни судски, ни научни, није могућ без проучавања народног правног живота. У том погледу он је код нас био претеча, — али претеча за којим скоро нико није пошао. У његово доба владала је скоро нетакнута догма о свемоћи закона и скоро целокупно право свођено је на тај извор. Богишић је показао да између садржине закона и друштвене стварности мора постојати извесан однос и да се постављени циљ не може постићи законом ако тога односа нема. Право није нити може бити резултат умовања, као што су мислили преставници школе природног права, већ резултат одређене друштвене стварности са читавим комплексом чинилаца различитог дејства и различито повезаних. Разликовање стварних и формалних извора права, и ако није формулисано, јасно се осећа. На мисао о потреби проучавања народног правног живота Богишића су навели његови учитељи, претставници историске правне школе. Школа природног права хтела је да створи правна правила према замишљеним идеалним односима, не водећи много рачуна о стварним факторима живота појединих народа. Она је хтела да право изведе из рационалних поставки. У својој реакцији против несавременог римског права она је била отишла и сувише далеко, одвајајући право потпуно од живота. Историска школа, која преставља реакцију на учење школе природног права, хтела је да праву поврати његову спонтаност формирања, да његове формалне изворе врати стварним. Она је скоро сасвим негирала значај рационалног елемента у стварању права. Прихватајући главна учења историске школе, Богишић није ишао

за њом свуда до краја, а у извесним правцима морао је сам да крчи путеве. Он је био прихватио, са извесним ограничењима и модификацијама, Пухтино учење о обичајном праву, али је методу за проучавање постојећег народног права морао у главном сам да ствара.

Оно што је одмах привукло Богишићеву пажњу то је отсуство хармоније између правне науке, законодавства и судске праксе, с једне стране, и „фактичких односаја друштвено-правнога бивовања народног", с друге стране. Он је приметио да „у нас и данас „изучени" правници следе ограничене појмове средовјечних глосатара, не само не показујући воље озбиљному изучавању народних правних појмова, уверења, установа, обичаја, него их, како се при сваком случају показује, они не држе вредним ни најмање пажње... Са занемарењем народних елемената стоји у најтешњој свези и други веома важни појав, то јест, да се мало где писани закони (па по томе и отправа судских послова) налазе у тако огромној опријеци са односајима и потребама позитивнога живота (особито гледе сељака) као што то бива у нас. А како да и буде иначе? У нас је већи дио тих законодавних производа основан или на начелима a priori, или искључиво обзиром на потребе земаља посве различних од наших, у мало не свим важнијим односајима друштвено-правног живота. Са друге пак стране, при састављању закона и не обазираху се састављачи на особити течај и правац историског развитка и на друге важне елементе који дадоше облик самосвој и земљама Јужних Словена и њима самијем. Из тога слиједи да пошто закони, по својој природи, треба да буду изразом међусобних односаја ствари и људи који живе у каквој земљи и некога међу њима равновјесја, они и не могу под нипошто одговарати својој цели" (Зборник садашњих правних обичаја у Јужних Словена, VIII—IX).

Богишић је нарочито истакао да се код нас у праву мора водити рачуна о „појмовима, уверењу и обичајима главног разреда пучанства, сваке државе и земље, на име ратара сељака" и своја проучавања упутио у том правцу. У познатом „Писму пријатељу филологу" Богишић каже: „По особитоме склопу народнога ума и по правцу хисторичнога нашега развитка, народ наш као што сачува до данас непорушену снагу у самосталном пјевању, причању, мишљењу, тако исто сачува у живој свјести своје друштвене установе, па тако хоће да их самостално и развија, премда не презире ни плодове туђега искуства, туђега изума. У заподних народа и опет услиједи особитог хисторичког развитка правници узеше донекле у монополију бављење са свакидањим народним правом, али зато на западу изникну многогобројни и снажни градски елеменат, у коме се роди и разви

своје посебно трговачко, обртничко и морско право, које по срећи утиче умртвујућему даху правника-рутинера; па видимо да грађани на западу и посташе најзнатнији разредом пучанства. У нас на против, најглавнији је, да не кажемо једини наш народни елеменат сељак. . ."

Проучавање народног права он је сматрао неопходним не само за сваку законодавну радњу, већ као предуслов за ваљано обављање судских послова и рад на правној науци.

I

На пољу законодавне политике, прва дужност која се намеће законодавцу је да темељно проучи постојеће установе народног права; тек онда се може корисно приступити проучавању потребних и могућих промена. Без тога најбоље намере могу остати без корисних последица. Зато је Богишић пре израде Општег имовинског законика брижљиво проучио народно право у Црној Гори. Из истога разлога он је пропустио да кодификује породично и наследно право, остављајући их и даље у области обичајног права; те области правног живота имале су бити предходно још боље проучене.

Правници од заната склони су да стварају нове правне установе по страним обрасцима, без претходног проучавања питања да ли се установе једне средине могу пресадити у другу, због посебних прилика те средине. Народни живот се одупире уношењу облика који нису у сагласности са постојећим облицима и не одговрају њему. Када се законодавац не обазире „ на правне појмове, уверења, потребе и обичаје народа, неизбежно се јавља отпор са стране народа, па и када би могуће било савладати тај отпор, и механички увести тај закон, то, као што на сваком кораку сретамо у правној историји, такви закони место да уведу некакав ред и опредељивост у правне појмове и правни живот народа, уводе у сваком случају неред и хаос, тако, да се правни појмови које је народ пре имао помуте, а новштина му, у најбољем случају, ни у чему не користи. . . Насиље више раздржује него ли убеђује, а уопште не достиже циљу".

Ове мисли, тачне у основи, морају се ипак модификовати у неколико и не сувише генерализати. Оне су у главном тачне, у колико се односе на бирократско кабинетско законодавство, какво је у главном законодавство у то доба у земљама Јужних Словена. Али се то не може рећи за свако законодавство. Снага спонтаних креација друштвеног живота велика је, али закон има своју моћ, која у осталом није промакла Боги-

шићу. Закони који не одговарају једној средини, а помоћу којих се хтела њена реформа у извесном смислу, неће је реформисати, али ће је моћи дезорганизовати у већој или мањој мери. Али, с друге стране, закон као такав, јесте известан чинилац који може утицати у већој или мањој мери на заједничко правно уверење. И сама принуда може имати некад извесна стваралачка дејства. Одупирање народног живота новим облицима које закон уводи има својих граница и оне понекад, под комбинованим дејством разних фактора попусте. Обичај, са своје стране, може постати препона даљем развијању извесних односа, и не одговара више потребама средине. Затим, по својој природи и сврси закон се не ограничава као обичај да утврди оно што јесте, већ има и активну улогу: он тежи да управља стварима у извесном правцу, према неком идеалу. Док обичај чека да га створи протекло време, закон иде у сусрет времену. Рационални елемент права добија у њему свој израз. Његово преимућство над обичајем у томе погледу је очигледно.

Ове опаске ипак не умањују много исправност Богишићевог извођења о резултату сукоба живота и закона; оне га више допуњавају. Богишић је показао у више махова, а то и сада сваки правник може лако утврдити, да је могуће да између права које живи у народу и права садржаног у законима не постоји потпуна сагласност. Закон не може увек и потпуно да искорени норме које је живот створио сходно потребама, Истина, у случају спора мора се у главном судити по закону, а не по народном праву. Али спорови представљају, према броју насталих односа врло ретке, изгредне и споредне појаве у животу једне средине. Несразмерно већи је број односа који се развијају мирно и без икакве борбе пред судом, сходно правилима народног права. Одавно је примећено да наследно право аустриског грађанског законика. који је уведен у живот у Далмацији 1816 године, није уопште било прихваћено у животу народа. Имао би сасвим погрешну претставу о задружној породици у Србији онај који би је тражио само у прописима које јој посвећује грађански законик и у судским пресудама по споровима из задружних односа. И у једном и у другом погледу живо народно право садржи правила која се разликују од законских, и та правила и после једног века живе поред закона.

Много пре модерних правника Богишић је јасно уочио неостварљивост „жеље за једначењем". Он је сувише добро познавао стварност правног живота да би могао и мислити да се разноврсности, створене историјом и посебним приликама живота, могу свести на једно. Установе народног права имају „свој властити крепки живот, природу која се успешно одупире наметаним јој новинама".Он је у тим и сличним мисли-

ма предосећао данашње цепање општег права на све већи број посебних права и формирање, поред њих и независно од њих, посебних корпоративних права, сходно потребама реалитно малог круга заинтересованих.

Ако је познавање народног права неопходно потребно законодавцу, оно је не мање потребно судији. Судија не може тачно схватити односе практичног живота, ни о њима исправно судити, ако не познаје обичајно право; сукоби интереса не могу бити ваљано решени, ако се не познају правне установе народног права. Примери о томе код нас обилују: на пр., наш грађански законик схвата давање ованца под кесим истао као и давање под закуп. Отуд би излазило да би ризик случајне пропасти ствари требало да сноси закуподавац §§ 682, 700); међутим законодавац у овој материји обазрео се на постојеће народно правно уверење и у нарочитим прописима (§§ 693, 694) ставио један део ризика и на узимаоца ованца под кесим. Исто је и у погледу обавезе враћања кесимача: не враћају се баш исте овце, већ овце „у добром стању у истој доброти и на броју", због чега је дужан онај који је овце узео под кесим њих „с подмлатком попуњавати". Кад грађански законик каже да ризик случајне пропасти ствари узете на послугу сноси послугодавац, онда он поставља једно опште правило, које се среће и у другим законицима; али кад његов § 692, ст. 2, у поглављу о закупу каже: „Ако би пак на послугу само дат во или коњ без кирије мањкао, онда се мора платити било кривицом или без кривице", онда он посвећује једно правило народног права, које отступа од постављеног начела, али одговара народном правном уверењу. Без ових прописа, у којима је законодавац изузетно водио рачуна о народном праву, направио би велику погрешку судија који би о кесиму и послузи коњем или волом судио по начелима закупа и послуге, као што ће у опште погрешити и онај који о разним односима на стоци суди не водећи рачуна о правилима утврђеним обичајем, већ само по грађанском законику. То вреди и за све остале односе о којима законодавац није можда ништа знао, и ништа у законик унео.

Постојање обичајног права поред законског права поставља за судију један нов проблем, а то је како да реши сукоб ова два права. — У том питању Богишић не иде за својим учитељем Пухтом. Он дискретно пребацује Пухти што „показује толику побожност према ономе што је узело форму закона", али ни сам није могао да створи систем измирења обичаја и и закона који се не би оснивао на вољи закона. Он се напреже да из воље законодавца извуче обавезну снагу обичаја. Де лимично то је разумљиво: закон је у доба државе орган ревелације права, као што је обичај орган ревелације права у при-

митивним заједницама. Али, ако закон одговара као извор права држави, он не искључује друге изворе; ма колики били његова моћ и утицање на заједницу, стварни извори права функционишу и даље у одређеном смислу, а и други формални органи ревелације права не престају радити. Елемент једначења, закон по својој природи треба да држи у равнотежи обичаје, елементе раздвајања. Место да се искључују, закон и обичај баш због својих супротних карактера намењени су узајамном допуњавању. Закон поставља општа правила, према ономе што је, или има бити заједничко свима, и вештина његовог доношења је да се остави довољно места за нужне и потребне разлике. Али ако је закон данас препондерантан извор права, то још не показује како би се у вољи законодавца нашао основ за решење сукоба закона и обичаја. И ако је боље него ико познавао границе моћи закона, Богишић је ипак био под утицајем учења свога времена у погледу технике тумачења закона, које је онда било скоро опште и које се заснивало на a priori постављеном правилу да цело право почива на вољи законодавца. Цео његов систем за решење колизије између права које се јавља у облику обичаја, и права које се јавља у облику закона, оснива се на том правилу и почиње са истраживањем воље законодавчеве у погледу конкретног обичаја. Њему нису били непознати радови Рудорфа и Јеринга који су тежили да ослободе теорију тумачења од традиционалних стега, закон сведу на његову меру, а тумачу дају потребну слободу; али налазећи да се данас „извори права налазе у сасвим другом међусобном односу него што је у Римљана било, није могуће захтевати да би данашња interpretatio doctrinalis правника стала више закона". Он је имао јако развијено осећање поштовања постављеног правила; високо мишљење које је имао о обичајном праву преносио је и нехотице на писано право и желећи да заштити обичајно право од слободнијег поступања тумача, он је у општој теорији тумачења био заузео један став који су неки његови савременици већ били почели напуштати.

Треба се потсетити да је тада у области тумачења закона суверено владало учење да је циљ сваког доктринарног тумачења закона да се пронађе воља законодавчева. „Ова... врста интерпретације, — која се дели на граматичну и логичну, а ова друга садржи већ у себи систематичну и историчку, — даје на руку тумачиоцу много средстава да би се докопао односа праве воље законодавца к правилима која тумачи. У ту му сврху и практика и наука не само допуштају него и налажу да изучи: узрок закона(ratio legis), узрок права (ratio iuris), повод закона (occasio legis), цијели састав његов у међусобној зависности појединих дијелова, друге изреке законодавче-

ве о истом предмету, исторички развитак института ка коме се односи. Осим тога тумачу се налаже да још баци поглед на законе који служаху тумаченому извором или основом, на савремене теорије, затим на предлоге, извештаје комисија и т р. (Unger, System I, 82 — 83). Овђе се дакле изискује воља законодавчева у њезином одношају с множином елемената, из којих се предполаже да је могла постати..." (Богишић Зборник садашњих правних обичаја, XXXI—XXXII). Богишић је узео за вођу у овој материји свога учитеља Унгера, који је био један од заслужних претеча модерних схватања у тумачењу, али који је ипак служио на олтару суверености закона (В. сл. 776 о. и. з.).

Прихватајући ово учење о тумачењу закона, Богишић указује да ово тумачење истражује „вољу законодавца у њезином одношају с множином елемената, из којих се претполаже да је могла постати", и сматра да оно има једну празнину, која је у томе што се заборавило „предписати тумачиоцу да настоји тражити одношај воље законодавца к обичају". Он мисли да ту празнину може попунити разликујући према томе да ли је законодавац правећи закон о некој правној установи знао или не да о томе постоји супротан правни обичај. У првом случају био би закон јачи од обичаја а у другом би се њихови прописи имали сматрати као опречни прописи истога извора; та супротност би се имала да уклони применом обичних правила интерпретенције.

Друга објашњења, која је Богишић посветио овоме своме систему, показују да је он до њега нарочито држао и да му је било стало до тога, да обичајном праву обезбеди примену од стране суда и у режиму законског права. Та и сва слична објашњења, пуна функција, одавно су постала непотребна. Ако то констатујемо, морамо тим поводом такође констатовати да је Богишић врло добро осетио нераскидну везу која постоји између суда као органа државе и закона и покушао је да под окриљем закона прибави обичају примену од стране суда. Али он није могао предвидети да ће обичај на други начин добити у наше доба бољу и потпунију санкцију. Пошто судија суди по закону и пошто судија не признаје обичају моћ укидања или мењања закона, то заинтересоване групе (радници и послодавни људи који припадну једној пословној групи или професији и. т. д.), којима је стало до њиховога обичаја и који желе да га одрже насупрот закону, стварају своје судове. Замена државног судије избраним судијом то је једна од одлика правног живота нашег доба и начин којим се у потпуности зајамчава живот и несметани развитак обичајног права. Богишић није могао предвидети начин како ће се постављено питање решити

на најинтересантнијем сектору модерног обичајног права (права пословних трансакција), али је јасно видео да се питање поставља и покушао му дати теориско решење.

У општем имовинском законику, када је имао он сам да постави правила о односима закона и обичаја и о тумачењу закона, Богишић је заузео знатно слободнији став према закону (В. чл. 777—782). Али тај део О. и законика заслужује засебну студију.

II

Главна одлика методе Богишићеве при обради обичајног права је у томе да се природа сваке установе има проучити на основу „најпозитивнијих података". Он непрестано подвлачи потребу изучавања факата. „Изближе погледати на ствар", „изучити позитивна факта" су изрази који се врло често налазе под његовим пером. Констатовање свих факата мора бити потпуно. На тај начин Богишић је тежио да праву одузме карактер често пута стерилне технике, и попне га на степен науке. Због тога је он неповерљив према апстрактној спекулацији „правника од заната", који су склони дефинисању и строго логичком закључивању, при чему не теже да стварност проуче и тек онда дефинишу, већ узимају искључиво своје постојеће категорије за оквир потребних класификација. Он им пребацује да сакате установе, „како би их сместили пошто-пото у калупе напред спремљене на хартији".

Поред овога и у вези са овим Богишић скреће пажњу на опасности од брзих генерализација, на „фаталну тежњу за једначењем", на „наклоност к обопћивању правила и појмова." Главна одлика правних обичаја супротна је оној што је имају закони: место униформности правила они представљају највећу разноликост. Преливи су често једва приметни. Зато је потребно брижљиво разликовати пре сваког покушаја генерализације. „Главни је правац циљелога предузећа предусрести незрело обопћавање појава у друштвено-правном животу. То се ради на основи жеље, да се приведе истраживање у природни течај, т. ј. да би претходила свестрана анализа синтези... Само на тај начин могу се претставити сваколике и најмање различице. Те разлике нијесу случајне, него... има свака своје узроке... Промотримо ли затим одношаје државе, управне, социјалне, одношаје сусједства и иностраног уплива, рушење пријашњих предања у неким предјелима а не сазидање новијех и т. д., то ћемо наћи без велика труда, свијем тијем појавима и њихове природне узроке." Констатовање факата је увек претходна радња. Тек онда се може приступити њиховом објашњењу. И ту треба бити

обазрив. Јер иста факта, исте појаве, могу бити резултат различитог развитка. Тако, ако у примитивном римском праву деца немају peculium, као што у задрузи у неким крајевима мушки чланови немају особину, то није из истих разлога: тамо је ауторитет шефа породице, који све апсорбује и потчињава децу, овамо је задруга, у којој сви имају иста права и дужности; тамо због потчињености потомци немају имовине, овамо равноправност захтева исто решење.

Кад се проучава нека установа потребно је да се разне појаве у животу установе не изучавају, само у „њиховој природи и њиховој посебној радњи"; те појаве не догађају се за себе већ су само део великог сплета, те их треба проучавати „у њиховој узајамноме дејству и упливу". Али тако упознавање установе није потпуно. Оно претставља само прву фазу, после које треба приступити поређењу са сличним и блиским установама. Компаративна метода може да допуни слику створену проучавањем установе и ближе је одреди. При свем том, Богишић је знао да у друштвеним наукама не треба очекивати резултате који би имали математичку тачност. Никаква метода не дозвољава да се дође до те прецизности у њиховим материјама, пошто у њима има елемената (као на пр. морал, традиција), чија се снага не може мерити и који се не броје. Њихово присуство и дејство може се опазити тек после дугог и озбиљног посматрања живота установе.

III.

Помоћу овог начина поступања долази се при испитивању појединих установа до резултата који су често у потпуној супротности са владајућим мишљењем међу правницима.

Доминирани идејама варошког света, правници схватају главне установе, породицу и својину, као односе апсолутне власти §§ 110, 120, 211 г.з.), док је реалност у народу сасвим другојача. Својина сељакова на земљи или стоци за правника је исто што и својина варошанина на тим предметима; у народу је то другачије: земља припада мање сељаку него што он припада земљи; мисао да му се земља може одузети за дуг он не може прихватити тако лако, као што то чини варошанин. Тако се могу објаснити сукоби приликом јавних продаја сељакове земље. Сељак са земљом чини једно. Још више: сеоска породица и земља на којој је чини једну целину, као што је то било раније и код других народа, па и код Римљана. Римска својина обично се истиче као типична индивидуална својина; међутим у првим фазама своје историје Римљани су знали за породичну

својину; доцнији dominium има за основу domus примитивног доба, породичну заједницу, а familia је у Риму означавала не само породицу, већ и робове и стоку, који су јој могли припадати, а доцније имовину уопште. По народном схватању, у нашој сеоској породици старешина није власник у правничком смислу речи, нити може располагати имовином по својој вољи, без обзира на то да ли је кућа задружна или инокосна. Са тачке гледишта имовинско-правног, сеоска породица чини једну економску заједницу у којој старешина (била кућа инокосна или задружна) нема неограничено право располагања породичном имовином. Он је само један део једне веће органске целине, у којој, у истини, он има више дужности него права.

Богишић је, поступајући по овој методи дошао до врло занимљивих открића, од којих је најинтересантније оно о идентичности правне природе задружне куће и сеоске инокосне куће.

Породична задруга је несумњиво наша установа о којој се највише писало. Скоро опште мишљење правника, спроведено и кроз многобројне законе, било је да су задружна породица и инокосна породица два сасвим супротна типа породица, за које важе сасвим различита правила. Задружна породица је схваћена као отступање од нормалног облика просте породице а сеоска инокосна породица није се разликовала правно од варошке просте породице. Проучавање чињеница показало је Богишићу да између задружне породице и инокосне нема разлике у погледу основа њиховог уређења.

Правници су направили разлику између задружне и инокосне куће по броју простих породица које их сачињавају. Али је та разлика међу њима чисто спољашња. По својој природи инокосна и задружна породица су истоветне. И једна и друга имају исте карактере, односи међу члановима једне и друге исте су природе. Са те тачке гледишта обе се на исти начин разликују од варошке породице. Сеоска инокосна породица и задружна породица су изгледи једне исте установе. То је у ствари иста установа ухваћена у два разна облика. Не претстављају оне два сукцесивна ступња у развитку установе, већ две фазе у животу сеоске породице. Многобројна и разноврсна факта која је Богишић испитивао показала су да се односи у инокосној породици не разликују у основи од односа у задрузи. До тог закључка Богишић је дошао распитујући се у народу, сравњујући писана обавештења, проучавајући смисао кретања броја чланова једне породице у току времена, испитујући смисао израза којим се означава задружна кућа. У овом последњем погледу интересантно је запазити да по Богишићу, а противно Вуку, у народном језику не постоји уопште реч „задруга" са значењем, које јој правници дају.

(Социолошки преглед, 1938)

A SUMMARY

THE IDEAS OF VALTAZAR BOGIŠIĆ ON COMMON AND STATUTE LAW

The author is of the opinion that the most important of Bogišić's merits, after his work on the Property Code of Montenegro, is the emphasis of the significance and the study of common law. He had predecessors in that field of work, but not successors as well. Predecessors (historical legal schools), he did not follow throughout, while he created the method of study, analysis of common law himself. He observed the fact that law is not adequate to the needs of the community, but is on the contrary founded on the „a priori" principles or imitation of foreing laws. In preparation of the Code, he previously studied common law; since they had not been more closely studied, the fields of family and inheritance laws were not codified. However, the author points out that the provisions of common law can also present an obstacle and not be in compliance with the needs of the community. Knowledge of the provisions of common law is necessary, according to Bogičić, not only to the legislator but also to the judiciary. Asking himself how it should resolve the conflict between the statutory and common law, although he asserted that jurists are too awesome toward the law, he nevertheless adhered to the then ruling dogma that the aim of interpretation is to discover the mind or intention of the legislator, offering the following solution for the conflict: the mind of the legislator should be found out in respect of the provision of common law in question, so that even if, in the process of creation of the law, he had knowledge of the existance of the provision of common law. the statutory provision would still be more powerful than the common law one; on the other hand, if he did not have knowledge of its existence, statutory law and common law would be in legal conflict originating from the same legal source; this conflict could be resolved by the aid of the regular rules of interpretation. The author claims that this solution is „old hat", but that it is essential to ensure the implementation of common law provisions by the courts, which has been achieved through development in another way (by arbitration). The main characteristic of Bogišić's method of study of common law is to analyse the institution on the basis of positive facts, whereby he intended to raise the law to the level of science, and expressed his distrust toward the speculation „jurist in his own right" inclined to take category and not reality as a point of departure. Common law provisions are characterised by versatility, while laws are characterised by uniformity. Careful distinguishing should be made before any generalising. After analysis of the institution's links with numerous facts, the comparative method should be applied. The implementatition of Bogišić's method very often gats results which are adverse to the ruling points of view; the author cites one such example.

RÉSUMÉ

LES IDEES DE VALTAZAR BOGIŠIĆ RELATIVES AU DROIT NATIONAL ET AU DROIT LEGAL

L'auteur considère que le plus grand mérite de Bogišić, après le travail au Code civil monténégrin, consiste dans la mise en relief de l'importance et de l'étude du droit coutumier. Dans ce domaine il a eu des précurseurs, mais non point des successeurs. Il n'a pas suivi ses précurseurs (l'école de l'histoire du droit) dans toutes les dimensions, et c'est lui-même qui a créé la méthode de l'étude du droit national. — Il a remarqué que le droit ne correspond pas aux besoins du milieu, mais qu'il est basé sur les principes à priori sur l'imitation de droits étrangers. En préparant le Code, c'est pourqoi il a étudié au préalable le droit national, et puisque n'ont pas été étudiés de cette façon les domaines du droit familial et du droit successoral ils n'ont pas été codifiés. L'auteur, cependant, attire l'attention sur le fait que même la coutume peut être une entrave au développement et ne point correspondre au milieu. — La connaissance du droit national est indispensable, selon Bogišić, non seulement au législateur, mais aussi à l'autorité judiciaire. En se demandant comment elle peut résoudre le conflit du droit légal et du droit national, quoiqu'il affiirme que les juristes sont religieux outre mesure, devant la loi, il se tient, quand même, au dogme prédominant que le but de l'interprétation est de découvrir la volonté du législateur, et il propose un tel modèle du règlement de ce conflit: il faut déterminer la volonté du législateur en ce qui concerne la coutume en question, et s'il savait, en élaborant la loi, qu'il y a aussi la coutume, la loi est plus forte que la coutume; et s'il ne savait pas, la loi et le coutume seraient des prescriptions opposées de la même source et le contraste serait écarté par l'application des simples règles de l'interprétation. L' auteur souligne que cette solution est dépassée, mais que la tendance principlae est d'assurer l'application des coutumes de la part du tribumal, ce qui est au cours développement réalisé d'une autre maniere (par le jugement arbitral). — La qualité principle de la méthode de Bogišić de l'élaboration du droit coutumier est d'étudier l'institution sur la base des faits positifs, par quoi il avait la tendance d'élever le droit au niveau de la science, et exprimer la méfiance envers la spéculation des „juristes de métier", qui sont disposés de partir de la catégorie et non point de la réalité. Les coutumes se distinguent par la diversité et les lois par l'uniformité. C'est pourquoi aprés toute généralisation il est nécessaire de procéder à la distinction méticuleuse. Après l'étude de la connexité de l'institution avec l'ensemble des faits il faut appliquer la méthode comparative. L'application de la méthode de Bogišić aboutit souvent à des résultats qui sont en opposition avec les opinions gouvernantes, et l'auteur expose un tel exemple.

UDK — 347.4/.5

ОДГОВОРНОСТ ЗАКУПАЦА ЗА ПОЖАР

(§§ 696 и 697 Грађанског законика)

Пожар закупљене ствари онемогућава закупцу да изврши своју обавезу враћања ствари. Последица тога имало би да буде или ослобађање закупца од обавеза, или обавеза закупца да накнади тако насталу штету, већ према томе да ли се пожар догодио услед случаја више силе или услед кривице закупца. Ако би било више закупаца који су посебно уговарали са закуподавцем, питање би се имало да решава за сваког од њих понаособ.

Тако би то било, и та решења не би могла бити предмет спора, кад у нашем грађанском законику не би постојала два прописа посвећена овом питању. То су §§ 696 и 697. Њихова садржина отступа у извесној мери од решења која дају општа правила о одговорности, али је она далеко од тога да буде јасна.

Ови су прописи узети једним делом из француског грађанског законика. Познато је да наш грађански законик садржи више прописа позајмљених непосредно из француског грађанског законика, или бар инспирисаних његовим одредбама. Правећи наш законик, Ј. Хаџић је уместо овде-онде у ред и садржину, које је био позајмио из аустријског грађанског законика, материјал узет са других страна. Један део тог материјала дао му је превод француског грађанског законика, који је била извршила једна комисија и који му је био предат да га прегледа.[1])

[1]) Прописи нашег грађанског законика о закупу (§§ 677—705) рађени су великим делом према аустриском законику, али је добар део тих прописа позајмљен из француског грађанског законика, а неки од њих садрже и доприносе из нашег обичајног права. У појединостима преглед порекла тих прописа изгледа овако:

§§ 677—679 извучени су из §§ 1090—1092 аустриског законика а § 680 из § 1094 истог законика.

За разумевање одредаба нашег законика о одговорности закупца за пожар биће потребно да укратко изложимо садржину француског права о томе.

I

Одговорност закупца у случају пожара закупљене ствари не подлеже у француском праву примени општих правила о одговорности дужника. У погледу те одговорности француски законик садржи посебна правила у чл. 1733 и 1734; тим прописима организована је већа и строжија одговорност закупца за пожар него што је нормална одговорност дужника.

Опште правило у области уговорне одговорности је да дужник мора накнадити штету коју поверилац трпи услед неизвршења обавезе; дужник може избећи обавезу накнаде само ако докаже да штета потиче из неког узрока, који му се не може уписати у кривицу (чл. 1147). Поверилац не мора доказивати кривицу дужника; овај дугује накнаду самим тим што није извршио своју обавезу; да би се ослободио ове одговорности дужник мора доказати да није због његове кривице обавеза остала неизвршена, већ да неизвршење потиче из неког другог узрока. Управо, доказујући да је штета потекла из узрока који му је стран, дужник посредно доказује отсуство своје кривице и скида одговорност са себе. Ти узроци, који су страни дужнику, су случај више силе, кривица трећег лица за које дужник не одговара и кривица самог повериоца. У неким случајевима не захтева се од дужника да докаже постојање „страног узрока" штете, дужник се ослобођава обавезе накнаде штете због неизвршења, ако докаже да се понашао као добар домаћин.

Прва половина § 681 нашег законика редигована је према почетку § 1096 аустриског, али је на редакцију друге половине, која говори о гарантији закуподавца закупцу, утицао чл. 1721 Француског законика.

§ 682 састављен је потпуно према чл. 1722 Француског законика. Али идући параграф § 683 садржи поред мисли § 1099 и главни део остатка § 1096 аустриског законика, чији је први део унет у § 681 нашег Законика.

Пошто је саставио § 684 нашег законика према § 1098 аустрског, § 685 према § 1100, § 686 према § 1101, редактор нашег законика потпуно је изоставио §§ 1102 и 1103 као и целу интересантну и важну рубрику о случајевима и условима за отпуст закупца (§§ 1104—1108).

Прве две реченице § 687 састављене су према чл. 1728 Француског законика и говоре о обавезама закупца за време трајања закупа; последња реченица овог прописа састављена је према почетку § 1109 аустриског законика.

Идући пропис нашег законика, § 688, скоро је дослован превод чл. 1729 Француског законика.

У области деликтне одговорности, напротив, начело француског грађанског законика је да оштећени мора доказати кривицу лица од кога тражи накнаду, (чл. 1382). Изузетно у неким случајевима, пошто би било врло тешко доказати кривицу учиниоца, закон поставља пресумпције кривица; оштећено лице ослобођено је обавезе да докаже кривицу учиниоца, та кривица се претпоставља.

То што важи за остале дужнике важи и за закупца и законик то изриком понавља у поглављу о закупу. Закупац има између осталих, и обавезу да врати закупљену ствар по престанку закупа. Стога је мора чувати. Он одговара за сва оштећења која ствар претрпи за време трајања закупа. Те одговорности он се може ослободити само ако докаже да се штета догодила без његове кривице, као и без кривице његових укућана и пазакупаца за које он иначе одговара (чл. 1732 и 1735). Све то у потпуном је складу са општим начелима о уговорној одговорности.

Кад француски грађански законик не би имао других прописа, на исти би се начин расправило и питање одговорности закупца у случају пропасти или оштећења закупљене ствари услед пожара; због неизвршења уговорне обавезе да врати неоштећену закупљену ствар, закупац би одговарао за пожар, ако не би успео доказати да за исти нема кривице до њега или неког другог лица од оних за која он одговара. Али он не би одговарао ако би доказао да у време кад је могао настати узрок пожара, он уопште није био у закупљеној кући; или да је био предузео све мере предострожности и да се у свему понашао као добар домаћин и т. сл. Тим доказом да није крив он

За редакцију нашег § 689 дали су повод §§ 1110 и 518 аустријског законика; на то је могла упућивати и садржина чл. 1730 Француског законика.

§ 690 нашег законика могао је бити састављен према текстовима који су дали повод за редакцију § 689, нарочито према другој реченици § 518, као и према чл. 1731. Француског законика. Али се овај текст може ставити према својој садржини, заједно са параграфима 691—695, који имају у себи много елемената народног права, па стога заслужују да буду посебно испитати.

§ 696 нашег законика, који нас нарочито интересује, направљен је од чл. 1733 Француског и § 1111 аустриског законика.

§ 697 не одговара ниједном пропису аустроког законика; он је састављен према чл. 1734 Француског законика.

§ 698 је скоро дослован превод чл. 1735 Француског законика.

Остали прописи поглавања о закупу израђени су према одговарајућим прописима аустриског законика, са незнатним позајмицама из Француског законика (као што је на пр. од шест недеља у § 703, који је узет из чл. 1724, ст. 2, Француског законика).

би скинуо са себе одговорност за пожар, која иначе на њему лежи по самом уговору. — С друге стране, ако би закуподавац могао доказати да је закупац крив за пожар, онда би он могао тужити закупца по основу деликтне одговорности, што би за њега било од особите користи нарочито у случају кад је од пожара страдала поред закупљене ствари и нека друга закуподавчева ствар, која није била обухваћена закупчевом обавезом чувања и враћања.

Али је у француском грађанском законику, као што је поменуто, одговорност закупчева у случају пожара регулисана засебно у чл. 1733 и 1734. О овим прописима много је дискутовано и сад се дискутује. Они су отворили многа питања у вези са њиховим смислом и њиховом применом. Спорно је још да ли они представљају примену општих начела на случај пожара или су изузетак од тих начела, да ли се у њима ради о уговорној или деликтној одговорности закупца. У судској пракси још није постигнута једнообразност по неким питањима њихове примене. Неки писци правили су им оштре замерке са тачке гледишта историје, општих начела и система права, правичности, па чак и целисходности. Те критике су изазвале измену става првог чл. 1734; првобитни текст тога прописа био је установио законску солидарност закупаца за случај пожара; законом од 5 јануара 1883 наређено је да сваки закупац одговара за штету причињену пожаром пропорционално закупној вредности оног дела зграде који он држи.

Ми не морамо улазити у сва та питања. За нашу сврху биће довољно да изложимо, држећи се што ближе самих текстова, садржину ових прописа, и то пре промене од 1883, пошто их је само у том облику могао познавати редактор нашег грађанског законика и да одредимо њихов однос према општим начелима француског права о одговорности.

Ови текстови односе се како на закуп непокретних ствари, тако и на закуп покретних ствари, иако су практично најважнији случајеви закупа зграда. Први се односи на случај кад постоји само један закупац, а други на случај кад постоји више закупаца, од којих је сваки засебно уговарао са закуподавцем.

По чл. 1733 закупац је одговоран за штету насталу услед пожара осим, ако докаже да се пожар догодио дејством више силе, или због недостатка у грађењу, или да је ватра дошла од суседне куће. Он не може доказивати на неки други начин да није његова кривица што се пожар догодио. Тако, ништа му неће помоћи доказ да у време кад је могао пожар бити проузрокован он није био у закупљеној кући. Опште је мишљење да су начини на које се закупац може ослободити обавезе накнаде набројени у закону лимитативно.

Кад има више закупаца, они према чл. 1734 одговарају сви, ако се не зна где је и како настао пожар али је данас после закона од 1883 године, та одговорност подељена; сваки одговара за један део штете, пропорционално закупној вредности оног дела зграде коју он држи. До закона од 1883 године закупци су одговарали солидарно и то нас интересује, пошто је редактор нашег законика могао знати само за то правило. Овом правилу одговорности законик додаје у истом члану две допуне: а) ако закупци докажу да је пожар почео у стану једнога од њих, онда ће само тај одговарати; и б) они који буду доказали да пожар није могао почети код њих неће одговарати. — По себи се разуме да закупци неће одговарати ако се докаже да је пожар настао случајем више силе, или услед недостатка у грађењу, или да је дошао од суседне куће. Исто тако, ако се докаже да је један закупац или неко трећи крив што се пожар догодио, онда ће само проузроковач пожара одговарати и неће бити места за примену чл. 1734.

Ако се приступи испитивању садржине ових текстова одмах ће се уочити да они отступају од начела општег права. Противно општем правилу у материји уговорне одговорности, закупцу није дозвољено доказивати да није крив на неки начин који није поменут у чл. 1733. У том члану наведени су са ограничењем начини којима закупац може отклонити своју одговорност. С друге стране солидарна одговорност закупаца, кад их има више, такође није у склааду са начелом да се уговорна обавеза дели између дужника, али је она у потпуној сагласности и са намером да се обавеза деликног порекла не дели између дужника већ сви дужници одговарају солидарно (пор. § 804. нашег грађ. закон). Тако нам се одговорност закупца за пожар, како је организована у француском грађанском законику, показује пре као деликтна одговорност са пресумираном кривицом, а не као уговорна одговорност. Оно што је навело неке правнике да у овим прописима виде примену општих начела уговорне одговорности, то је управо ова пресумпирана кривица. Пресумпција кривице приближава у погледу положаја дужника у процесу, деликтну одговорност уговорној. Али кад је пресумпција кривице необорива, или се може обарати, на извесан начин, као што то у нашем случају онда је положај дужника ex delicto много тежи од положаја дужника по уговору, те се појављује разлика и у том погледу ове две врсте одговорности.

За деликтни карактер ове одговорности говори и то што правила о одговорности закупца за пожар не важе за остале сличне односе, као што су на пример односи сопственика и плодоуживаоца. — За те односе важе правила општег права, т. ј. да се може свим средствима доказивати отсуство кривице.

Правила чл. 1733 и 1734 су изузетна и важе само за односе које је закон поменуо у њима.

Најзад, пошто се деликтна кривица нормално не пресумира већ се мора доказати, то се примена наших текстова има ограничити само на односе закупца и закуподавца. Онај који би био оштећен пожаром који би дошао од суседове куће мора доказати суседову кривицу. Та кривица се не пресумира, иако се пожар несумњиво јавио код суседа а од доказа изнетих против њега сусед се може бранити на све могуће начине и доказивати да није крив.

Али за нас није важно да утврдимо да ли је одговорност закупаца за пожар, како је она регулисана у чл. 1733 и 1734 француског грађанског законика, деликтна или уговорна. Ти текстови садрже правила која у сваком случају отступају од начела општег права. Они, дакле, имају карактер изузетака. — Њихово одступање од правила општег права огледа се нарочито у строгости са којом је уско ограничена могућност за закупца да обара пресумпцију кривице. Без обзира на природу одговорности закупаца за пожар, било да се та одговорност схвати као уговорна било да се схвати као деликтна, ово ограничење појављује се као изузетак од општег правила. То отступање од правила општег права огледа се и у солидарној одговорности закупаца. Основ те солидарности не може бити ни заједница интереса, ни стварна заједничка кривица, јер више закупаца не чине никакву заједницу у погледу пожара зграде у којој сваки станује на основу посебног уговора. Она се оснива на претпостављеној заједничкој кривици, а та неправилна претпоставка, која у ствари значи васкрсавање колективне одговорности у корист закуподавца, мотивисана је жељом да се сопственику ствари пружи што више гарантија.

Ослонац целог система одговорности закупаца за пожар по француском праву, и оно што му даје одлику, јесте претопстављена кривица закупца и ограничена могућност да се та претпоставка кривице отклони. Без тога не би се могла објаснити солидарна одговорност закупаца, као ни њихова подељена заједничка обавеза: одредба чл. 1734 не би правно била могућа без одредбе члана 1733.

II

Питање одговорности закупаца за пожар регулисано је у нашем праву у §§ 696 и 697. Да је приликом редакције ових текстова редактор имао пред собом текстове чл. 1733 и 1734 француског грађанског законика то је ван сумње. Али се он није ограничио да просто пренесе француске прописе; он је

садржину чл. 1733 француског законика помешао са садржином § 1111 аустриског законика и тако створио наш § 696, а од чл. 1734 француског законика са извесном изменом направио наш § 697. Његов рад се најбоље види из поређења ових текстова.

Срп. г. з. § 696: Ако би кућа, дућан или друга стаја или зграда под киријУ или закуп дата ватром изгорела, онда укућани или закупци за случајни догађај не одговарају, али за своју кривицу или небрежење свагда под одговором остају.

Срп. г. з. § 697: Ако има више њих закупаца или кирајџија, онда за штету ватром проузроковану сви заједнички одговарају, ако се не може дознати чијом је управо кривицом или небрежењем ватра изашла.

Аустр. г.з. § 1111: Ако је под киријУ или закуп дата ствар оштећена или рђавом употребом похабана и искварена, онда кирајџија или закупац одговарају за кривицу . . . али не за случај . . .

Франц. г. з. чл. 1733: Закупац одговара за пожар, осим ако докаже:

Да се пожар догодио услед случаја или више силе, или услед недостатка у грађењу.

Или да је ватра дошла од суседне куће.

Франц. г. з. чл. 1734 (пре измене од 1883): Ако има више закупаца, сви одговарају солидарно за пожар;

Осим ако докажу да је пожар почео у стану једног од њих, у ком случају само тај одговара:

Или ако неки од њих докаже да пожар није могао почети код њих у ком случају они не одговарају.

1

При испитивању § 696 пада одмах у очи да он као и текст француског законика говори само о пожару, док текст аустриског законика говори о сваком оштећењу или хабању ствари. Уз то пропис нашег законика говори само о пожару зграда, док текст француског законика говори о пожару уопште.

Али ближе испитивање садржине § 696 показује да он нема исту садржину као чл. 1733 француског законика. Док тај пропис француског законика садржи изузетак од општих правила одговорности и поставља посебна правила о одговорности закупца за пожар, дотле наш § 696 садржи примену општих правила, на хипотезу пожара. Садржина § 696 идентична је са садржином § 801, који поставља основна правила о одговорности. § 801

каже, изражавајући се уопште: „Од наплате учињене штете само се ко онда ослободити може, ако докаже да штета није његовом кривицом но се случајно догодила", а наш § 696 понавља то за пожар и каже да „закупци за случајни догађај неодговарају, али за своју кривицу или небрежење свагда под одговором остају".

Исто је и са § 1111 аустриског законика чија је садржина стварно пренета у наш § 696, иако је редактор законика имао у виду изузетне одредбе француског права. Закупац одговара за свако оштећење ствари; ако жели да се ослободи ове одговорности, потребно је да докаже да није крив. „Ко наводи да је у испуњењу своје уговорне или законске обавезе био спречен без своје кривице, тај треба то да докаже" (§ 1298). Што важи за сва ошећења, важи и за оштећење услед пожара; аустријски законик не садржи изузетне прописе којима би била установљена строжија одговорност закупца за пожар.

У Француском законику, поред општих прописа о одговорности закупаца постоје и посебни прописи чл. 1733 и 1734 о њиховој одговорности за случај пожара. По општим правилима закупац „одговара за оштећења или упропашћења која би се догодила за време његовог уживања, осим ако докаже да су се десила без његове кривице" (чл. 1732), као и за „оштећења и упропашћења која би се догодила делом његових укућана или његових пазакупаца". (чл. 1735). Поред ових општих прописа, и изузетно од њих, чл. 1733 и 1734 садрже изузетне прописе којима се отежава положај закупаца. Закупац се може ослободити од претпостављене кривице само ако докаже да се пожар догодио услед више силе, или услед недостатка у грађењу или да је ватра дошла од суседне куће. Обарање пресумпције кривице могуће је само наведеним начинима.

Ништа слично у нашем законику. У § 696 нема ничега што би давало ослонац за пресумпцију деликтне кривице закупца у случају пожара.

Општи прописи о одговорности закупца по нашем праву налази се у § 687 и 698 грађанског законика: закупац је дужан у погледу закупљене ствари понашати се као добар домаћин, зато одговара за свако оштећење ствари за које би био крив он или неко од његових укућана или пазакупаца. Али он може доказивати да није крив, и у том погледу не постоји никакво ограничење. За оштећења услед пожара важи исто што и за оштећења из других узрока. § 696 није ни мало пооштрио одговорност закупаца за пожар. Нити он садржи пресумпцију деликатне кривице, нити је по њему одговорност закупца за пожар деликтне природе. Он регулише одговорност закупца за пожар сходно општим начелима уговорне одговорности: дужник одговара за своју кривицу, али не одговара за случај. На дужнику лежи терет докази-

вања да није крив, али у томе он није ничим ограничен. Према томе, и кад неби постојао § 696, питање одговорности закупца за пожар било би расправљано онако како је у њему прописано, ако је пожар последица случаја, закупац није дужан накнадити закуподовцу вредност закупљене ствари иако је пожар последица кривице закупца, овај ће бити дужан дати накнаду. А све то није било потребно понављати у § 696.

Разлика између француског права и нашег велика је и очигледна. Она потиче отуда што противно француском законодавцу, који је заузео становиште да је пожар дело закупаца (1, 3, 1 Dig. 1, 15: et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium) и због тога дао овима мало могућности да се ослободи одговорности за штету отуда произашлу, наш законодавац не сматра a priori да је пожар проузроковао закупац. Он је, као и аустриски законодавац, оставио питање у области општих принципа. О пореклу и узроку пожара, којим је оштећена закупљена ствар, он не каже ништа. Такво држање више одговара чињеницама него држање француског законодавца. Јер ако се пожар може догодити услед кривице закупца, он се догађа и кривицом трећих лица, или кривицом самог закуподавца, као и услед случаја више силе. Зашто онда да се прави претпоставка о кривици закупца? Довољно је што он већ по самом уговору има обавезу да закуподавцу врати ствар неоштећену, па отуда и дужност да доказује отсуство своје кривице, ако је извршење те обавезе постало немогуће. Зато и француски закон од 18 јула 1889 године ослобођава наполичара одговорности за пожар, ако докаже да је пазио на ствар као добар домаћин.

Одговорност закупца за пожар у нашем праву ничим се, дакле, не разликује од његове одговорности за остале случајеве оштећења ствари. Како је формулисана у § 696 то је несумњиво уговорна одговорност и за њу важе општа правила уговорне одговорности.

2

Прелазећи на испитивање § 697 ми примећујемо одмах да је он много ближи француском моделу, који је једини дао материјал за њега, пошто се ништа слично не налази у аустриском законику. Али између нашег и француског текста постоје извесне разлике; уз то сам текст нашег параграфа садржи извесне нејасности, које отежавају његово и онако тешко тумачење.

Прва половина овог прописа скоро је дословни превод са француског: „Ако има више њих закупаца или крирајџија онда за штету ватром проузроковану сви заједнички одговарају" француски текст каже да одговарају солидарно. Шта значи израз:

„сви заједнички одговарају"? Значи ли то да закупци одговрају солидарно или да одговарају сваки за свој део, подељено? Питање се поставља због тога, што се у општој теорији облигације назива „заједничком" она облигација у којој има више дужника или поверилаца, али у којој сваки дугује, односно има право потраживати, само свој део. Она је „заједничка" само утолико што потиче из истог основа. По правилу обавеза је заједничка, ако није изрично уговорена солидарност, или ако ту солидарност закон не наређује у одређеном случају.

Могло би се узети да израз: „ сви заједнички одговарају" значи солидарну одговорност закупаца. Познато је да терминологија нашег законика није прецизна и законодавац је могао реч „заједнички" употребити у смислу „солидарно". Затим, у § 804, где је несумњиво установљена солидарна одговорност, израз: „сви заједнички" употребљен је заједно са изразом: „један за све а сви за једнога" да се та солидарност установи. Најзад француски текст, који је редактор нашег законика имао пред собом наређује солидарну одговорност закупаца.

Против солидарне одговорности говори оклоност да зак. реш. од 7 октобра 1846, које се управо бави питањем солидарних и заједничких обавеза сматра заједничке обавезе за подељене а не солидарне. Затим, и нарочито, за солидарну одговорност нема основа у нашем праву, пошто у нашем праву одговорност закупаца за пожар није деликатне природе као у француском праву где се шта више прсумира њихова кривица.

Ова контраверса нема неког већег практичног интереса у нашем праву пошто се по наведеном зак. решењу из 1846 заједнички дужници, противно традиционалној општој теорији облигације, сматрају за узајамне јемце. Ризик инсолвентности једног заједничког дужника сносе остали садужници, а не поверилац, те се практична разлика солидарних и заједнчких облигација своди на то ко ће се старати за наплату одговарајућих делова тражбине од појединих дужника. Ми можемо, дакле, узети без велике опасности да ћемо погрешити, да по нашем праву закупци одговарају солидарно за штету насталу услед пожара.

Друга половина § 697 нејаснија је и више се удаљава од чл. 1734 француског законика. У француском законику стоји да ће више закупаца одговарати солидарно „осим ако докажу да је пожар почео у стану једнога од њих, у ком случају само тај одговара; или ако неки од њих докажу да пожар није могао почети код њих, у ком случају они не одговарају." Ови услови ослобођења од одговорности у складу су са основном идејом француског законика о одговорности закупца за пожар: закупац одговара зато што се претпоставља да је он крив за пожар који се десио у његовом стану (чл. 1733); чим он докаже да је пожар почео код

другога или да није могао почети код њега, онда отпада основ његове одговорности. Не тражи се од закупца, кад их има више да преко тога докаже још ко је крив за пожар. То није потребно пошто против свију већ постоји претпоставка кривице и она је заснована самим тим што се пожар догодио. А то се не би могло ни тражити од њега, пошто из тога доказа туђе кривице не би за њега настајало никакво право. Зато је довољно, и у складу са основном идејом у овој материји, ако закупац докаже да је пожар почео код другога или да није почео код њега.

У нашем, пак, тексту стоји да закупци сви заједнички одговарају, „ако се не може дознати, чијом је управо кривицом или небрежењем ватра изашла". Смисао овог текста није јасан и он пружа тумачу велике тешкоће.

Никаву тешкоћу не чини алтернатива: „кривицом или небрежењем". „Кривица" и „небрежање" значе исто. Дужник мора у извршењу облигације показати извесну брижљивост, пажњу. Отсуство те брижљивости, пажње, значи да са његове стране постоји небрижљивост, непажња или кривица. Као што је подвала (dolus) негација поштења (bona fides) тако је и кривица (culpa) негација пажње, брижљивост (diligentia). — Могуће је да у мислима редактора законика кривица у овом и претходном тексту значи dolus, а небрижење culpa, иако то разликовање није доследно спроведено кроз законик. Али и кад би то било извесно то ништа не би променило у самој ствари, јер одговорност за непажњу повлачи одговорност за злу намеру. Дакле, ми можемо читати наш текст тако да закупци одговарају сви заједнички ако се не може дознати, чијом је кривицом управо ватра изашла."

Шта то значи: „ако се не може дознати"? Ко има да истражује проузроковача пожара и доказује његову кривицу: То сигурно неће бити закуподавац, пошто он обично неће имати за то никаквог интереса. Напротив, његов интерес често ће бити да се „не може дознати чијом је управо кривицом ватра изашла". Јер, бар на први поглед, наш текст каже да закупци одговарају солидарно док се не дозна ко је изазвао пожар. Да неби изгубио сигурност коју му даје солидарна одговорност закупаца, закуподавац неће се старати да утврди ко је изазвао пожар.

Значи ли то да дужност истраживања проузроковача пожара и доказ његове кривице леже на закуподавцима, и да је то услов њиховог ослобођења од обавезе накнаде штете? Ако би било тако, онда бисмо узалуд тражили основ овог свађивања терета доказа на закупце. Зашто би један закупац, кад их има више морао доказивати туђу кривицу да би избегао своју сопствену одговорност? Зар није довољно и овде, као и иначе, ако докаже да он сам није крив, на пр. да пожар није почео у његовом стану? Кад постоји само један закупац он се по нашем праву ослобођа-

ва одговорности за пожар ако докаже да он сам није крив; у погледу могућности да докаже отсуство своје кривице закупац није ничим ограничен. Зашто бисмо, кад има више закупаца, стављали као услов за њихово ослобођење од одговорности да докажу ко је крив? Зар није довољно, сходно општем правилу за ослобођење сваког појединог закупца, ако он докаже да он није крив?

Приметимо, уосталом, да би са таквим тумачењем § 697 наше право било у случају плуралности закупаца много строжије него француски законик, из кога су позајмљене одредбе нашег законика. Кад има више закупаца француски законик ослобођава одговорности оне који докажу да пожар није могао почети код њих. Поред тога он ослобођава све остале закупце ако докажу да је пожар почео код једнога од њих. Он не тражи у овом другом случају да они докажу да се пожар догодио кривицом закупца у чијем је стану почео; довољно је ако докажу да је пожар код њега почео. Тада они неће одговарати, а онај у чијем је стану ватра прво избила имаће да обара пресумпцију кривице из чл. 1733, или да штету накнади. — У нашем праву би сви закупци били солидарно одговорни све док не докажу ко је крив за пожар.

Најзад, овако схватање § 697 било би у противности са основном идејом у материји одговорности закупаца за пожар. Та одговорност, за разлику од француског права, регулисана је на основу општих начела. То смо видели испитујући садржину § 696. Наш закон не зна за пресумпцију кривице кад постоји један закупац. Зашто би та пресумпција постојала кад има више закупаца, и, нарочито, зашто би њено уклањање било условљено тешким захтевом, који не познаје ни француско право, а то је да закупци докажу ко је крив за пожар?

Као и у француском законику прописи нашег законика о одговорности за пожар §§ 696 и 697, чине једну целину. У Француском законику чл. 1733, одступајући од општих начела претпоставља кривицу закупца за пожар и отежава противдоказ, а чл. 1734 наређује солидарну одговорност закупаца кад их има више, сагласно са правилом да више учинилаца штете одговарају солидарно. Одредба другог прописа логички је везана за одредбу првог. У нашем законику § 696, у складу са општим начелима, чини закупца одговорним за пожар ако не докаже да до њега нема кривице што се пожар догодио. То што важи у случају кад постоји само један закупац, мора важити за сваког појединог закупца и кад их има више. Нема ни једног разлога да тада буде другојаче. То значи, да кад има више закупаца, сваки од њих може доказивати да није крив за пожар и тако се ослободити одговорности. Друго прихватљиво тумачење другог дела § 697 изгледа да се не може наћи, а једино је ово у складу са општим на-

челима о уговорној одговорности и основним текстом о одговорности закупаца за пожар, а то је § 696.

Из овог објашњења излази да „заједнички одговарају само они закупци којима не успе доказивати да до њих нема кривице што се пожар догодио. Од изузетног режима строге одговорност закупаца за пожар, који је постојао у чл. 1733 и 1734 француског грађанског законика, то је све што је прешло у наш законик. То је, уосталом, оно што је најнеправичније у систему француског грађанског законика и што је законом од 5 јануара 1885 замењено одредбом о подељеној одговорности закупаца, пропорционално закупној вредности дела зграде који држе. Редактор нашег закона вероватно није схватио одредбе француског грађанског законика о одговорности закупаца за пожар; тако се само може објаснити зашто му се учинило важније и потребније да пренесе код нас одредбу о солидарној одговорности закупаца, а да изостави основну одредбу француског права у овој материји, ону у којој је постављена пресумпција кривице са ограничењем могућности противног доказа.

(Архив за правне и друштвене науке, 1939, књ. XXXVIII)

A SUMMARY

RESPONSIBILITY OF RENTERS IN CASE OF FIRE

The responsibilities of renters in case of fire have been established in Serbia in Articles 696. and 697 of the „tacit" Civil Code. In the process of the editing of these texts, Jovan Hadjić availed himself of the provisions of the Articles 1933. and 1734. of the French Civil Code, in which it is laid down that renters are more stringently responsible in case of fire than it is normal for any debtor. It is already well known that Jovan Hadjić used the Austrian Civil Code as the basis for the establishment of the provisions of the Serbian Civil Code, but here and there, like in this case, he used material from other sources, among them, the translations of the French Civil Code, the work of a committee. But the editor did not take up the texts from the French Civil Code in whole combining them with the provisions of the Austrian Civil Code. As a result, there emerged the above mentioned articles of the Serbian Civil Code, with considerably complicated and unclear provisions and their sources in French Law, professor Konstantinović determined the meaning of these texts and suggested the method for their interpretation.

RÉSUMÉ

LA RASPONSABILITÉ DES LOCATAIRES POUR L'INCENDIE

La responsabilité des locataires pour l'incendie était établie dans notre droit d'avant-guerre dans les paragraphes 696 et 697 du Code civil tacite de la Serbie. A l'occasion de la rédaction de ces taxtes Jovan Hadžić s'est servi des règles contenus dans les articles 1733 et 1734 du Code civil français dans lesquels est prévue la rasponsabilité plus sévère des locataires pour l'incendie que ne l'est la responsabilité normale des débiteurs. Dans l'élaboration du Code civil serbe Jovaan Hadžić a pris comme point de départ le Code civil autrichien, mais parfois, comme c'est le cas ici aussi, il prenait le matériel des autres sources, entre autres de la troduction du Code civil français qui était traduit par une commission. Mais le rédacteur n'a pas pris les prescriptions du Code civil français dans l'ensemble, mais il les a combimées avec les règles du Code civil autrichien. Le résultat de ce travail étaient les paragraphes 696 et 697 du Coded civil serbe des prescriptions assez embrouillées, difficiles à comprendre. En indiquant l'origine de ces prescriptions et lours cources dans le droit français le professeur Konstantionović a explique comment il faut les interpréter.

UDK — 347.61/.64(47)

РЕФОРМА БРАКА И ЗАШТИТА ДЕЦЕ И МАЈКИ У СОВЈЕТСКОМ САВЕЗУ*)

Прошле године, 8 јула, донео је Президијум Врховног совјета СССР један указ којим су наређене значајне измене у области породичног права, предвиђено повећање материјалне помоћи бременитим женама и мајкама ради издржавања и васпитања деце, прописане мере чија је сврха потстицање на рађање што више деце и појачана заштита мајки и деце. Препоручено је врховним совјетима савезних република да у сагласности са овим указом изврше потребне измене у законодавствима савезних република.

Све те мере унутрашње су повезане и чине једну органску целину. Оне су повезане сврхом и инспирисане истом идејом. То је врло јасно изражено у првој реченици увода овог указа: „Старање о деци и мајкама и о ојачању породице било је увек један од најважнијих задатака совјетске државе". И заиста, ако се погледа на законе који су од октобарске револуције донети о стварима из ове области, одмах ће се увидети да је совјетски законодавац увек посвећивао нарочиту бригу свим проблемима који интересују породицу, а нарочито њене изложеније чланове, жену и дете. Његова основна мисао увек је била да жени, а нарочито мајци, и детету осигура што већу стварну заштиту у оквиру породице и иначе.

Још у првим законодавним мерама донетим одмах после револуције, као на пример у законику о браку, породици и старатељству, изгласаним 16 септембра 1918 године, та тежња је дошла до изражаја. У доцнијим законодавним мерама, којима су први закони допуњавани или из основа мењани,

*) Предавање одржано 3 јула 1945 г. у Друштву за културну сарадњу са Совјетским Савезом .

она је остала његов сталан инспиратор. Она даје смисао и мерама прописаним указом од 8 јула 1944 године.

Совјетско законодавство о браку и породици претрпело је током времена дубоке промене. Било је случајева, као што ћемо то видети, када је законодавац напуштао потпуно један систем и прихватао други. Пристрасна страна критика видела је у томе знак несигурности мисли, узмицање доктрине пред стварношћу. Уистини, мисао законодавца и сврха његових радњи у овој области током времена остале су исте. Објективно проучавање историје совјетског законодавства о браку и породици показује да је законодавац био увек инспирисан истом мишљу, а то је да што боље обезбеди мајку и дете и да осигура равноправност и слободу супруга.

Али свако време има своје потребе и своје могућности. Од више сврха које се желе постићи, једне су прешније и лакше се могу постићи, а друге су теже и могу или морају мало чекати, било зато што се још не располаже потребним средствима, било зато што је постизање једних условљено остварењем других. У једном моменту један непосредни објектив абсорбује главну пажњу законодаваца; после извесног времена, кад је он достигнут, пажња законодавца окреће се другом и усредсређује се на његовом постизању. Реализовање првог ствара нове прилике и даје могућност за остварење другог. Кад је први проблем решаван, биле су у погледу другог предузете извесне провизорне мере; кад се приступи темељном решавању другог проблема, те провизорне мере постају непотребне. Може се чак догодити да дефинитивно решење проблема буде технички сасвим супротно провизорном решењу које је добио у претходној фази, иако је руководна мисао законодавчева остала иста. За озбиљног и објективног критичара, који се не задржава на површини појава и уме да прави потребне разлике, то никако не мора значити напуштање основне мисли. Основна мисао је можда реализована потпуно баш на тај технички супротан начин.

Ради илустрације овога ево само једног примера, узетог из нашег предмета. У совјетском праву било је од самог почетка дозвољено ванбрачној мајци да доказује ко је отац њеног детета, да би од њега добила потребно издржавање за дете. То правило познају нека савремена права, а познавала су га и нека стара права. У његов прилог могу се навести многи разлози, разлози морала, правичности, разлози економске и социјалне природе. Углавном они се своде на то да онај који је стварно отац детета, треба да према детету има и дужности оца, а пре свега дужности издржавања, и да се уопште стара о њему. То говори у прилог овог правила. Али има разлога и против њега.

Утврђивање очинства није ни мало лака ствар. За брачну децу закони прибегавају ономе што правници зову претпоставка: за њиховог оца сматра се муж њихове мајке. За ванбрачну децу та претпоставка нема основ. Зато се мора прибећи доказивањима и посредним, дакле несигурним, извођењима. Затим, постојање овог правила даје могућности злоупотребама, и пракса обилује примерима тих злоупотреба. То је навело неке законодавце да га укину. У совјетском праву оно је укинуто прошле године. Али је истовремено, као што ћемо то видети, издржавање и васпитање ванбрачне деце преузела држава на себе. Главна сврха, да се детету осигура издржавање и васпитање, постигнута је на радикалан и потпун начин. Уместо издржавања добијеног путем тешких и несигурних судских процедура, у којима се у тежњи за остварењем једне правде ризикује да направи друга неправда — и то издржавање неизвесног, пошто отац, као што је то често био случај, може бити неспособан да осигура пристојно издржавање детета — дошло је сигурно издржавање од стране државе, која је сада у могућности да се постара за сваког који има потребу за њеним старањем. Привидно, и ако се посматра само правило о истраживању очинства, законодавац је заузео став супротан ономе који је раније имао. Уистини, он је остао потпуно доследан својој основној мисли, а она је: да се ефективно осигура издржавање и васпитање детета. Држава, која располаже довољним средствима, у свом настојању да пружи ванбрачној деци потребну заштиту не оставља више да се постигне судским терањем несигурног оца. Нови закон о истраживању очинства гласи супротно старом закону, али им је основна сврха иста, и она је потпуно остварена новим законом. Мати је новим законом привидно лишена једног права које јој је давао ранији закон, а стварно она је новим законом добила садржину тог права.

Разликујемо, дакле, идеју и технику њеног остваривања. Ту мисао треба имати стално на уму кад се проучава историја совјетског законодавства уопште, а посебно она о браку. Као што се река, и када кривуда и мења свој правац, пробије увек напред и приближује свом ушћу, тако се и совјетски законодавац у сукцесивним текстовима увек руководио истим идејама, које је постепено остваривао.

Ја инсистирам овде, одмах у почетку, на овој мисли, пошто ми ограничено време не дозвољава да се на њу враћам са потребном опширношћу сваки пут кад би то иначе било нужно, при излагању разних промена које је совјетско законодавство претрпело током времена.

Промене које су прошле године извршене у совјетском породичном праву добијају свој правни смисао ако се посматра-

ју са тачке гледишта појачања породице и старања за мајку и децу. Њихова садржина може се најбоље разумети у поређењу са оним што им је претходило. Али није могуће изнети у оквиру једног предавања позитивно совјетско брачно право и његову историју. Ја ћу се с тога ограничити на излагање само неких важнијих питања, која се у главном могу груписати око питања закључења брака и питања престанка брака. После тога, на крају, ја ће бацити један поглед на остале мере и повластице у корист мајки и деце, и задржаћу се мало на измењеном положају ванбрачне мајке и ванбрачног детета.

Али пре него што пређем на прву групу питања, питања у вези са закључењем брака, бацићу један кратак поглед на међусобне односе супруга, дакле на садржину совјетског брака, поредећи га са браком како је обично био организован у грађанским законима.

Права и дужности супруга

Од прастарих времена односи између супруга заснивани су на две идеје: мужевљева власт и подређеност и зависност жене. Права и дужности супруга носе отисак те неједнакости. До недавна у већини законодавстава, а у неким и данас, муж и жена имали су у браку овај положај:

Ступајући у брак жена узима презиме мужа. Она постаје држављанин земље чији је држављанин муж. Место становања одређује муж, и жена је дужна ићи за њим. Муж треба да штити жену, а жена треба да је покорна мужу. Жена се не може бавити никаквим радом ни професијом без дозволе свога мужа. Она не може бити ни радница, ни глумица, ни књижевница, ни лекар, ако на то не пристаје њен муж. Још више, она не може располагати својом сопственом имовином без дозволе мужа. Она без те дозволе не може подићи никаву парницу за заштиту својих права. Супрузи су дужни један другом да буду верни, али повреда те дужности нема исте последице кад је дело мужа, као кад је дело жене. Француски крив. законик казни неверство жене од три месеца до 2 године затвора, а неверство мужа од 100 до 2.000 франака, па и то само ако издржава своју конкубину у брачном дому. Муж има право према § 350 старог српског кривичног законика да примени према жени „исправителне домаће мере" Али је зато он дужан издржавати жену, старати се за њене потребе и штитити је.

Треба одмах потсетити да је оштрица ових законских текстова била знатно отупљена животом и његовим захтевима. Али, законски, постојала је велика неједнакост између мужа и жене.

Није овде место улазити у објашњење оваквог уређења односа између мужа и жене, а то није ни потребно. Ја потсећам да је у прво римско доба то објашњавано женском лакомисленошћу. Други су се позивали на ауторитет мужа, а неки су инсистирали на потреби да свака заједница има једног шефа. Разлике су биле у објашњењу, али већина се слагала у мишљењу да је мужевљева превласт потребна ради одржања чврстине породице.

Совјетско право полази од сасвим супротног схватања. У совјетском праву мужевљева власт не постоји. Основни принципи совјетског права у овој материји су једнакост и независност супруга. На совјетском праву осећа се да је оно дошло као оштра реакција на раније стање; због раније мужевљеве власти и подређености жене, оно нарочито истиче једнакост и независност супруга. Један совјетски правник истиче: „Наше законодавство садржи више закона који ослобађају веза, него закони који обавезују, ограничавају слободу. Оно се бори против окова прошлости, а не доноси нове окове". Дакле, принципи су равноправност, слобода, и то се врло јасно осећа у свима одредбама совјетских законика о односима између супруга, о њиховим правима и дужностима.

Тако, ступајући у брак жена не мења презиме. Супрузи се могу споразумети и изјавити приликом регистрације брака, да желе да носе презиме мужа или жене, а могу и задржати сваки своје презиме. Место становања одређују супрузи заједно, и кад један супруг промени место становања, други није дужан поћи за њим. Начин вођења заједничког домаћинства одређује се узајамним споразумом супруга. У погледу избора рада и занимања, закон даје сваком супругу потпуну слободу.

Имовински односи супруга регулисани су на следећи начин: имовина коју је сваки супруг имао пре ступања у брак, остаје његова одвојена имовина. Оно пак што супрузи стекну у току брака сматра се заједничком имовином. То не значи да се у тренутку престанка брака та имовина дели на пола. Износ удела сваког супруга одређује у случају спора суд.

Најзад, супрузи су дужни да један другог издржавају у случају потребе. Обавеза издрджавања не лежи само на мужу: и муж може тражити издржавање од жене, ако наступи случај потребе. Совјетски закони провели су и овде једнакост — овог пута у корист мужа. Право на издржавање од свог супруга има необезбеђени супруг ако је неспособан за рад, а исто тако и супруг способан за рад, ако је без упослења. То му право траје по престанку брака још за годину дана, ако се раније нису промениле околности које су га засновале. Нарочито треба истаћи

поступак, лак и брз, за остварење овога права. Најдаље за месец дана потребитом супругу биће одређена висина издржавања.

Из овог летимичног приказа одредаба о правима и дужностима супруга, види се одмах да је совјетски законодавац доследно спроводио своју мисао равноправности супруга и њихове независности, њихове слободе. У законодавствима других земаља брак се обично посматра са тачке гледишта права и, нарочито обавезе која ствара за једног и другог супруга. То је навело неке писце на западу да тврде да брак, како је организован у совјетском законодавству више није брак. Један од њих каже: „То чак није трансформација, то је уништење једне установе, која је до сада била основ породице и друштва..." „Нестало је јединства дома", вели нам исти писац на другом месту, „које је било обезбеђено у нашим законодавствима истинским и ефикасним везама управљеним против независности супруга у интересу брака". Сличне оцене и тврдње могле су се и још се могу чути кад је реч о совјетском браку.

Оне су неосноване. Оне потичу из заблуде која идентификује брак са превлашћу мужа и потчињеношћу жене. Оне бркају чврстину породице са великом влашћу мужа. Али кохезиона сила једне заједнице може се наћи и ван власти и принуде. Што се брака тиче, она никад и није била једино у свемоћи мужа. Има и других, моралних економских, социјалних сила које брак одржавају, и без њиховог садејства мужевља власт би била немоћна да га одржи. Совјетски законодавац није мислио да чврстина породице зависи од мужевље власти. Он је сматрао да ће породица наћи сигурнију основу у слободи и равноправности супруга и њиховом узајамном разумевању. Затим, врло практичан и ефикасан начин на који је организовано остварење обавезе супруга да издржавање даје породици, како је организована у совјетском законодавству, много стварнију садржину него што је има породица организована на традиционалним основима. Законске обавезе не значе много ако није предвиђено све што треба за њихово остварење. Наши закони предвиђали су да је муж дужан старати се за потребе своје супруге, бранити је и заступати, али, практично говорећи, то га није спречавало да своју жену напусти необезбеђену кад год је хтео. По томе како је у совјетском праву организовано остварење обавеза издржавања супруга и деце то није могуће. И стога је с правом пажња многих страних правника била привучена на овај изглед совјетске породице, и многи су указали на то као на пример који би требало имитирати.

То је садржина брака по совјетском праву, тако су уређени односи између супруга.

Видимо сада како брак постаје, како се он закључује.

Закључење брака

У погледу начина закључења брака совјетско законодавство прошло је кроз неколико фаза. Ако не водимо рачуна о мањим изменама, и разликама између закона појединих савезних република, може се рећи, углавном, да је оно прошло кроз три фазе: прва, у којој је установљен грађански брак и донет закон о матичним књигама, браку породици и старатељству од 1918 године чије су установе добиле своју дефинитивну форму у законику РСФСР о матичним књигама о браку, породици и старатељству, који је ступио оа снагу 1923 године; друга, која почиње законником о браку, породици и старатељству, који је ступио на снагу 1 јануара 1927 године; и трећа, започета указом Президијума Врховног совјета 8 јула 1944 године.

Одмах у почетку револуције, децембра 1917 године уведен је за убудуће обавезан грађански брак. Само том грађанском браку закон је признавао право постојања. Само он даје човеку и жени положај супруга и само он производи права и обавезе који потичу из брака.

Грађански брак по законику од 1923 године је формалан уговор. Саме формалности закључења брака су ове: Будући брачни другови треба да дођу код нарочитог чиновника који води матичне књиге, да докажу свој идентитет, поднесу писмену изјаву да у брак ступају слободно и да за њихов брак не постоји никаква сметња и да изјаве да желе закључити брак. Чиновник уписује њихову изјаву у регистар закључених бракова, онда им је чита и изјављује да је у име закона између њих закључен брак. Упис изјаве супруга у регистар закључених бракова је битна формалност и после уписа вереници су брачни другови са правима и обавезама које по закону проистичу из брака. Без тог уписа нема брака и лица која стварно живе брачним животом, не сматрају се за супруге, ако њихов однос није регистрован.

Законником од 1927 године начин постанка брака сасвим је измењен. За то није више нужна никаква форма. Да би био пуноважан, брак не мора бити регистрован. Свака форма је избрисана. Брачна веза почива искључиво на сагласности човека и жене да живе брачно. На тај начин појам брака је знатно проширен; фактички заједнички живот постао је брак и деца рођена у таквим фактичким заједницама нису више ванбрачна већ брачна.

Законик од 1927 године није укинуо регистровање брака. Он га је задржао, али оно више није обавезно. Закон наглашава у самом почетку да је и у општем интересу, и у интересу супруга, да свој брак региструју. Упис у регистар склопљених

бракова осигурава супрузима могућност да свој брак лако докажу и на тај начин лако заштите своја лична и дечја имовинска права и интересе. Регистрација је неоспоран доказ да брак постоји. Али она није услов за постојање брака, како је то било по законику од 1923 године. Лица која живе у нерегистрованом браку су исто тако супрузи као и она у регистрованом. Од њих зависи хоће ли свој брак регистровати и она могу то учинити кад хоће, наводећи време фактичког заједничког живота.

Што се тиче доказа нерегистрованог брака, то може понекад бити мало теже. Тешкоће нема док супрузи живе и признају се за брачне другове. Њихова је изјава довољна. Створен вољом странака брак постоји и одржава се том вољом. Њеним постојањем он се и доказује. Али суд може утврдити да постоји брак и независно од изјаве странака. Он то може учинити из разних околности које указују на постојање брака. Законик наводи неколико таквих околности: факт заједничког живота, постојање у том животу заједничког газдинства, исказивање супружанских односа пред трећим лицима, у личној преписци и другим документима. Суд може узети као доказ постојање брака, према околностима, и чињеницу узајамног материјалног помагања, и заједничког васпитања деце и слично. То је само неколико примера индиција, из којих се може извести постојање брака. Али то нису једине индиције. Судија је слободан да цени у сваком случају да ли постоји брак или не.

Који је био разлог ове реформе? Ако се загледа у припремне радове и врло дуге и живе дискусије које су претходиле доношењу законика од 1927 године, онда ће се видети да је ова промена, као и друге промене које је донео законик од 1927 године била смишљена у циљу што потпуније и што боље заштите интереса жена и деце. У мотивима уз пројект реформе од 1927 године стоји: „Законик од 1923 обратио је пажњу на организацију уписа бракова у регистре, закључених бракова; садашњи пројект оставља по страни питање форме и задржава се на садржини, то ће рећи брачним и породичним односима... Наш пројект концентрише своју пажњу на најслабије чланове у породици и браку. Наш пројект сматра званично регистровање брака само као техничко средство да се констатује постојање једне чињенице, да се она докаже на прецизан начин у случају кад би било потребно бранити своја права, на пр. приликом тражења издржавања, наслеђа итд. Пројект установљава са свом потребном јасноћом једнакости права и дужности које потичу из брачних односа независно од сваког регистровања. Параграфи којима се одређују права супруга и деце кажу да лица која се налазе у фактичким брачним односима имају иста права као и они чији су односи регистровани, са том разликом

што нерегистровани супрузи треба да докажу постојање брака, док регистровани брачни другови имају унапред спремљен доказ".

У указу којим је законик од 1927 године санкционисан и којим је наређено његово увођење у живот од 1 јануара 1927 стоји да је законик донет у циљу „осигурања интереса мајке а нарочито интереса деце, и изједначења супруга у имовинским односима и односима васпитања деце".

Дакле, заштита мајке и детета. Свака жена која брачно живи са неким човеком има положај и права законите супруге; свако дете рођено од лица која живе у заједници је увек брачно. Брачни друг, иако брак није регистрован, је законит муж и законит отац, и он не може напустити жену и дете без последица по себе. Он ће бити одговоран и дужан да им да издржавање. Скоро свака мајка постала је законита супруга, а скоро свако дете је законито. Довољно је да је заједнички живот трајао извесно време. На тај је начин измењен положај великог броја мајки и деце, и дата им широка законска заштита.

Сврха реформе од 1927 године је јасна, али је предложена мера још у почетку наишла у Совјетском Савезу на отпор. Критика пројекта била је врло жива. Многи су устали против укидања обавезног уписа у регистар склопљених бракова. Указивано је да пошто закључење брака није јавно, и не констатује се службено, једно лице ће моћи имати више домаћинстава и више брачних другова истовремено. Затим, речено је да неформалан брак ствара врло слабу и лабаву везу између брачних другова, која може сваког часа врло лако престати. Совјетски закон треба да штити само брак закључен с обзиром на дуг заједнички живот и подизање деце. Критика је нарочито инсистирала на томе да предложени закон може довести у опасност интересе жене и детета које баш жели да заштити. Свака жена која живи у заједници са неким човеком постаје законита супруга и њена деца су брачна, то је истина, али каква је корист од права које се не може остварити? Човек коме је омогућено да лако ствара брачне заједнице ускоро неће бити у стању да одговори свим својим обавезама. Жена и деца добиће лако пресуду против њега, али је најчешће неће моћи остварити.

Критике неформалног брака нису биле без основа, али су губиле из вида главну сврху реформе, а то је да се путем закона прокламују за брачне другове, са правима и обавезама која отуд потичу, и лица која живе у нерегистрованој заједници. На тај се начин несумњиво побољшава правни положај нерегистрованог брачног друга, а то практично значи жене. Истовремено је побољшан и правни положај деце из таквих заједница. Проблем заштите интереса жене и деце био је постао

актуелнији. Одмах после револуције, најактуелнији проблем у области брака био је увођење лаичког, грађанског, брака. Нису била занемарена ни остала питања, али је лаицизирање брака тада било најпрешније. Доцније, када је грађански брак био сасвим заменио конфесионални брак, једна је етапа била пређена, питање форме брака није више било актуелно, и његово место заузело је питање садржине. У званичним мотивима уз пројект који је постао законик од 1927 године, чији сам један пасус малочас навео, стоји и ово: „Закон од 1923 конструисан је као закон којим се организује лаички брак; наш пројект концентрише своју пажњу на најслабије чланове у породици и браку".

Заштита тих најслабијих тражена је приликом реформе из које је изашао законик од 1927 године, у проширењу појма брака на фактичке заједнице, и давању законске заштите — коју је дотле уживао само законити брак — и фактичком браку.

Уосталом, неформални брак није таква новина како се обично претставља. Некада у римском праву закључење брака није било скопчано ни са каквим формалностима. Довољна је била сагласност странака. Брак је био обичан уговор и он је трајао док су то хтели муж и жена. Могао је престати по њиховом споразуму, а могао је престати и једнострано, вољом једндог супруга. Власт, ни судска нити која друга, није се мешала ни у постанак ни у престанак брака. Брак је био потпуно приватна установа, зависна од воље појединаца. Како је било у Риму, било је у многим другим друштвеним срединама. И хришћанске цркве дуго су сматрале брак као обичан уговор, и нису захтевале да се њихови припадници венчају у цркви да би брак постао. Благослов брака, који се среће у првим вековима хришћанства нема никакве везе са постанком брака. Тек је Јустинијан у VI веку увео за извесна лица могућност закључења брака у цркви, а тек од 893 године брак неких лица био је законит само ако је било извршено венчање у цркви. Доцније је та мера проширена још на нека лица, а 1306 године установљена је у источној цркви. На Западу, католичка црква остала је дуже времена на становишту да је за постанак брака довољна сагласност будућих супруга, те да за то није потребна никаква радња цркве. Тек 1563 године одлучено је на Тридентинском сабору да се брак има закључити у цркви, у присуству свештеника. И тако је од обичног уговора брак постао формалан, свечан уговор. У неким земљама, као што су Шкотска и неке државе у Америчким сједињеним државама, брак је и данас неформалан уговор.

Реформа која је у Совјетском Савезу извршена законником од 1927 године требало је у ондашњим приликама да послужи

сврси што боље заштите жене и деце. Међутим, прилике су се доцније измениле. Држава, оснажена реконструкцијом свих грана националне економије, стекла је потребна средства да би се могла непосредно заинтересовати за мајку и дете и ефикасно их обезбедити. У уставу од 1936 године наглашено је да жене имају иста права као и мушкарци, и да је могућност вршења тих права за жене осигурана, између осталог, путем „државне заштите интереса мајке и детета, давањем плаћеног отсуства жени у случају трудноће, широком мрежом породилишта, дечјих јасли и вртова". Промењене прилике, нарочито способност државе да сама помогне својим средствима обезбеђење интереса мајке и детета, а свакако и искуство дотле стечено, учиниле су да совјетски законодавац напусти систем законика од 1927 године и врати се систему обавезног уписа бракова у регистар склопљених бракова.

Ова реформа извршена је указом Президијума Врховног совјета од 8 јула прошле године. Проблем заштите интереса жене и детета решен је на други, шири и сложенији начин. Ја ћу се вратити мало после на цео склоп мера заштите мајке и детета и изнети главне црте решења садржаних у указу од јула 1944 године. Тада ћемо моћи видети боље како се мера која се тиче начина закључивања брака појављује у целом саставу реформи и боље сагледати њену праву физиологију. Сада ћемо је погледати саму за себе.

По чл. 10 Указа, права и обавезе супруга произилазе само из регистрованог брака. То значи да се нерегистровани брак више не сматра за брак. Не сматрају се брачним друговима лица која живе у фактичној заједници.

Има још нешто више: према ставу другом истог члана „лица која су се фактички налазила у брачним односима до доношења ове одлуке, могу означити своје односе путем регистровања брака уз указивање трајања фактичког заједничког живота". То значи да лица која су била у фактичком браку, и била брачни другови, и имала права на обавезе супруга, престају то бити ако свој брак не региструју. Совјетски законодавац није се устезао да прошири домашај нове реформе и на ситуације које потичу из прошлости и да њихову даљу законитост стави под нов услов.

Дакле, да би постојао, брак мора бити регистрован. Регистровање не служи више само за обезбеђење доказа брака — оно је услов за постојање брака, а то је нешто друго и нешто много више. Њиме се не само доказује брак, него и ствара.

Што се самог регистровања тиче указом од 1944 године предвиђено је да се поступак закључења брака има направити свечаним. Њим је наређено Савету народних комесара СССР да

предвиди „увођење свечаног начина извођења регистрације, одређивање нарочитих просторија за то и њихово уређење". На тај је начин склапање брака постало формалан, свечан чин.

Издвајање законитог брака од фактичког брака и признавање својства супруга само лицима која су регистровала свој брак је једна крупна мера са замашним последицама. У будуће се јасно разликују две врсте односа брачних и ванбрачних. Породица заснована браком учвршћена је и у њеном оквиру обезбеђена је јаче ситуација жене. Супрузи су тешње везани што ћемо нарочито видети кад пређемо на питање развода брака, и на тај начин њиховој деци осигурана могућност оне заштите коју даје породица. То не значи да је положај деце рођене ван брака погоршан. На против. Деца рођена од родитеља који нису у браку уживају и даље, као и раније, у Совјетском Савезу иста права као и деца која су рођена од лица која се налазе у браку, па и право на издржавање и право на наслеђе. Само, уместо да их остави са теоријским и сумњивим правом на издржавање од несавесног оца, који избегава да изврши своју дужност, совјетски законодавац је обезбедио ту децу, општим, државним средствима. Он је, као што сам већ изнео забранио прошле године мајци да тражи да се судским путем утврди ко је отац детета и да од њега тражи издржавање. Разуме се да ако отац сам призна дете за своје, оно има према њему, и иначе, иста права као и брачна деца.

Дакле, брачни односи су издвојени, и везе између супруга појачане. Испитивање развода брака у Совјетском Савезу то ће нам потврдити.

Развод брака

Развод брака у совјетском законодавству прошао је кроз промене паралелне онима кроз које је прошао начин закључења брака. Он је био регулисан на разне начине у три маха. Прво, одмаах после Револуције у текстовима који су са извесним изменама постали законик од 1923 године, затим у законику од 1927 године, и најзад указом Президијума Врховног совјета од прошле године. У сва три текста начела су остала иста, исте су и побуде које су руководиле законодавца, али се начин примене постављених начела мењао.

Совјетски законодавац хтео је да супрузима очува њихову слободу. Супрузима, којима је заједнички живот постао неподношљив, треба омогућити да га прекину. Од брака створеног слободним пристанком не треба направити неподношљиву тамницу. Али, ако је водио рачуна и о његовим обавезама,

нарочито према деци и другом супругу. Како је решен тај проблем?

Законик од 1923 године предвиђао је два основа за развод брака: споразум супруга и једнострану жељу једног од њих.

Развод брака на основу споразума супруга није новина у законодавству. Њега познају нека страна законодавства. Али док је у другим законодавствима развод брака на основу споразума супруга компликован, тежак и скопчан са великим трошковима, у совјетском законику од 1923 године он је био једноставан. Било је довољно да супрузи дођу пред суд и изјаве своју сагласност да се разиђу и суд је изрицао развод и предавао супрузима уверење о разводу. Супрузи су могли отићи, место у суд, код органа који је регистровао њихов брак и изјавити му своју сагласност да се разведу; овај је уписивао развод у матичне књиге и издавао им уверење о разводу.

Други основ за развод брака је жеља једног супруга да се разведе. Законодавац је сматрао да се брак не само заснива већ и одржава сагласношћу воља супруга, и да нема основа за даље постојање брака ако један од супруга не жели да у њему остане. Развод на основу жеље једног од супруга требало је тражити од суда. Али се није морао наводити никакав узрок због кога се развод тражи: довољно је било што га један супруг жели, и суд га је био дужан изрећи без истраживања мотива из којих та жеља потиче. Законодавац је очигледно дао превагу слободи супруга и хтео пре свега њу да обезбеди и заштити.

Улога суда је, дакле, била мала и скромна. Он није имао да цени мотиве супруга, он је био ограничен на просто констатовање жеље супруга и изрицање развода.

Законом од 1927 године развод брака је још више упрошћен. У њему се каже: „За живота супружника брак може бити раскинут према обостраном пристанку супружника или према једностраној жељи од њих". За развод брака није се захтевала више никаква формалност, па ни захтев суду да констатује развод. Суд више није играо никакву улогу у разводу брака. Као што су по том законику, сами својом вољом формирали брак, супрузи су га могли и раскинути. Њихова слобода у том погледу била је потпуна и без икаквог ограничења. Супрузи чак нису били дужни да региструју престанак свог брака. Они су то могли да учине, ако су хтели, и на тај су начин добијали сигуран доказ да је брак престао. Али ако они то нису хтели, ништа их на то није обавезивало.

Овај систем био је логичан и у складу са начелом слободе појединаца, али је у пракси омогућавао злоупотребе. Он је омогућавао раскид брачне везе кад год се хтело. Систем је из-

лагао другог супруга, а нарочито жену, и децу опасности да буду напуштена сваког часа. То није морало да буде, али је могло да буде. Законом је, истина, била предвиђена обавеза издржавања потребитог супруга за извесно време и после развода брака, што је било нарочито потребно и корисно за жене. Затим, Закон је предвиђао врло јасне и велике обавезе на терет родитеља, што стварно најчешће значи на терет оца, ради осигурања издржавања деце. Закон, који је и сад на снази, наређује да се при досуђивању издржавања одузима лицу дужном да даје издржавање 1/4 зараде за издржавање једног детета, 1/3 за издржавање два детета, 1/2 за издржавање три детета или више деце. То није мало, теоријски али која је корист од тога, практично говорећи, ако је човек закључио више бракова један за другим, без много размишљања, пошто му је то било могућно, и у сваком од њих имао деце? Није свакоме лако да издржава једну породицу; како онда издржавати више бивших жена и деце рођене са њима? Проблем је: како да се очува слобода сваког супруга и да му се омогући да иступи из брака, а да се истовремено обезбеде интереси другог супруга, практично жене и деце, — а он није решен тиме што се дозвољава развод по вољи и без икакве контроле и намећу обавезе издржавања другог супруга и деце.

Ови разлози нису, вероватно, били без утицаја на реформу извршену у овој материји прошле године. Промене које су тад извршене у области развода брака су значајне.

Пре свега развод се више не може извршити једностраним споразумом супруга или једностраном жељом једног од њих. У будуће развод брака може изрећи само суд и то у јавном поступку.

Поступак има две фазе и у свакој се развија пред другим судом. У првој фази поступак се развија пред народним судом и почиње подношењем изјаве о жељи да се брак раскине. Али више није довољна проста изјава жеље да се брак разведе. Потребно је, и то је друга значајна новина ове реформе, да се наведу мотиви из којих се жели развод. Народни суд не може изрећи развод брака. Главни део његове улоге састоји се у покушају измирења супруга. Често се тражи развод брака без стварних разлога и противно добро схваћеним интересима једног и другог супруга. Супрузи разуме се, морају доћи лично на позив суда на мирење. Да би суд могао са више изгледа на успех приступити мирењу дато му је право да испитује мотиве наведене за развод брака.

Ако народни суд не успе у своме настојању да супруге измири онда је прва фаза поступка завршена и може почети друга. Ја кажем може, пошто не мора. Јер, поступак се не про-

дужава по службеној дужности. Ако жели да до развода дође, супруг који је прекинуо поступак поред народним судом мора поднети нову претставку за развод брака суду вишег степена, а то је обласни, покрајински, окружни, градски или Врховни суд савезне и аутономне републике. У овој подели надлежности огледа се несумњиво жеља да се обесхрабре они који су склони на брзе и неразмишљене поступке.

Виши суд испитује мотиве за развод брака. Он испитује да ли су наведене чињенице довољно тешке да би требало изрећи развод брака. Ако суд нађе да наведене чињенице нису довољне да оправдају развод брака, он ће одбити тужиоца од тражења и оставити брак на снази. Он ће изрећи развод брака, како указ каже, само ако утврди да је неопходно да се брак разведе.

На тај начин је развод брака, који је до указа од јула прошле године у потпуности зависио од супруга, пренет у надлежност суда. Да ли ће брак престати, зашто, кад и како, — све је то зависило од супруга, или једног од њих. Сада је жеља супруга стављена под контролу суда. Поступак се мора одвијати пред њим, суд изриче развод брака, и последње и најважније, он цени да ли је нека чињеница довољна да мотивише развод брака.

Најновије совјетско законодавство не фаворизира развод брака. Развод је отежан читавим низом мера. Поред поступка који се обавезно мора одвијати пред судовима, наређено је да се свако покретање поступка за развод брака има објавити у месним листовима о трошку оног супруга који је покренуо поступак. Високе таксе предвиђене за развод сигурно га не олакшавају. Супруг који покреће поступак има да плати у почетку поступка 100 рубаља, а суд кад изрекне развод наређује да један или сваки супруг плати од 500 до 2.000 рубаља.

Ја сам раније поменуо да по совјетском праву необезбеђени супруг који је неспособан за рад има право да тражи издржавање од другог супруга. Указао сам на врло лак и брз поступак за остварење овог права, пошто најдаље за месец дана има да буде одређена од стране надлежне власти висина издржавања. То што важи за време трајања брака, важи и после развода: потребити супруг долази лако до утврђења свог права на издржавање, које после развода траје само извесно време, највише годину дана.

Што се тиче деце, суд који изриче развод брака одлучује код кога ће од разведених супруга које дете остати, као и који од родитеља и у којој мери сноси трошкове издржавања детета. Ја сам раније поменуо да је норма да се за издржавање

једног детета одузима родитељу 1/4 зараде, за два детета 1/3, за три детета или више деце 1/2 зараде.

Ако сада бацимо један скупни преглед на реформу извршену у совјетском брачном праву прошле године, онда заиста, видимо да је њена главна одлука, појачање породице и заштита мајке и деце. Удате жене, мајке и деца имају више сигурности. Када указ од 8 јула 1944 године буде преведен у законодавства савезних република, што је у некима већ учињено, онда ће се то видети прецизније и конкретније.

Мере заштите мајке и детета

Али совјетски законодавац није се ограничио на то да побољша и осигура положај мајке и детета мерама које се односе на ојачање породице. Породица, упркос тога, може не бити у могућности да задовољи потребе деце. Затим, има деце рођене ван брака.

Совјетски законодавац узео је да реши цео склоп питања заштите мајке и детета, и у низу мера које је предузео, реформе у брачном праву појављују се само као неколико детаља, важних у то нема сумње, али не и јединих.

Није могуће приказати све те мере у оквиру једног предавања, а још мање при његовом крају. Ја ћу се ограничити да изнесем само неколико главних момената, обавештења ради, и не улазећи у проблеме, и то само да би се боље сагледао смисао и значај изнетих реформи у области брака. Све те мере чине једну целину и узајамно се допуњују и објашњавају а све имају исту подлогу: стварање за мајке и децу и стварање јаких породица са много деце.

Те мере се састоје у следећем:

За мајке које имају више од два детета предвиђене су знатне новчане помоћи. За неудате мајке предвиђена је помоћ већ за прво дете.

Бремените жене имају право на пет недеља отсуства пре порођаја и шест до осам недеља после порођаја, уз наплату помоћи на рачун државе.

Од четвртог месеца бременитости жене се не могу употребљавати за прековремени рад; жене које доје не могу се одређивати на ноћни рад.

Родитељи са троје и више деце уживају 50% попуста за смештај деце у дечјим забавиштима и јаслама.

У Совјетском Савезу постоје многобројни домови за матере и децу, домови за сиромашне бремените неудате мајке породилишта, врло разграната мрежа дечјих установа, забавишта,

дечјих јасала, вртова, кухиња, лечилишта, амбуланти и сличних установа. Наређено је проширење мреже свих тих установа, тако да се може одговорити свим захтевима.

Установљен је порез на нежењене и неудате и грађане који имају једно или два детета, и то за мушке од 20 до 50 година, а за женске од 20 до 45 година. Висина пореза износи од 1/2% до 6% од укупног дохотка.

Као признање мајкама које имају више деце установљена је „Медаља материнства" за мајке са петоро или шесторо деце, орден „Материнска слава" за мајке са седморо , осморо и деветоро деце, и почасно звање „Мати херојка" које се даје мајци која је родила и подигла десеторо деце. Уз ово почасно звање иде и орден истог имена и повеља Президијума Врховног совјета.

Немогуће је задржавати се на овим питањима. Ја ћу се ограничити на неколико појединости о новчаним помоћима мајкама.

У Совјетском Савезу мајке са више деце уживале су и раније државну помоћ, али је та помоћ прошле године знатно проширена и повећана. Помоћ су раније уживале мајке са више од шесторо деце. Сада право на помоћ имају све мајке које имају више од два детета и та помоћ се повећава са повећањем броја деце. Тако, по рођењу трећег детета мати добија 400 рубаља; по рођењу четвртог, 1.300 рубаља и 80 рубаља месечно; петог, 1.700 рубаља и 120 рубаља месечно; шестог 2.000 рубаља и 140 рубаља месечно; седмог, 2.500 рубаља и 200 рубаља месечно; осмог, 3.500 рубаља и 250 рубаља месечно; итд., тако да мати са десеторо деце добија при рођењу сваког следећег детета 5.000 рубаља и 300 рубаља месечно. Месечна помоћ се исплаћује почев са другом годином рођења детета, па све до навршетка пете године.

То је помоћ коју имају удате жене и удовице, дакле мајке чија су деца рођена у браку. За ванбрачне мајке постоје посебне одредбе. Ванбрачна мајка ужива помоћ већ за прво дете, и то у износу од 100 рубаља месечно; за двоје деце она добија 150 рубаља, а за троје и више деце по 200 рубаља месечно. Ова се помоћ исплаћује све док дете не наврши дванаест година живота. Али то није све. Поред ове нарочите помоћи, све оне мајке које имају троје и више деце ван брака имају још и право на помоћи предвиђене за удате жене са троје и више деце. Оне, дакле, уживају редовну помоћ коју имају све мајке са више од два детета, и уз то још и нарочиту помоћ предвиђену само за њих. Поред тога, ванбрачне мајке могу сместити своју ванбрачну децу у државни завод за васпитање, који је дужан да их прими на издржавање и васпитање на рачун државе.

Као што се види, реформа од 1944 године показује, поред велике помоћи мајкама са више деце, још и нарочиту помоћ и старање за ванбрачну децу. Узето само за себе, старање за ванбрачну децу је потпуно разумљиво. Деца рођена у браку имају мајку и оца да се старају о њима, а она која су рођена ван брака, или бар већина од њих, практично говорећи, имају само једног родитеља, мајку. Уместо да ванбрачну мајку и дете остави са теоријским и проблематичним правом на издржавање од стране ванбрачног оца, совјетски законодавац је пренео на државу старање о деци рођеној ван брака. Тако, издржавање те деце не зависи више од тога да ли ће се од њиховог оца моћи наплатити потребне суме, и ако се наплате, да ли ће бити довољне, пошто се може догодити да их треба разделити на више деце од разних мајки.

Ове знатне државне мере помоћи ванбрачним мајкама и мере за издржавање и васпитање ванбрачне деце објашњавају довољно зашто је у Совјетском Савезу укинуто право мајке да доказује ко је отац њеног детета и да тражи издржавање од њега. Совјетски законодавац је нашао решење питања заштите ванбрачног детета и мајке на другом, сигурнијем плану, плану државне помоћи и акције. Ако се томе дода, као што сам већ поменуо, да је утврђивање очинства увек несигурно и да може бити повод за разне злоупотребе, онда је разумљиво зашто га је совјетски законодавац укинуо.

То су главне линије програма који садржи указ Президиума Врховног совјета од 8 јула 1944, и према коме поједине савезне републике треба да изврше измене у своме законодавству. У историји совјетског породичног права он обележава једну важну етапу. Разноврсне крупне мере које се њиме наређују повезане су међу собом циљем, чијем постигнућу су намењене. Увођење свечаног закључења брака, отежавање развода брака и његово стављање под контролу суда, забрањивање истраживања очинства, државно старање о ванбрачној деци, обилне помоћи мајкама са више деце, повластице за бремените жене и друге мере, — све то има за сврху да пружи што ефикаснију помоћ жени и детету.

(Архив за правне и друштвене науке, 1945., књ. I)

АПФ, 3—4/1982 — др Михаило Константиновић, Реформа брака и заштита деце и мајки у Совјетском савезу (стр. 448—467)

A SUMMARY

MARRIAGE REFORM AND THE LEGAL PROTECTION OF CHILDREN AND THEIR MOTHERS IN THE U.S.S.R.

The article „Marriage Reform and the legal protection of children and their mothers in the U.S.S.R." was originally delivered in the form of a speech in the Cociety for Cultural Cooperation between Yugoslavia and the U.S.S.R. on the 3rd July 1945. and was devoted to the analysis of the significant changes taking place in Soviet law in respect of the provisions pertaining to family law in 1944. as well as the measures offering better legal protection to mother and child.

The underlying idea of the undertaken measures is the legal protection of women in general, and especially mothers and their children; this intention has always been present in Soviet legislature, regardless of the technique of its realisation, which had changed throughout history.

As far as the marital partners are concerned, the main principles of Soviet law are equality and independence of these two parties. The consistency of implementation of these principles evidences that there is in this national law „a sharp reaction to the previous state of affairs". It is particularly stressed that there is an efficient method of realisation of the responsibility of the marital partners to give financial support to the family — alimony in case of divorce.

The author points to the phases through which Soviet law has gone in respect of the manner of entering into marriage. Notably characteristic is the period 1927. — 1944., during which it was made possible that common law mothers become legal marital partners and each such child legitimate. But, it soon appeared that there is no benefit from a law which cannot be effective, for simple ways of getting maried lead to a state in which resposibility for undertaken obligations in not possible. By the Decree of 1944. common law marriage was abolished and registered marriage established. The Decree provided for the retroactive implementation of this form of marriage. Marital relations are separated from common law relations. The common law mother is prohibited from taking legal action for the ascertaining of the father of her child.

Similar changes have been made in respect of the divorce of marriage although the set principles have remained the same. The simplified divorce proceedings from previous phases are succeeded by the provisions of of 1944., authorising the court to dissolve the marriage in public proceedings. Divorce is made difficult by a number of measures, so that married women, mothers and their children had more security.

A number of measures are directed at the establishment of compact families with numerous children. One measure pertains to the financial support of mothers with children (whether legal or illegal), the leave from work cheme, subsidy for the day care of children in appropriate institutions as well as special bonuses for mothers with a larger number of children. There are separate provisions for common law mothers with children, which in itself explains the abolishment of the right of the common law mother to take legal action for the purpose of ascertaining the father of her child.

RÉSUMÉ

LA REFORME DU MARIAGE ET LA PROTECTION DES ENFANTS ET DES MERES DANS L'UNION SOVIETIQUE

L'article „La réforme du mariage et la protection des enfants et des mères dans l'Union Soviétique", a été d'abord exposé sous forme de conférenca à la Société de la collaboration culturelle avec l'Union Soviétique, e 7 jullet 1945, il a été consacré a l'analyse de modifications importantes que le droit soviétique a entreprises dadns le domaine du droit familial en 1944, ainsi qu'aux mesures qui sont prescriptes dans le but de la protection plus complète de la mère et de l'enfant.

L'idée fondamentale des mesures entreprises est la protection de la femme et en particulier de la mère et des enfants, qui est toujours restée présente dans le législation soviétique, sans égards à la technique de sa réalisation qui changeait historiquement.

Dans les rapports des époux les principes fondamentaux du droit Soviétique sont l'égalité et l'indépendance des époux. L'esprit de suite de l'application de ces principes fait ressortir que dans ce droit on sent" la réaction voilente contre l'état antérieur". En particulier est accentué le mode efficace de la réalisation de l'obligation des époux de se charger de l'entretien de la famille.

L'auteur attire l'attention sur les phases par lesquelles est passé le droit soviétique en ce qui concerne le mode de la conclusion du mariage. En particulier est caractéristique le période de 1927 à 1944 qaund par le mariage factice il est devenu possible que chaque mère devienne la femme légitime et chaque enfant un enfant légitime. Or, comme on s'est rendu compte qu'il n'y a aucune utilité du droit qui ne peut être réalisé la conclusion facile du mariage aboutit à un tel état quand on ne peut plus réaliser les obligations, par le Décret de 1944 le mariage factice a été aboli et le mariage enregistré a été etabli. Le Décret prévoit l'application rétroactive de cette forme du mariage. Les rapports conjugaux sont séparés des rapports extra-conjugaux. A la mère naturelle il est interdit de déterminer par la voie judiciaire qui est le père de son enfant.

Les changements analogues suivaient aussi le divorce quoique les principes établis n'ont pas subi des modifications. Le divorce simplifié des phases précédentes remplace les dispositions de 1944, qui autorisent le tribunal de prononcer le divorce dans la procédre publique. Le divorce est rendu plus difficile par une série de mesures, de sorte que les femmes mariées, les mères et les enfants ont plus de sûreté.

En particulier se développe une série de mesures dirigées dans le sens de la création de fortes familles avec beaucoup d'enfants. Elles comprennent l'aide pécuniaire aux mères avec des enfants (légitimes ou naturels), la possibilité d'être absent au travail, la réduction pour l'établissement dans les institutions pour enfants, ainsi que, des recompenses spéciales pour les mères avec un grand nombre d'enfants. En particulier est assurée la mère avec des enfants naturels ce qui explique l'abolition du droit de la mère de désigner le père naturel de son enfant.

UDK — 347.65/68

ОПШТЕ НАПОМЕНЕ УЗ ТЕЗЕ ЗА ПРЕДПРОЈЕКТ ЗАКОНА О НАСЛЕЂИВАЊУ[1])

I. Наследно право, како је схваћено у *Тезама*, има пре свега за сврху да омогући да се и после смрти неког лица продужи вршење његових обавеза према извесним лицима, на тај начин што ће се његова имовина пренети на та лица и поделити међу њима. Највећи број тих лица спада у ужу породицу оставиоца. Породица се данас појављује нарочито као животна и радна заједница, између чијих чланова постоје сложени односи. разна права и обавезе: нарочито место међу тим обавезама заузимају обавезе међусобног помагања и издржавања. Породица стоји под заштитом државе (чл. 26 Устава ФНРЈ); наследним правом се несумњиво појачава веза која постоји међу члановима породице.

Али чланови породице нису једина лица о којима се оставилац могао старати за време свога живота и издржавати их. Он је могао издржавати и нека друга лица и наследно право има за сврху да обезбеди извршење и тих дужности издржавања које је оставилац био узео за себе.

Ради постизања ове сврхе наследно право уређује прелазак имовине умрлог лица на лица која су му блиска. Помоћу наследног права лична својина стечена радом прелази после смрти оставиоца на друга лица, те се наследно право појављује као продужење и гарантија те и такве својине, а истовремено и као покретач радиности.

После тога, наследно право треба да омогући свакоме да располаже тестаментом оним што је стекао, и да и на тај начин потврди његова права, али тек пошто осигура извршење његових обавеза.

---

[1]) Објављујемо ове напомене Комисије стручњака у намери да бисмо олакшали разумевање ових Теза и омогућили да се дискусија правилно развије.

Најзад, пошто је лична својина резултат не само личног рада, већ и сарадње заједнице која је омогућила стицање те својине, у наследном праву треба да дођу до изражаја и непосредни интереси заједнице.

Да би омогућио постизање свих ових сврха установе наслеђивања, нацрт предвиђа да се може наследити на основу закона и на основу тестамента (и дозвољава да се тестаментом могу правити и друга располагања, као што су на пр. легати).

Тезе не познају наслеђивање на основу уговора. У њима је одбачена та стара установа, која је имала значајну улогу у феудалном режиму, када је помоћу ње и могућности одрицања пре смрти лица о чијем се наслеђу радило осигуравано очување целине феуда и наслеђивање феуда по нарочитом реду. Уговор о наслеђивању не одговара данас никаквој потреби. Све су потребе задовољене установом законског реда наслеђивања и установом тестамента. У *Тезама* су постављена правила за наслеђивање за све случајеве, али свакоме је остављена слобода да тестаментом уреди наслеђивање оног дела своје имовине којом може да располаже. Закључење уговора о наслеђивању значило би одрицање од могућности прављења тестамента. Тестаменат је несумњиво еластичнији инструмент од уговора, јер је једностран правни посао. Његове одредбе завешталац може опозвати и мењати кад и како хоће, и према промењеним приликама правити нове, док уговор о наслеђивању везује дефинитивно и може бити измењен само са пристанком друге стране.

II. Проблему разграничења области закона као основа за наслеђивање и области тестамента *Тезе* посвећују велику пажњу. Оне су дале томе проблему нарочито решење, које се темељно разликује од традиционалних решења буржоаских држава.

Традиционално, законски ред наслеђивања примењује се само ако нема располагања тестаментом, а завешталац може тестаментом располагати својом имовином како хоће и оставити је коме хоће. Од тога се обично чини неки мањи или већи изузетци у корист извесних лица, обично деце, којима се и против воље завештаоца изражене у тестаменту осигурава самим законом један део његове заоставштине. Ван тих изузетака правило је да је наслеђивање по закону супсидијарно и да се догађа само ако нема тестамента. Основа тог реда је мисао да свак има право располагати по својој вољи својом имовином; закон треба само да накнади изосталу вољу, и његове одредбе треба да одговарају вероватној оставиочевој вољи.

У *Тезама* даје се закону самосталнија и активнија улога, а законском наслеђивању много већи значај. Пошло се од гледишта да је најважнија сврха наследног права да осигура после смрти неког лица извршење обавеза издржавања и старања

које је оно имало или могло имати према извесним лицима. Пошто се та сврха може постићи постављањем у закону извесних принудних правила о наслеђивању, нацрт даје релативно мало могућности за располагање тестаментом, кад постоје лица о којима се оставилац старао за време свог живота, или други блиски сродници. У *Тезама* стоји да завештаилац може тестаментом располагати својом имовином на начин и у границама који су одређени законом, али су те границе повучене доста уско кад постоји макар једно лице које би могло бити законски наследник. У истини, завештаилац може слободно располагати својом целокупном заоставштином само ако иза њега није остало у животу ниједно од лица која би му могла бити наследници по закону, или ако су та лица недостојна да наследе, или су искључена из наслеђа. Све докле постоји које од лица која би могла бити његови наследници по закону, могућност за завештаоца да располаже својом имовином по својој вољи ограничена је на разне начине и у разним мерама.

III. У погледу одређивања лица која могу наследити по самом закону *Тезе* се не ограничавају на крвне сроднике, као што се то обично чини, већ обухватају неколико група лица. У круг наследника по закону долазе, прво блиски крвни сродници умрлог лица, и они сачињавају главну групу. Блиски крвни сродници који могу наследити на основу самог закона су сви потомци умрлог лица, његови родитељи, његова браћа и сестре и њихова деца, али не и даљи потомци браће и сестара, и његови дедови и бабе. Даљи крвни сродници не могу наследити на основу самог закона. Ту долазе, затим, усвојеници умрлог лица и њихови потомци, пошто усвојеници имају по правилу положај рођене деце. Поред ових лица може наследити на основу закона брачни друг оставиочев. Најзад, *Тезе* уводе и позив на наслеђе за лица неспособна за рад о чијем се издржавању старао умрли непрекидно до своје смрти и то најмање годину дана. Тиме је исцрпљена листа лица која могу наследити по самом закону.

Тезе првенствено воде рачуна о крвном сродству, али не увек, и не искључиво. Поред сродства постоје и усвојење и брак, којима се ствара животна заједница. *Тезе* постављају начело удаљења од наслеђивања оних сродника за које би наследство представљало чисту и ничим неоправдану корист. Али оне установљавају право наслеђивања између лица која или живе у заједници, или су у таквом односу да једно према другом може имати дужност издржавања. Основна мисао, дакле, у одређивању наследника по закону је да имовина умрлог припадне онима о којима се умрли старао или требало да се стара. Због тога су уведени међу наследнике по закону не само деца умрлога и усвојеници, него и остали његови потомци, родитељи,

браћа и сестре и њихова деца, дедови и бабе; из истог разлога може наследити и њихов брачни друг, као и лице неспособно за рад о коме се он старао. Ако нема ових лица заоставштина припада држави, враћа се заједници која је омогућила оставиоцу да је стекне.

Сва ова лица могу бити наследници по самом закону, али она не долазе на наслеђе сва одједном, већ су груписана у три наследна реда.

Први наследни ред чине потомци оставиоца, његови усвојеници и њихово потомство, и његов брачни друг. Ту долазе и његов отац и његова мати, али само ако су неспособни за рад, а немају довољно средстава за живот, — иначе они долазе у други наследни ред. Први наследни ред обухвата, дакле, ужу породичну заједницу оставиочеву. Брачни друг се позива на наслеђе само ако је живео у заједници са оставиоцем. као и кад му без његове кривице није било могуће живети у тој заједници. Други наследни ред чине отац и мати оставиочеви, његова браћа и сестре и деца браће и сестара. Најзад, у трећи наследни ред долазе оставиочеви дедови и бабе. Што се тиче лица неспособних за рад о чијем се издржавању старао оставилац до своје смрти, она наслеђују у сваком наследном реду. То значи да постојања таквог лица и одсуство ближег наследног реда не спречава позивање на наслеђе даљег наследног реда.

На наслеђе умрлог лица позивају се наследници из првог наследног реда ако их има: наследници другог наследног реда долазе на наслеђе само ако нема ниједног наследника из првог наследног реда, а они из трећег наследног рода долазе само ако нема наследника ни из првог ни из другог наследног реда. Сматра се да нема наследника једног наследног реда ако су сва лица која долазе у тај наследни ред умрла пре оставиоца, или су искључена из наслеђа, или су недостојна да наследе, и у том случају позивају се на наслеђе наследници који чине наредни наследни ред. Биће друкчије ако су се одрекли наслеђа сви наследници који припадају најближем реду. У том случају на наслеђе се не позивају наследници наредног реда, него заоставштина припада држави.

Кад у једном наследном реду има сродника у разним степенима сродства са оставиоцем, као што је то случај са првим и другим наследним редом, онда по правилу они не долазе на наслеђе сви заједно и одједном, већ сродници ближег степена искључују сроднике даљег степена сродства. Али је предвиђено да потомци лица које би било наследник да није умрло пре оставиоца могу претстављати свог претка и добити његов део. Њихово право претстављања схваћено је широко: дозвољава се претстављање не само у случају раније смрти претка, већ и у

случају његовог искључења, његове недостојности, као и у случају његовог одрицања од наслеђа. У ствари, они који долазе по праву претстављања наслеђују „по сопственом праву". Тиме је учињен крај фикцијама и препиркама којима је ова материја традиционално обиловала.

IV. Изузев случаја примене права претстављања, лица која су позвана на наслеђе заједно деле заоставштину на равне делове. Ту долази до изражаја једна од основних мисли система спроведеног кроз *Тезе*, која је у њему изражена на више места, а то је једнакост наследника. У наслеђивању на основу закона она се показује још у потпуној једнакости мушких и женских, у једнакости усвојеника са рођеном децом, у једнакости узајамних наследних права брачних другова, у урачунавању у наследни део онога што је један наследник добио као поклон од оставиоца док је овај био жив. Она се огледа и у једнакости наследних права брачне и ванбрачне деце, у наслеђивању њихових родитеља и других предака, али је наслеђивање на основу ванбрачног сродства ограничено на претке и потомке и не обухвата побочне сроднике.

V. Према *Тезама* законско наслеђивање примењује се на целокупну заоставштину ако оставилац није направио тестамент. За случај да је он направио тестамент, предвиђена су неколика правила, која одређују у којој ће се мери применити законски ред наслеђивања а у којој одредбе тестамента. Јер, као што је већ истакнуто, у *Тезама* је постављен принцип да завештаоац не може располагати по својој вољи целокупном својом имовином све док постоји неко лице које би му могло бити наследник по закону. Он може располагати тестаментом само једним делом заоставштине, или само у корист извесних лица. Правила о томе прописана су око установе „нужног дела" и „расположивог дела".

„Нужним делом" назван је онај део заоставштине на који извесни законски наследници имају право, другим речима, који им завештилац мора оставити. Треба одмах приметити да се оваква установа нужног дела разликује у многоме од класичног нужног дела. Затим, поред нужног дела у правом смислу, на који имају право неки наследници, али сваки од њих одвојено од осталих, и који се због тога називају нужним наследницима, уведена је и једна нова установа, која би се могла називати колективним нужним делом.

На нужни део имају право потомци завештаочеви који су млађи од двадесет четири године, као и сви остали наследници чији је наследни ред позван на наслеђе, ако су неспособни за рад, и ако немају довољно средстава за живот. По лицима која имају право на нужни део ова се установа двоструко разликује

од класичне установе нужног дела. Нема ниједног наследника који као такав увек има право на нужни део. И сама рођена деца имају право на нужни део само до двадесет четврте године, кад треба у крајњем случају да престане њихова потреба за родитељским издржавањем. С друге стране на нужни део има право сваки наследник по закону, кад је по законском реду наслеђивања позван на наслеђе, ако је неспособан за рад и нема довољно средстава за живот. Круг нужних наследника, дакле, у извесном погледу је ужи него што је био, а у другом погледу је знатно шири. То померање изазвала је измењена функција нужног дела. Нужни део не служи више очувању имовине у породици: по замисли спроведеној у *Тезама* нужни део треба да осигура издржавање млађих потомака и неспособних лица, да обезбеди помоћу једндог дела имовине оставиоца извршење његове обавезе издржавања тих лица.

Висина нужног дела није увек иста. Нужни део потомака млађих од двадесет четири године износи четири петине, а нужни део осталих нужних наследника износи три четвртине од оног дела који би сваком од њих припао по закону. Остатак заоставштине чини расположиви део, и само њим завештаоац може располагати по својој вољи.

Нужни наследници имају право на нужни део, али их завештаоац у неким случајевима може тестаментом искључити из наслеђа. *Тезе* наводе и узроке из којих завештаоац може то учинити. Сви они почивају на мисли да је право на нужни део заштићено законом у корист лица која заслужују старање, а да се оно не мора признати онима који то не заслужују.

Поред овог нужног дела, који је индивидуалан и рачуна се за сваког наследника засебно, *Тезе* предвиђају једну установу која је блиска установи нужног дела, и која, како је већ речено, претставља неку врсту колективног нужног дела. *Тезе* полазе од тога да кад нема нужних наследника, али има других лица која би могла бити наследници по закону, завештаоац може располагати једном четвртином своје заоставштине како хоће, и у корист ма ког лица. Остале три четвртине имовине он не мора оставити наследницима најближег наследног реда; он може и са њима располагати, али не сасвим слободно, него само у корист једног или неколицине лица која би му могла бити наследници по закону, као и у корист државе, њених установа и предузећа, у корист друштвених организација, или на опште корисне сврхе. Ова установа попуњава установу индивидуалног нужног дела. Завештаоац који нема нужних наследника обавезан је да знатан део своје имовине остави некоме из круга лица која могу бити законски наследници. Нормално је да су та лица много ближа завештаоцу од осталих лица, и зато их

закон и позива да наслеђе. Међу њима завештaлац треба да нађе једно или више њих којима ће оставити три четвртине своје имовине. Њему је дозвољено да, у погледу законских наследника који нису истовремено и нужни наследници коригује ред наслеђивања предвиђен у закону, као и да измени наследнику квоту, али му није дозвољено да за те три четвртине изабере наследника ван круга лица која је закон одредио. На тај начин су у установи нужног колективног дела комбиновани законско наслеђивање и наслеђивање на основу тестамента: три четвртине заоставштине могу наследити само наследници по закону, или неко од њих: завештaлац може да прилагоди законско наслеђивање својим посебним приликама. Ако нико од могућих законских наследника по његовом мишљењу не заслужује да наследи, или ако он иначе не жели да им нешто остави, он може своју имовину оставити држави, друштвеним организацијама, или на опште корисне сврхе.

VI. Важност коју *Тезе* придају законском наслеђивању огледа се у посвећивању нарочите пажње начинима за израчунавање нужног и расположивог дела и мера за заштиту нужног дела у правом смислу те речи и онога што смо назвали колективним нужним делом. Те мере су управљене пре свега против располагања тестаментом. Сва располагања тестаментом, без обзира да ли се ради о постављању наследника, или о легату, или о чему другом, не смеју прећи расположиви део. Ако њихова укупна вредност премаша вредност расположивог дела, она се сва смањују сразмерно. Те мере су управљене и против поклона и осталих располагања без накнаде, које је оставилац учинио за последње три године живота и помоћу којих је могао знатно умањити своју имовину, или је сасвим отуђити, и тако, намерно или ненамерно онемогућити примену законских прописа о нужном делу. Сви ти поклони и друга располагања без накнаде сматрају се као да нису ни учињени и улазе у масу која служи за основу за рачунање нужног дела. Ако је вредност таквих поклона већа од износа расположивог дела, те је њима окрњен нужни део, поклони се опозивају или смањују уколико је то потребно да се допуни нужни део. Сврха свих ових прописа је да се законским наследницима који имају право на нужни део обезбеди да тај део и добију. Они су средство за остварење мисли којом је инспирисана установа нужног дела.

VII. Сасвим различитим мислима инспирисани су прописи *Теза* који се односе на наслеђивање по закону, и који говоре о урачунавању поклона и легата у наследни део. Раније је поменуто да је једнакост наследника једна од основних мисли *Теза*. Оне полазе од претпоставке да оставилац жели да његови наследници добију једнаке делове заоставштине. Ако хоће, он

може једнима оставити више него другима, али треба то да каже. Отуда *Тезе* садрже правила којима се осигурава једнакост делова законских наследника, али се истовремено даје могућност завештаоцу да у границама расположивог дела одреди наследницима неједнаке делове.

Неједнакост међу наследницима у овом погледу може настати услед тога што је један од њих добио од оставиоца кад је овај био жив, неки поклон или какву другу корист без накнаде, чија вредност премаша вредност уобичајених поклона, као и ако је неком наследнику у тестаменту остављен неки легат. Што се поклона тиче, правило је да се сви поклони учињени наследнику ма на који начин за последње три године оставиочевог живота рачунају у његов наследни део. Ту се полази од претпоставке да када је оставилац учинио поклон, није хтео да наруши једнакост међу наследницима, већ само да омогући наследнику коме је поклон учинио да поклоњену ствар искористи и њом се служи и да је после смрти оставиочеве задржи у свом делу. Али оставилац може, ако хоће, наредити да се поклон неће урачунати наследнику у његов део. За легате важи обратно правило: они се рачунају у наследни део само ако је завешталац то изричито наредио. Може се разумно претпоставити да је била завештаочева жеља да наследник добије предмет легата поврх свог наследног дела.

При урачунавању напред примљеног не узима се у рачун оно што је потрошено на издржавање једног наследника. Друкчије стоји са оним што је потрошено на учење, школовање и васпитање неког потомка, као и на девојачку спрему. Ни ти се трошкови по правилу не узимају у рачун али у жељи да одрже једнакост међу наследницима, *Тезе* предвиђају да ће се и ти трошкови урачунати у део наследнику за кога су учињени, ако учење и школовање и уопште оспособљење за самостални живот све остале деце оставиочеве није довршено, или ако то оставилац нареди.

VIII. Наслеђивању на основу тестамента и тестаменту уопште *Тезе* посвећују свој трећи део. Ти прописи не захтевају нарочито објашњење. Тестамент претставља последњу вољу умрлог лица, а која је област те воље, одређено је прописима о нужном и расположивом делу, чију смо садржину већ видели.

Нешто објашњења захтевају прописи који се односе на форму тестамента. У њима се ишло затим да се омогући изражавање последње воље на прост и лак, али ипак сигуран начин. Због тога су све формалности око прављења тестамента упрошћене и задржане су само оне које су потребне као гарантија истинитости последње воље завештаочеве. Као пример те тежње може се навести теза прописа, која за пуноважност својеручног

тестамента тражи да га је завештaлац написао и потписао. Није нужно да је на тестаменту назначен датум кад је састављен, како се то обично захтева, и због чега су многа завештања остала без важности. Јер, и кад је назначен датум у таквом тестаменту, није извесно да је тестамент састављен означеног дана. Затим, погрешка у датуму може одузети пуноважност тестаменту, ако је на пример погрешно стављена година када је завештaлац био малолетан, или из ког другог разлога пословно неспособан, или је погрешком стављен датум који пада пре датума ранијег тестамента који завештaлац хоће прећутно да опозове. Текст не захтева ни да је завештaлац написао цео тестамент својом руком: својеручни тестамент пуноважан је и кад је неке његове делове написало које друго лице, — само ти делови неће вредети, него ће вредети једино они делови које је написао завештaлац. — Поред неких олакшица за прављење тестамента за мобилисана лица, *Тезе* предвиђају могућност прављења усменог тестамента у „изузетним приликама" остављајући пракси да процени да ли су и у одређеном случају прилике биле изузетне.

Завештaлац не мора одредити наследника у тестаменту. Он се може, ако хоће, ограничити на легате. Како је разлика између наследника и легатара велика, јер по правилу само наследник одговара за дугове оставиочеве, постављени су критеријуми по којима ће се моћи утврдити да ли се у одређеном случају ради о наследнику или и легатару. Ти критеријуми су јасни, али не и крути, и све се на крају своди на намеру завештaочеву, према којој уосталом, треба увек тумачити тестамент.

Тезе предвиђају право завештaоца да нареди обичну супституцију, али из разумљивих разлога забрањују фидеикомисарну супституцију. — За правника је интересантна могућност, која је унета у Тезе, да завештaлац нареди тестаментом да се нека ствар или део заоставштине употреби за постизање неке дозвољене сврхе. Пуноважност такве одредбе, у тестаменту не зависи од постојања и одређености лица за које се намењују користи из такве одредбе. Овим прописом уклоњене су сметње правне природе због којих су многе корисне одредбе тестамента остале без дејства. — Остале поставке, које се односе на легате, на извршиоце тестамента и на опозивање тестамента, садрже углавном практична правила. У њима су расправљена нека спорна питања и дате основе за решење многих практично важних сукоба. Оне су довољно јасне из њих се види лако шта је сваку од њих инспирисало.

IX. Део Теза који се односи на правила о преласку наследства на наследнике садржи многе новине. Оне новине које се односе на појединости, ако их има више, могу се лако уочити и оценити и у погледу мотива, и у погледу вредности. Овде ће

бити указано само на неколико важнијих, које се односе на крупнија питања.

Обично се у законодавству оставља наследнику да се у извесном року, обично од неколико месеци од отварања наслеђа, одлучи за једно од ова три решења: или да се прими наслеђа без ограничења или да се одрекне наслеђа, или да се наслеђа прими са пописом. Као што је познато, за сваку од те три одлуке везане су различите последице. У *Тезама* се пошло другим путем. Заоставштина прелази на наследника по сили самог закона у тренутку смрти оставиоца. Лице позвано на наслеђе постаје наследником без икакве своје изјаве или радње, те није потребно никакво прихватање наследства. Наследником постаје у тренутку смрти оставиоца сваки који је позван на наслеђе, без обзира да ли је позван на наслеђе законом или тестаментом. Он то постаје чак иако не зна да је позван на наслеђе. Али онај који је тако по сили самог закона постао наследником, не мора то и остати. Он има право да се одрекне наслеђа, и ако то не учини за три месеца од дана отварања наслеђа, он остаје наследник. Разуме се, он се може изјаснити да остаје наследник и пре истека тога рока. Он то може учинити посредно, и *Тезе* садрже врло гипке директиве за решење питања да ли извесан поступак наследника треба схватити као израз његове намере да остане наследник.

Ово решење несумњиво много упрошћава ствари. Оно има за себе и то што само потврђује оно што редовно бива. Само мали процент наследника одриче се од наслеђа. Ово решење допуњено је другом једном новином која се односи на одговорност наследника за дугове оставиоца. Обим те одговорности зависио је раније од тога како се наследник примио наслеђа без пописа или са пописом. Пошто по *Тезама* нема разних могућности за прихватање наслеђа, у складу са правилом да наследство прелази на наследника по самом закону постављено је, као опште, правило да наследник одговара за дугове оставиочеве само у висини наслеђене имовине. Наследник не може одговарати за већи износ него што је вредност наслеђене имовине. Али он одговара за дугове оставиоца до износа те вредности не само наслеђеном имовином, већ и својом сопственом, пошто су се наслеђивањем те две имовине спојиле. Од тога постоји изузетак у случају када поверици оставиочеви траже да се имовина оставиоца одвоји од имовине наследника: они у том случају могу наплатити своја потраживања само из средстава заоставштине. Ове две крупније новине упрошћавају много питања у вези са преласком наследства на наследнике. Интересантно је мишљење које ће имати о томе правници и пракса. Није мање важно испитати како ће бити примљено и правило да када

има више наследника, сваки одговара за дугове оставиочеве сразмерно свом наследном делу. У сукобу интереса оставиочевих поверилаца и његових наследника, ово правило жртује интересе поверилаца. Међутим, међу повериоцима може се наћи врло интересантних, на пример они који имају право на издржавање, због чега у совјетском праву одговарају солидарно некима од тих поверилаца, иако иначе одговорају као и *Тезама*, сразмерно свом наследном делу. И стари француски Code civil наређује, сагласно општој правној традицији, да наследници одговарају за дугове оставиочеве сразмерно свом наследном делу. Али постоје озбиљни разлози и за солидарну одговорност наследника, и у том су се правцу упутила законодавства неких земаља.

Нарочиту пажњу заслужује правило да до деобе наследници управљају заоставштином и располажу њом заједнички. То значи да наследници нису обични сувласници, и да сваки од њих нема права располагати самостално својим идеалним делом. Заједница која постоји међу њима даје много више гарантије наследницима у њиховим међусобним односима, као и повериоцима оставиочевим, него обично сувласништво. Последица тог схватања је и правило садрджано у *Тезама* по коме наследник може пре деобе пренети свој део само на неког сунаследника. Он може направити уговор о преносу тог дела и са неким лицем које му није сунаследник, али не може извршити пренос свог идеалног дела пре деобе.

Ова заједница коју нацрт предвиђа међу наследницима ствара за наследнике ситуацију која се потпуно разликује од онога што бива по општем праву. По општем праву односи су упрошћенији: то су односи који настају из обичног сувласништва. *Тезе* су се одлучиле за сложенију ситуацију из разлога ефикасније заштите како интереса наследника, тако и интереса оставиочевих поверилаца. Уосталом, ако желе да та ситуација престане, наследници могу извршити деобу. Дотле, заоставштином може управљати старалац кога ће поставити суд на захтев ма ког наследника.

Деобу наследства може тражити сваки наследник. Он то може тражити увек, само наравно не у невреме. *Тезе* су се и ограничиле да суду пруже само једну широку директиву. Деобу могу извршити и сами наследници, ако се сложе. Ако се не сложе, деобу ће извршити изабрани суд, који је ближи наследницима од сваког другог суда, те ће моћи да састави делове појединих наследника тако да сваки наследник добије оно што најбоље одговара његовом занимању и потребама.

Деоби *Тезе* дају транслативно а не декларативно дејство. Оне се у том погледу разликују од неких законика. Отуд и обавеза заштите од евикције и обавеза гарантије скривених недо-

статака. А да би се осигурала једнакост при деоби, дозвољава се између осталог наследнику који је под притиском нужде пристао на деобу да тражи поништај деобе. Истом мишљу је инспирисан и чл. 33 Грађанског законика РСФСР и чл. 21 Швајцарског законика о облигацијама, који важе за све уговоре. У сагласности са општом тежњом, *Тезе* дају исто право и наследнику чију су лакомисленост или неискуство други искористили и који је због тога добио мањи део од онога на који има право. Ове идеје имају своје право место у општем облигационом праву; овде су оне само зато да би се подвукло начело једнакости при деоби. Ништавост деобе из тих узрока може се тражити у року од године дана.

X. Једна од одлика *Теза* је велико скраћење рокова застарелости. Постоји тежња да се уопште рокови застарелости скрате; она је добила у совјетском праву израз на тај начин што је рок опште застарелости сведен на три године (чл. 44 Грађанског законика РСФСР). По *Тезама* право повериоца да захтева исплату дуга од наследника застарева за три године: право легатора да захтева исплату легата застарева такође за три године, а право наследника да захтева заоставштину као наследник (petitio hereditatis) застарева за шест година. Поништење тестамента због малолетства завештаочева, због недостатка разбора, или због недостатка у вољи завештаоца, или због недостатка облика може се тражити у року од три године, а поништење деобе због недостатка у вољи такође у року од три године. Овим скраћењем рокова застарелости натераће се заинтересована лица да своје односе што пре уреде и своја права остваре, а од тога и они и заједница могу имати само користи.

XI. Најзад, неколико напомена у погледу спољних особина Теза. Може се опазити пре свега да су оне релативно кратке. У нешто више од сто теза садржана је цела материја наследног права, којој обично закони посвећују више стотина чланова. Због тога су нека питања добила посредно решење, до кога се долази везивањем више прописа општије природе или начела на којима се закон заснива.

Са друге стране, није се ни устезало да се буде и општирнији него иначе, ако је то потребно ради јасноће, а и да би се предухитрило подизање спорних питања. Тако, нпр. теза о одређивању нужног и расположивог дела је прилично опширна. Од пет правила која ова теза садржи, неопходно је само прво, остала четири добар тумач би са мањим или већим напором и сам поставио помоћу појма имовине и сврхе установе нужног дела. Њиховим формулисањем штеди се тај напор и избегава могуће колебање и лутање праксе. Из истог разлога јасноће

Тезе се по неки пут пуштају у објашњења која можда више приличе коментару.

Да се постигне краткоћа, доста је допринела и употреба у знатној мери стандарда, кратких и гипких директива, место многобројних крутих и оштрих прописа за разне случајеве. У *Тезама* ће се наћи релативно мало прописа који почињу са казуистичким „Ако", које је тако карактеристично за аустријско законодавство и оно које је из Аустрије било пресађено у Југославију. Место казуистике *Тезе* прибегавају директивама катгод је то могуће. Техника казуса оснива се на веровању да закон може све да предвиди и реши. Она искључује стваралачку делатност судске праксе. У *Тезама* су многа правила постављена намерно у најопштијим изразима врло гипко и тако је остављено судији да процени према свим околностима да ли су остварени услови за примену правила. Судији је остављено да исти пропис прилагоди промењеним приликама.

Али ако *Тезе* нису рађене казуистички, то не значи да се оне уздржавају од решења одређених случајева који се својим саставним елементима или чим другим сасвим разликују од осталих случајева и не могу доћи под опште правило. Онде где је сама материја захтевала прецизно правило, постављено је правило са свим потребним ограничењима. Поред материја где треба поставити само гипку директиву, има их много где треба поставити чврсто правило, а има их где се мора разликовати. Али је тај начин поступања сасвим различит од технике казуистичког законодавства, које је посматрало правни поредак статички, које је зато претендовало да предвиди све случајеве који се могу десити у пракси и да за све њих постави засебна правила.

Није тешко запазити да се *Тезе* труде да сагласно нашем народном законодавству буду приступачне и неправницима. Највећи део њених одредаба формулисан је намерно речима обичног језика. Стручна правна терминологија избегнута је кадгод је то било могуће учинити без штете по јасност и прецизност текста, чак и по цену опширности. За пример таквог поступања може се навести овај пропис: „Део раније умрлог детета наслеђују његова деца, унуци оставиоца, који међу собом деле на једнаке делове. Ако је неки од унука умро пре оставиоца, онда ће део који би му припао да је био жив у тренутку смрти оставиочеве наследити његова деца, праунуци оставиочеви, и тако се поступа ако треба и даље, докле има потомака оставиочевих". Овај пропис односи се на право претстављања у првом наследном реду, а не помиње уопште ни претстављање ни право. Уместо оперисања апстракцијом, правило је формулисано изношењем у потпуности једног конкретног случаја. Да је место овог прописа стављена кратка формула да „потомци наслеђују по

праву претстављања", она би за правника била сасвим јасна, али би била неразумљива за огроман број оних којих се тиче.

Али могућност избегавања стручног правничког начина изражавања има своје границе, иза којих настаје опасност да пропис буде нејасан и непрецизан и да изазове разна тумачења и спорове. Технички изрази којима се служе правници омогућују не само концизност, него још дају текстовима, кад су употребљени у служби јасне мисли, и потребну јасност и прецизност. Речима текућег говора то се не може постићи увек. Због тога су у *Тезама* употребљени, кад је то било нужно или само корисно по прецизност, извесни стручни термини. — Друго је питање како се уопште могу измерити те супротности. Извесно је да остаје још много да се уради пре него што се постигне да прописи закона буду свакоме разумљиви, а истовремено да буду прецизни и да не повлаче за собом дискусије о томе шта они управо значе.

А то је у многоме и нарочито важно за ове *Тезе* које су само једна претходна основа за дискусију која треба да дође пре састављања коначних и савршенијих нацрта у иначе сложеној области наследног права.

(Архив за правне и друштвене науке, 1947., књ. III)

A SUMMARY

GENERAL REMARKS IN SUPPLEMENT OF THE DRAFT OF THE INHERITANCE LAW

Inheritance Law is established for the purpose of ensuring the prolongation of the performance of the obligations of the testator, which he had incurred during his lifetime (particularly the oblagation of financial support of his family). Then, by way of inheritance the personal property of the deceased is turned over to the people close to him (this stimulates work) and finally, as personal property is not only the result of the work of the individual, but the result of the collaboration of the whole society, it is necessary to protect the interests of that society in the appropriate way. In the realisation of these aims, inheritance law established two kinds of basis for inheritance: the law and the testament (will), while the contract of inheritance is exempt, which are distinguished in the light of the idea that the inheritance chould come into the bands of those who the testator had guardianship over or should have had.

The legal line of inheritance is formed on the basis of blood relation being the main principle, but a limited role is also played by the ties constituted by adoption, marriage, and in certain cicumstances financial support. The concept of equality of the heirs is consistently applied, discrimination

of sex is not accepted, while common law relatives in the first line of inheritance are equal in rights with the legal ones.

The right to the necessary portion of the inheritance is equal to all legal heirs if they have no financial means of their own and are not able to work, while the testator's descendents, younger than 24 years of age are in a privileged position. The exhereditation of necessary heirs is possible only if they are not worthy of guardianship, in which case they are not worthy of the necesary portion either, whereby the main idea of the law is fulfilled. Besides this so-called „classical necessary portion", there is also the provision for some sort of collective necessary portion.

One of the consequences of the concept of equality of the heirs is the institution of calculation of gifts into the legal necessary portion, on condition that the testator has not ordered otherwise. In the case of legacy, however, there is an adverse rule. The form of the testament is simplified to the extent which must guarantee the truthfulness of the last will or mind of the testator. The inheritance passes to the heirs at the moment of delation „ex lege" so that a statement from the heirs is necessary only for the purpose of renouncement from the inheritance. The heirs are responsible for the debts incurred by the testator only within the value of inherited property, but not in solidarity. Great shortening of the period of expiration has been provided.

RÉSUMÉ

REMARQUES GENERALES SUR LES THESES DE L'AVANT-PROJET DE LA LOI SUR LES SUCCESSIONS

— Conclusion —

Le droit successoral a pour but d'assurer la continuation de l'exercice des obligations du de cujus, que celui-ci avait de son vivant (en particulier le devoir d'entretenir la famille). Par la succession, ensuite, la propriété personnelle passe dans les mains des personnes proches du de cujus (avec quoi est stimulé le travail), et à la fin, comme la propriété personnelle n'est pas seulement le résultat du travail de l'individu, mais de la collaboration de toute la société, il est nécessaire que de la manière correspondante soient protégés les intérêts de cette société. Dans la réalisation de ces buts le droit successoral prévoit deux fondements pour la réclamation de la succession: la loi et le testament (en éliminat le contrat relatif à la succession) qui sont délimités à la lumière de l'idée que la succession doit appartenir aux personnes au sort desquelles s'occupait le de cojus ou dont il devait s'occuper.

L'ordre légal de la succession se forme sur le fait de la parenté par le lién de sang en tant que fondamental, et un rôlide déterminé jouent aussi les faits de l'adoption, du lien conjugal et, dans les conditions déterminées, le fait de l'entretien. L'idée de l'égalité des héritiers est appliquée avec esprit de conséquence, on n'admet pas la discrimination sur la base du sexe, et les parents naturels en première ligne sont égalisée avec les parents légitimes.

Le droit à la part nécessaire ont tous les héritiers légaux a condition qu'ils ne disposent pas des moyens d' existance et qu'ils sont incapables pour le travail, tandis que les descendants du de cujus qui ont moins de 24 ans se trouvent dans unes situation privilégiée. L'exhérédation des

successeurs nécessaires est possible seulement d'après le principe que ceux qui ne méritent pas de prendre soin de leur entretien ne méritent pas la part nécessaire, de sorte que l'idée fondamentale de la loi est ici aussi représentée. Outre cette part nécessaire classique est prévue de même une certaine sorte de part nécessaire collective.

Comme l'une des conséquences de l'idée de l'égalité des héritiers apparaît aussi l'institution de la prise en considération des dont dans la part successorale légale, à condition que le testateur n'a formulé une décision différente. Pour les légats, cependant, ls règle contraire est valable. La forme du testament est simplifiée jusqu'à la limite qui doit garantir la véracité de la dernière volonté. La succession passe aux successeurs au moment de la délation ex lege, de sorte que la déclaration des successeurs est indispensable seulement dans le but du renoncement à la succession. Les héritiers sont tenus responsables seulement jusqu'a montant de la valeur des biens hérités, mais ils ne sont pas responsables solidairement. D'importants raccourcissemets des délais de prescription ont été prévus.

UDK— 347.627

РАЗВОД БРАКА ЗБОГ ТЕШКЕ ПОРЕМЕЋЕНОСТИ БРАЧНИХ ОДНОСА

(чл. 56 Основног закона о браку)

У члану 56 Основног закона о браку дозвољава се сваком брачном другу да тражи развод брака „ако су ... из ма ког ... узрока брачни односи толико поремећени да је заједнички живот постао неподношљив".

Овај узрок за развод брака заузима нарочито место у скупу узрока због којих се брак може развести, и већ на први поглед разликује се од њих. Док је за развод брака због осталих узрока потребно, али је и довољно, да се утврди постојање неке чињенице, која је у закону прецизно одређена, као што на пр. прељуба, или рађење о глави супругу, или злостављање, овде се развод дозвољава ако су брачни односи тешко поремећени, без обзира које су чињенице изазвале ту поремећеност. Због тога је улога суда кад се тражи развод брака из овог узрока много тежа него иначе. Он се не може ограничити на утврђивање да ли постоји одређена чињеница, и изрећи развод брака кад год она постоји, него се мора упустити у испитивање сложеног сплета брачних односа и целокупне ситуације супруга. И тек кад утврди да су ти односи толико поремећени, да се од супруга не може захтевати да продуже заједнички живот, он ће изрећи развод брака.

Већ сама ова посебност узрока за развод брака наведеног у чл. 56 објашњава зашто је приликом његовог тумачења и примене дошло до размимоилажења. Томе су допринеле и друге околности које ћемо ниже видети. Отуда потреба да се проуче разлози који су довели до увођења овог узрока у листу узрока за развод брака, његова садржина и услови под којима се на основу њега може тражити развод брака, као и питање ко може тражити развод брака због овог узрока.

1

Извесне чињенице довољно су тешке да се може разумно претпоставити да ће после њих продужење заједничког живота брачних другова бити немогуће. Због тога их закон проглашава за узроке за развод брака. То је случај са прељубом, рађењем о глави супругу, злостављањем и тешким увредама, умном болешћу, напуштањем супруга, несталношћу и осудом за нека кривична дела. Споредно је какве су последице у погледу брачних односа стварно произашле из неке од ових чињеница. За развод брака довољно је да се докаже постојање неке од њих. Саме те чињенице су узроци за развод. Кад супруг коме закон даје право да тражи развод брака због неке од тих чињеница докаже њено постојање, развод ће бити изречен. Суд се не може упуштати у испитивање да ли су у случају о коме се ради брачни односи поремећени услед тога, и да ли је заједнички живот постао немогућ. Развод је нужна последица неке од ових чињеница, ако то тражи овлашћени супруг.

Као што је познато ове чињенице су у закону лимитативно набројане и прецизно описане. Због тога се оне обично називају „одређеним узроцима" за развод брака.

Може се рећи да се број одређених узрока за развод брака у току времена стално повећавао. Стална је тежња у законодавствима која дозвољавају развод брака да обухвате и огласе за узроке за развод све чињенице које могу да осујете постизање сврхе брака. Има законодавстава у којима тај број иде на десетине. Али маколико била дуга листа одређених узрока за развод брака, она не може обухватити све случајеве у којима би требало дозволити развод брака. Разлог за то је двојак.

Прво, има случајева у којима никаква одређена чињеница није изазвала поремећеност брачних односа. Раздор међу супрузима настао је постепено, скоро неприметно, и заједнички живот постао им неподношљив. Поремећеност брачних односа може наступити без икаквог догађаја за који би био одговоран један брачни друг. Она може бити последица супротности природа, различитости тежњи и свакојаких других узрока у којима нема кривице ни једног ни другог супруга. Неслагање у начину понашања према деци, у начину њиховог подизања и васпитања може довести до потпуне разривености односа између мужа и жене и немогућности даљег заједничког живота. При томе сваки од њих може бити инспирисан искључиво најбољим намерама према деци и остати у дубоком уверењу да је у интересу деце оно што он тражи. У извесном смислу ови случајеви су тежи од оних у којима закон дозвољава развод брака из одређеног узрока. Прељуба, тешке увреде, умна болест, несталност,

напуштање брачног домицила могу уздрмати брак, али брак може превродити кризу у коју је због њих дошао. Увређени супруг може опростити, супруг умоболног може се још више везати за њега, а напуштени супруг може се одлучити да чека повратак, и брак може бити спасен. Али нема спаса браку ако између супруга постепено настане нетрпељивост или трајно непријатељство, или неподношљивост услед различитости њихових природа.

На другом месту, има случајева у којима се може тачно утврдити чињеница из које се зачела и постепено развила поремећеност брачних односа. Али је та чињеница релативно незнатна и губи се према последицама коју је изазвала. На пример, навика једног брачног друга да се опија. Оно што одликује те чињенице је то да оне саме по себи нису толико тешке да увек изазивају поремећеност брачних односа, али је оне могу изазвати. Њихово дејство на одређени брачни однос може бити веће или мање. У неким случајевима оне остају без утицаја или без јачег утицаја на стабилност брачних односа. У неким случајевима оне изазивају само привремене потресе. Некад дође до потпуне разривености брачних односа. Све зависи од околности појединог случаја. Због тога оне нису проглашене за „одређене узроке", за узроке развода у свима случајевима. Истина, закон би могао и овакве чињенице да уврсти у „одређене узроке" за развод брака, постављајући за сваку од њих ближе услове, којима би било прецизирано кад се због њих може тражити развод брака. Заједнички услов за све сличне чињенице био би да су оне изазвале тешку поремећеност брачних односа. Али маколико био дуги списак таквих чињеница он би нужно био непотпун, што би био један његов недостатак. Други недостатак таквог поступања био би у томе, што узрок развода у сличним случајевима није у истини сама одређена чињеница као таква, већ њена могућа одређена последица, а то је тешка поремећеност брачних односа.

Водећи рачуна о овим разлозима наш закон дозвољава развод брака, ако су... из ма ког... узрока брачни односи толико поремећени да је заједнички живот постао неподношљив" (чл. 56, ст. 1). Као што се из овог текста види, узрок за развод брака није одређена чињеница, већ одређена последица, изазвана неком чињеницом која у закону није одређена. Уместо да узме једну по једну разне чињенице које могу проузроковати тешку поремећеност брачних односа и да их прецизно опише и прогласи за узроке за развод брака, закон је поступио обратно: он не обраћа пажњу на саме чињенице, већ на њихове последице. Ако су оне изазвале тешку поремећеност брачних односа, закон дозвољава развод брака, без обзира које су то чи-

њенице. То значи да узрок за развод брака овде нису неке одређене чињенице, него поремећеност брачних односа која је из њих произишла. Разне чињенице које су изазвале поремећеност брачних односа су, дакле, само посредан узрок за развод брака и имају само другостепени значај. Због тога се овај узрок за развод обично назив „неодређени узрок".

2

Назив „одређени узрок" и „неодређени узрок" нису најсрећније изабрани. Они могу, навести на помисао да у случају „неодређеног узрока" услови за развод нису ближе одређени. То међутим, не би било основано. Овај узрок је „неодређен" само утолико што у закону нису наведене одређене чињенице које могу изазвати тежак поремећај брачних односа. Закон овде дозвољава развод без обзира на чињенице које су ту поремећеност изазвале. Али ако, из изнетих разлога, у закону нису одређене те чињенице, сасвим су одређени услови под којима се може тражити развод брака из овог узрока. Према речима закона тих услова има два:

Прво, потребно је да су брачни односи поремећени. Брачни односи су поремећени нарочито када један супруг не врши своје дужности или оспорава другоме супругу права, супротно одредбама главе прве закона о браку. На пример, када један супруг не помаже свог брачног друга (чл. 5), или се не стара о издржавању и васпитању деце (чл. 6), или не доприноси према својим могућностима издржавању породице (чл. 8, ст. 2), или смета свог брачног друга у избору рада и занимања (чл. 8, ст. 3), или не води рачуна о жељама свог супруга у погледу вођења заједничког домаћинства (чл. 8, ст. 1) или избора места становања (чл. 8, ст. 4). Али брачни односи могу бити поремећени и ван тих повреда дужности и права. Може се рећи да су они поремећени ако међу супрузима не постоје они односи које захтева природа брака. На пример, ако један сумњичи и оптужује другога без разлога, или су међу њима чести непотребна објашњења и размирице, или се један супруг без разлога удаљава из места заједничког становања. Да ли у одређеном случају постоји поремећеност брачних односа оцењује суд према свим околностима тог случаја и према општим правилима закона о правима и дужностима супруга.

На другом месту, за постојање овог узрока није довољно да постоји поремећеност брачних односа. Потребно је поред тога да је она толика „да је заједнички живот постао неподношљив'". Није, дакле, довољна тренутна поремећеност и за коју се разумно може очекивати да ће проћи. Није довољна ни трај-

на поремећеност брачних односа ако је она лекше природе, те се може очекивати да ће супрузи моћи продужити заједнички живот. Потребно је да је поремећеност толика да се од супруга не може тражити да продуже заједнички живот, пошто би им он био неподношљив. Суд, пошто испита све чињенице, оцењује да ли је испуњен овај услов. При томе он води рачуна о трајним интересима породице, а нарочито о интересима деце.

То су услови за развод брака због тако званог „неодређеног узрока", према чл. 56 закона о браку. Њима је потпуно одређена садржина овог узрока. Других услова за постојање овог узрока за развод брака нема. Споредно је зашто је дошло до неподношљивости заједничког живота, да ли је зато крив један супруг, или су крива обадва, или није крив ниједан од њих.

Изнето је, међутим, мишљење да наш закон захтева за развод брака на основу чл. 56 да тужилац докаже да је тужена страна крива што су њихови брачни односи толико поремећени да им је заједнички живот постао неподношљив. То мишљење није у складу ни са разлозима који стоје иза овог прописа, а које смо већ видели, ни са самим текстом закона.

У тексту закона нема ниједне речи, нити које посредне индиције, одакле би се могло закључити да тужилац треба да докаже кривицу тужене стране за поремећеност њихових брачних односа. Напротив, текст закона указује несумњиво на то да овај узрок развода може настати без ичије кривице. То се јасно види из прве половине овог текста. У почетку овог прописа речено је да неподношљивост заједничког живота може настати услед несагласности нарави, што значи услед различитости природа брачних другова. Заједнички живот је супрузима неподношљив зато, што су такви какви су. А никоме се, бар у овој области, не може уписати у кривицу његова природа, што је такав какав је. Узрок за развод постојао је латентно у супрузима још пре закључивања брака. Они су га донели собом када су ступили у брак. — Поред несагласности нарави закон наводи као могуће проузроковаче тешке поремећености брачних односа трајни неспоразум и неуклоњиво непријатељство. И они се могу појавити без икакве кривице брачних другова или једног од њих. Трајни неспоразум може произаћи из различитости васпитања, схватања, тежњи, идеала. Добра воља и такт могу одложити или донекле ублажити кризу, али је не могу спречити у свима случајевима. Она може наступити не само без икакве кривице брачних другова, него и поред њихове најбоље воље да је избегну. Неуклоњиво непријатељство између супруга може настати њиховом кривицом, али може настати и без њихове кривице. Може се догодити да један супруг живи или се понаша на начин коме се не може ништа замерити, али да тај начин

живота или понашања постепено створи између супруга размимоилажење, а затим дубоко непријатељство.

Сви ови случајеви, које закон наводи као пример узрока који могу довести до поремећености брачних односа и неподношљивости заједничког живота, показују да се то може догодити без кривице брачних другова. То показује и широка формула којом се закон служи после навођења ових примера, а која обухвата све остале узроке поремећености брачних односа и неподношљивости брачног живота: „Ако су услед несагласности нарави, трајног неспоразума, неуклоњивог непријатељства *или из ма ког другог узрока* брачни односи толико поремећени..." Начин на који закон помиње остале могуће узроке поремећености брачних односа и неподношљивости заједничког живота захтева да се не прави никаква разлика између случајева у којима је неподношљивост заједничког живота настала кривицом супруга и случајевима у којима зато нема кривице до њих. Формула закона: „из ма ког другог узрока" обухвата све могуће узроке неподношљивости заједничког живота, без обзира на то да ли је који супруг крив за тај узрок или не. У ствари за формулисање „неодређеног узрока" за развод брака није било нужно указивати услед чега може доћи до поремећености брачних односа. Наш текст би био потпун и без своје прве половине. Он би могао да гласи: „Ако су брачни односи толико поремећени да је заједнички живот постао неподношљив, сваки брачни друг може тражити развод брака." Тако редигован он би садржао оба услова за постојање овог узрока: поремећеност брачних односа и одређивање степена те поремећености. Из њега се не би могло извести да је потребно још и, то да је за поремећеност брачних односа крив један од брачних другова. У свом данашњем облику он има исту садржину. Приликом његове редакције хтело се баш да се укаже нарочито на то да је узрок развода тешка поремећеност брачних односа, и да за ту поремећеност не мора бити крива тужена страна. Да би се то сигурније постигло наведено је, примера ради, неколико случајева у којима та поремећеност наступа услед околности за које очигледно нико није крив, а да би се иста мисао још више подвукла, речено је да се може тражити развод брака због тешке поремећености брачних односа кад је та поремећеност настала „из ма ког другог узрока". Дакле, кад тужилац докаже да постоји поремећеност брачних односа и да је она толика да му је продужење заједничког живота постало немогуће, онда је он испунио све услове за постојање овог узрока за развод брака. Није потребно да доказује ништа више. Нарочито није потребно да доказује да је за поремећеност брачних односа крива тужена страна. Закон не чини зависним постојање овог узрока од

кривице једног или оба супруга, те кривица супруга није саставни део узрока за развод брака.

3

Од услова постојања овог узрока за развод брака треба одвојити питање који се супруг може позвати на овај узрок и тражити развод брака, као што то чинимо и код свих осталих узрока за развод.

Развод брака, због тешке поремећености брачних односа може тражити сваки супруг, а могу га тражити и оба супруга заједно. То излази из слова и смисла става првог нашег текста. Поред тога, и прва реченица става другог односи се на случај када развод траже оба супруга заједно. Ми ћемо указати на значење тога прописа мало даље. Сада ћемо се задржати на случају када развод брака тражи један супруг.

По правилу развод брака због тешке поремећености брачних односа може тражити сваки супруг, без обзира како је дошло до те поремећености, да ли су за њу криви супрузи или је до ње дошло без ичије кривице. То је правило изричито формулисано у закону (чл. 56, ст. 1). Од овог правила закон прави само један изузетак и одриче право да тражи развод брака ономе супругу који носи сву одговорност за поремећај брачних односа.

Супруг који тражи развод брака треба да докаже, као што смо раније утврдили само ове две ствари: да су односи између њега и његовог брачног друга поремећени, и да је та поремећеност толика да се од њега не може захтевати да продужи заједнички живот. Он не мора доказивати да је за поремећеност брачних односа крив његов брачни друг, јер, као што смо видели кривица туженог није услов за постојање овог узрока за развод брака, пошто брачни односи могу бити поремећени без ичије кривице.

Изузетак од правила да развод брака због поремећености брачних односа може тражити сваки супруг предвиђен је у другој реченици става другог члана 56: „Ако је поремећај брачних односа настао искључиво кривицом једног супруга, право на тражење развода припада само другој страни".

Мисао која се налази формулисана у овом тексту је проста и разумљива: Брачни друг који је сам својим понашањем изазвао тешку поремећеност брачних односа, те сноси сву одговорност за то, не може се позивати на ту поремећеност брачних односа и тражити развод брака. Та поремећеност настала је само због тога што се он понашао онако како није требало, што значи да је настала његовом кривицом, пошто се кривица у гра-

ћанском смислу речи састоји управо у томе што се неко понаша онако како не треба, а не онако како се основано може очекивати. Нико се не може позивати на своје недозвољено понашање и из тога изводити неко право. Разумљиво је зашто не може тражити развод брака супруг који је извршио прељубу, или је радио о глави своме брачном другу или га је злостављао или вређао, или је злонамерно напустио свога брачног друга, или је осуђен за кривично дело против интереса народа и државе или за какво друго бешчастеће дело. Својом кривицом нико не може прибавити себи овлашћење које није имао пре тога. Из истог разлога закон одбија право да тражи развод брака оном супругу који је искључиво крив што је дошло до поремећености брачних односа и до неподношљивости заједничког живота. У том случају право да тражи развод брака припада само другом супругу. Пропис друге реченице става другог члана 56 нема други смисао.

Изузетак предвиђен овим прописом прецизно је и уско ограничен. Да би један супруг био лишен права да тражи развод брака због тешке поремећености брачних односа потребно је да је он крив за ту поремећеност, и да је искључиво он крив за то. То значи да ако је за поремећеност брачних односа крива и друга страна, онда он не губи право да тражи развод брака. За ово питање није важно у чему се састоји кривица другог брачног друга, да ли је она изазвана понашањем тужиочевим, или му је претходила, и да ли је она већа или мања од тужиочеве кривице. Ма у чему се она састојала и ма колика она била, њено постојање је довољно да се остане при општем правилу, да и један и други брачни друг може подићи тужбу за развод брака у случају тешке поремећености брачних односа. Ако су, дакле, за поремећености брачних односа крива оба брачна друга, а не искључиво један од њих, онда нема места примени изузетка садржаног у другој реченици става другог чл. 56; тада се враћамо општем правилу постављеном у ставу првом чл. 66 по коме у том случају „сваки брачни друг може тражити развод брака".

Уосталом, када су за створену ситуацију крива оба брачна друга тешко је, а некад и немогуће, утврдити колико је крив сваки од њих. Томе се противи сама природа брачних односа, њихова сложеност и испреплетеност. Због тога закон не водећи рачуна о њиховим узајамним огрешењима дозвољава свакоме од њих да тражи развод брака. Због тога, кад се у току поступка покаже да за поремећеност брачних односа има кривице до тужиоца, тужилац неће бити одбијен од тражења развода ако може да докаже да за то има кривице и до туженога.

У овом погледу наш закон је либералнији и савршенији од закона неких других земаља у којима је развод брака могућ због поремећености брачних односа. По Швајцарском грађанском законику: „Ако је за разједињеност претежно крив један супруг, тужбу за развод може подићи само други супруг" (чл. 142, ст. 2). Тиме се знатно сужава могућност развода брака због поремећености брачних односа, пошто се право да тражи развод брака одузима оном супругу који је одговоран у већој мери за поремећеност брачних односа. Истовремено се чине обавезним испитивања, мерења и поређења која ретко могу дата сигуран резултат. Наш закон својим једноставним решењем укида све те тешкоће. Он је и доследнији. Јер кад се дозвољава развод брака због поремећености брачних односа, без обзира да ли је неко крив за то или не, онда се право тражења може одрећи само ономе брачном другу на коме лежи сва одговорност за ту поремећеност. Ако су за ту поремећеност одговорна оба супруга онда право тражења развода треба признати свакоме од њих, без обзира колика је његова кривица у поређењу са кривицом његовог брачног друга. Јер узрок развода је сама поремећеност брачних односа, без обзира како је настала. Кад су у једном браку односи тешко поремећени, онда више нема разлога да тај брак постоји и даље. Иницијативу за његово престајање треба дати и једном и другом брачном другу, изузев случајева „ако је поремећај брачних односа настао искључиво кривицом једног супруга", када право на тражење развода треба да „припада само другој страни".

Ретко ће се догодити да за поремећеност брачних односа буде одговоран само један брачни друг. Ако за њу није одговоран ниједан брачни друг, као што је то, на пример, у случају несагласности нарави, биће најчешће одговорни мање или више и један и други. Она је обично последица читавог низа поступака једног и другог брачног друга. Скоро редовно се догађа да је недозвољено понашање једног брачног друга мање или више изазвао његов брачни друг, да је кривица једне стране последица недостатка или поступка друге стране. Зато, ако су брачни односи тешко поремећени развод брака по нашем закону може тражити и брачни друг који је претежно крив што је до тога дошло, само ако се докаже да је и његов брачни друг крив у извесној мери што је до те поремећености дошло, да га је он својим држањем навео унеколико на поступке који су довели до поремећености брачних односа.

Ова правила о активној легитимацији не сметају да суд по својој иницијативи истражује да ли је и у којој мери сваки брачни друг одговоран за поремећеност њихових брачних односа. Он је то дужан да уради и због тога да би утврдио, ако

има кривице за поремећеност брачних односа, чијом се кривицом брак разводи (чл. 78). Али то су друга питања. Оно што нас интересује овде, то је 1) да се развод брака због поремећености брачних односа може изрећи и када за ту поремећеност није крив ниједан од брачних другова, 2) да због тога тужилац не мора доказивати да је за поремећеност брачних односа крива тужена страна и 3) да се развод због поремећености брачних односа не може изрећи само ако се утврди да је за то одговоран искључиво тужилац.

4

Дајући право сваком супругу да тражи развод брака због тешке поремећености брачних односа, закон самим тим даје право супрузима да траже развод заједно: оно што може сваки супруг сам, могу тим пре оба супруга заједно. Они то могу кад нико од њих није крив што је дошло до поремећености брачних односа, као и кад су и један и други мање или више криви за то. Они то могу и кад је до тога дошло искључиво кривицом једног од њих. Али и када супрузи заједно траже развод брака потребно је да се докаже да постоји узрок за развод, онако исто када то тражи један супруг. То значи да се на заједнички захтев супруга брак може развести само ако се докаже да су њихови односи толико поремећени да им је заједнички живот постао неподношљив. Наше право не познаје развод брака на основу међусобног споразума брачних другова.

Ови закључци били би очигледни и разумљиви и кад не би постојала прва реченица става другог члана 56, која гласи: „Сматраће се нарочито да је заједнички живот супруга постао неподношљив ако оба брачна друга наводећи оправдане разлоге споразумно траже развод брака". Овај текст, у ствари ништа не додаје ономе што садржи први став нашег члана, и што смо већ изнели, али је начин на који је он састављен унео доста пометње у ову материју. Он је послужио за основ мишљењу да је по нашем закону могућ развод брака на основу међусобног споразума брачних другова.

И заиста текст се односи на случај када супрузи„ споразумно траже развод брака". Али из њега, узетог у целини, не може се извести закључак да је за развод брака довољно да су се супрузи сагласили да се разведу. Томе сметају речи: „наводећи оправдане разлоге". Кад њих не би било, онда би споразум супруга повлачио пресумпцију поремећености брачних односа и неподношљивости заједничког живота. Али те пресумпције овде нема, иако је почетак текста редигован како се обично редигују пресумпције („Сматраће се..."). Јер пресумпција се састоји

у ослобађању терета доказивања, или превљивању тог терета на другу страну. У нашем тексту тога нема, пошто се од супруга тражи да наведу „оправдане разлоге". То може значити само да они треба да докажу да им је заједнички живот заиста постао неподношљив. Другим речима, тиме се враћамо општем правилу, постављеном у ставу првом члану 56, и мишљење да наш закон дозвољава развод брака по међусобном споразуму брачних другова остаје без основа. И када брачни другови „споразумно траже развод брака" треба да се докаже да су њихови „брачни односи толико поремећени, да је заједнички живот постао неподношљив". Постојање узрока за развод у случају „споразумног" тражења развода треба да утврди суд. Реч „споразумно" у нашем тексту значи само „заједно", она не мења ништа у узроку за развод брака формулисаном у првом ставу чл. 56, већ само каже да супрузи могу заједно, једним поднеском или изјавом тужене стране у току спора, тражити развод због тешке поремећености њихових односа. А то није било нужно рећи, јер излази из онога што је речено у ставу првом.

(Народни правник, 1949., бр. 2—3)

A SUMMARY

DIVORCE OF MARRIAGE DUE TO SEVERE DETERIORATION OF MARITAL RELATIONS (ART. 56. OF THE BASIC LAW OF MARRIAGE), „THE PEOPLE'S JURIST', NO. 2—3/1949-page 61.

Divorce of marriage due to severe deterioration of marital relations, as lalid down in Art. 56. of the Basic Law of Marriage, is determined by several characteristics.

Firstly, the cause for divorce is not anny one event/fact with automatic legal effect, but severe deterioration of marital relations as the consequence of another event/fact which the law does not consider assential or dangerous.

Secondly, it is necessary that marital relations have deteriorated to such an extent that it is not possible or justified to request the merried couple to continue living together. From the legal point of view, it is totally irrelevant as to why this community of married life has become unbearable, in other words, whether the responsibility for this state of relations lies with the husband or wife, both of them, or neither one of them.

Thirdly, proceedings for the divorce of marriage due to severe deterioration of the marital relations may be started by either the husband or the wife. In order that either one of them is deprived of the right to start proceedings or the divorce of mariage due to severe deterioration of marital relations, it is necessary that this party should be exclusively responsible for the severe deterioration, that is, to bear full responsibility for the unbearable community life.

Fanally, the husband and wife may reach agreement, therefore, may together request that their marriage be divorced due to severe deterioration of marital relations. This joint petition request or statement of the defendant in the proceedings, should not be given the significance of divorce of marriage on the basis of an agréement between the husband and the wife, for it is not recognised by the Basic Law of Marriage.

RÉSUMÉ

LE DIVORCE POUR CAUSE DE TROUBLES GRAVES DANS LES RAPPORTS ENTRE LES ÉPOUX (ARTICLE 56 DE LA LOI FONDAMENTALE SUR LE MARIAGE), NARODNI PRAVNIK (LE JURISTE NATIONAL), No. 2—3/1949. PAGE 61.

Le divorce pour cause de troubles graves dans les rapports entre les époux dans le sens de l'article 56 de la Loi fondamental sur le mariage, est déterminée par plusieurs de ses caractéristiques. Premièrement, la cause de divorce n'es nul fait avec une action juridique automatique, mais le fait de troubles graves dans les rapports entre les époux en tant que conséquence provoque par le fait qui n'est pas décrit dans la loi. Deuxièmement il est necessaire que les rapports entre les époux soient troublés à un tes point qu'on ne peut pas demander aux époux de continuer la vie en commun. Au point de vue juridique il est absolument irrelevant pour quelle raison la vie en commun des époux est considérée comme étant devenue insupportable ou si les rapports entre les époux ont été troublés par la faute d'un seul époux, ou si les deux époux sont fautifs ou bien si la faute n'incombe ni à l'un ni à l'autre. Troisièmement, le divorce pour cause de troubles lourds de conséquence dans les rapports entre les époux peut demander chacun des époux. Pour qu'un époux puisse être privé de demander le divorce pour cause de troubles graves des rapports conjugaux il est nécessaire qu'il soit exclusivement responsable pour le déclenchement de tels troubles, c'est-à-dire de supporter toute la responsabilité pour les troubles qui ont eu lieu et qui ont rendu insupportable la vie en commun. Ennfin, les époux peuvent d'un commun accord, donc conjointement, demander le dissolution de leur mariage pour cause troubles graves dans les rapports conjugaux. A un tel acte présenté d'un commun accord ou à la déclaration de la partie contre laquelle la plainte a été portée au cours du procès il ne faut pas attribuer l'importance de la cause du divorce sur la base de l'accord mutuel des époux, que la Loi fondamentale sur le mariage ne connait pas.

UDK — 347.4

ОДНОС ИЗМЕЂУ ПРАВА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ И ПРАВА НА ОСИГУРАНУ СУМУ

(питање кумулирања)

Тужиоци су захтевали да им државне железнице накнаде штету коју су претрпели услед тога што је њихов отац, односно муж, погинуо приликом вожње железницом.

Окружни суд за град Београд одбио је тужбени захтев заснивајући своју одлуку на чињеници да је тужиоцима исплаћено 50.000 динара по уредби о обавезном осигурању путника. Имајући у виду ову чињеницу, Окружни суд за град Београд сматрао је да је тужбени захтев неоснован са разлога: што услед обавезног осигурања ризик од несрећних случајева сноси Државни осигуравајући завод, а не превозилац; што и железнице при обавезном осигурању плаћају свој допринос те су ослобођене одговорности за накнаду штете и прнеле ту одговорност на ДОЗ; што је висина накнаде у различитим случајевима уредбом утврђена, из чега такође произлази да накнаду дугује ДОЗ, а не железница као превозилац, а на то пристаје и сваки путник при куповини железничке карте (пресуда Г-286/50 од 15 децембра 1950).

По жалби тужиље Врховни суд НР Србије укинуо је пресуду Окружног суда за град Београд и ствар вратио суду првог степена на поновно суђење, и то са ових разлога:

„Погрешан је правни став суда првог степена да тужиоци по истом основу по други пут остварују право на накнаду, јер накнада коју су примили од ДОЗ-а има свој основ у уговору о осигурању, а накнада која се тужбом тражи има свој основ у уговору о превозу. Нетачно је такође становиште суда првог степена да и државне железнице плаћају свој допринос осигурању, јер се из чл. 6 ст. 1 Уредбе о обавезном осигурању путника види да се премија плаћа у 2% од износа возне цене и да је та премија за сваког путника урачуната у возну цену, што зна-

чи не само да путник плаћа цену, него и да државне железнице нису странке у правном послу осигурања. Погрешан је због тога и онај правни закључак суда првог степена да су државне железнице услед склопљеног уговора о осигурању и плаћања премија пренеле своју одговорност из уговора о превозу на ДОЗ. И из прописа чл. 11 Уредбе посредно произлази да путник има право на накнаду штете по основу уговора о превозу, јер права путника и државних железница на отштету од трећих лица у вези са несрећним случајем прелазе на ДОЗ само до висине износа од ДОЗ-а плаћене отштете, што такође значи да путник односно оштећеник има право на накнаду стварне штете по општим прописима о одговорности превозиоца, уколико стварна штета прелази износ отштете плаћене од ДОЗ-а. Према томе, суд првог степена је био дужан да процењује одговорност туженика по правилима о одговорности по уговору о превозу и да утврђује да ли постоји и колика стварна штета. Пошто је суд првог степена пропустио да утврђује и оцењује чињенице важне за примену изнетих схватања и правних правила, требало је жалбу уважити и првостепену пресуду укинути као пресуду донету на основу непотпуно утврђеног чињеничног стања".

(Решење Врховног суда НР Србије. Гж-38/51 од 16 фебруара 1953)

Наведеним решењем Врховног суда НР Србије постављено је и решено једно практично и врло важно питање. То је питање односа између права на накнаду штете и права на осигурану суму кад су оба она настала једном истом чињеницом у оквиру обавезног осигурања путника од несрећних случајева.

Код нас је донесен читав низ уредаба о обавезном осигурању путника од несрећних случајева, који би им се могли десити у јавном саобраћају. Прво је донешена уредба о обавезном осигурању путника на железницама против несрећног случаја од 18 марта 1947. У случају о коме расправљамо управо се радило о примени те уредбе. Један кратак преглед њене садржине пре приступања спорним питањима може бити од користи.

1.

Обавезно осигурање путника на железницама састоји се у томе што је на основу уредбе сваки путник који се превози железницом обавезан да приликом узимања возне карте уплати извесну суму за Државни осигуравајући завод, који је са своје стране обавезан да у случају повреде путника услед несрећног случаја, који би се десио за време вожње или бављења путника у железничким просторијама приступачним путницима, исплати

извесну своту новца самом путнику, а у случају његове смрти његовим одређеним сродницима.

Осигурање обухвата све путнике који се превозе на некој прузи у експлоатацији државних железница возом одређеним за превоз путника, или теретним или каквим другим возом, ако им је по важећим железничким прописима дозвољена вожња тим возом. За путника се сматра свако лице које путује возом, или се укрцава у воз ради путовања, или се искрцава из њега по свршеном путовању или у току пута. Поред тога, за путника се сматра и свако лице које је имало намеру да путује, или је путовало, све док се налази у некој железничкој просторији приступачној путницима. Само, док за лица која се налазе у возу постоји претпоставка да су путници, те она не морају то доказивати, ова лица морају доказати да су путовала или имала намеру да путују.

Према томе, осигурање не обухвата лица која би погинула или би била онеспособљена за рад за време њиховог бављења на железничкој станици или у возу, а која нису била путници, нити су имала намеру да путују, на пример, лица која испраћају и дочекују некога, лица запослена на возу или у железничким просторијама.

Али осигурање обухвата подједнако како путнике који су купили возну карту, тако и путнике који имају право на бесплатну вожњу државним железницама.

За све путнике постоји пресумпција да имају возну карту. Тиме је упрошћено питање доказивања права на осигурану суму. Путник који је онеспособљен несрећним случајем на железници има право на осигурану суму и кад не може да покаже карту. Породица погинулог путника има исто право и кад се код њега нађе возна карта. Али је ова пресумпција релативна, те се може доказивати да путник није имао никако возну карту. Ако Државни осигуравајући завод то докаже, неће бити дужан да исплати осигурану суму.

Осигурање се односи у начелу на све несрећне случајеве који би изазвали смрт путника или његову повреду, а који би се догодили за време вожње. Оно се односи такође и на оне несрећне случајеве који би се догодили за време бављења путника на железничкој станици, или у којој железничкој просторији приступачној путницима. У овом другом случају без значаја је да ли се несрећни случај догодио пре почетка пута, или по завршетку пута, или за време његовог прекида. Путник је осигуран од тренутка уласка у полазну станицу до изласка из станице на којој се завршава путовање.

Без значаја је, изузев случајева који ће бити наведени и порекло несрећног случаја. Корисник има право на осигурану

суму кад је повреда или смрт проузрокована од стране неког железничког службеника, сударом возова, или исклизнућем воза из шина, или падом неког предмета. Он има право на њу и ако би повреду или смрт проузроковао неки путник, или које друго лице у возу или у железничким просторијама, на пример, ако би га неко гурнуо намерно или непажњом и тако га повредио. Он то право има ако би се оклизнуо и повредио у паду.

Али су од овог осигурања изузети уредбом несрећни случајеви који су изазвали смрт или неспособност за рад, а који су се догодили услед кривице самог путника, услед ратног стања, или услед елементарних непогода. Није овде место да се то дискутује, али изузимање од осигурања свих несрећних случајева који су се десили путнику његовом кривицом, па дакле и оних који су настали његовом обичном непажњом, као и несрећних случајева који су се догодили услед елементарних несрећа, претерано је. Оно није у складу са општим тежњама у овој материји и лишава ово осигурање његових најинтересантнијих ефеката, његове највеће корисности. Јер, пошто за те несрећне случајеве не одговара путнику нико, они погађају дефинитивно путниика, те би баш у тим случајевима осигурање требало да одигра своју улогу заштитника од несрећних случајева.

За ово осигурање путници плаћају премију која износи просечно 2% од износа који се плаћа за возну карту. Њу путник ни плаћа одвојено, пошто је она урачуната у суму коју путник плаћа узимајући возну карту.

Износ осигуране суме коју исплаћује Државни осигуравајући завод зависи од последица несрећног случаја. Ако је услед несрећног случаја наступила смрт путника, осигурана сума износи 50.000 динара. У случају кад је услед несрећног случаја наступила трајна и потпуна неспособност путника за рад, осигурана сума износи 100.000 динара. Кад је услед несрећног случаја наступила трајна али само делимична неспособност путника за рад, осигурана сума износи онолико процената од 100.000 динара за колико је процената смањена путникова способност за рад. Ако услед несрећног случаја није наступила ни смрт, ни трајна неспособност путника за рад, већ само пролазна повреда, Државни осигуравајући завод дужан је да му исплати трошкове лечења и да му накнади губитак зараде, ако је услед повреде путник био привремено неспособан за рад.

2.

Кад се догоди неки несрећни случај у условима који су напред изнесени, оштећеник има право да захтева од Државног

осигуравајућег завода исплату осигуране суме. То је ван спора. Али има ли он поред права на осигурану суму и које друго право? Нарочито, ако је штета већа од осигуране суме, може ли он захтевати потпунију накнаду од железница и уопште од одговорног лица? Окружни суд сматрао је да корисник нема никакво друго право и да се мора задовољити осигураном сумом, без обзира на величину штете. Он је сматрао да је овим осигурањем отклоњена свака одговорност железница, и да оштећеник не може тражити никакву накнаду од њих. Врховни суд сматра да оштећеник има право на потпуну накнаду и да му поред права из осигурања припада и право на накнаду, по основу уговора о превозу.

Врховни суд с правом указује да је погрешно мишљење окружног суда да је обавезом Државног осигуравајућег завода да исплати оштећенику осигурану суму покривена одговорност железница. Оштећенику припада право на накнаду од железница по општим правилима нашег права, ако су испуњени услови постављени тим правилима. Он то право не губи тиме што је услед обавезног осигурања стекао једно ново право према Државном осигуравајућем заводу. Иначе, то би значило да би установом обавезног осигурања, за које искључито они плаћају премије, положај путника био погрешан, што би било апсурдно. У питању су два потпуно одвојена односа: однос између путника и железница и однос између путника и Државног осигуравајућег завода. Право на осигурану суму коју оштећеник може да захтева од Државног осигуравајућег завода заснива се на осигурању. Оно потиче из његових односа са тим заводом и налази се потпуно ван његових односа са железницама. Осигурана сума коју оштећеник добија од Државног осигуравајућег завода не замењује накнаду на коју он има право по општим правилима о накнади проузроковане штете од онога који је одговоран за ту штету. То није ни сврха осигурања. Његова сврха је да осигура оштећенику извесну суму ако се догоди осигурани случај, а не да покрије одговорност онога који је дужан да накнади штету. Зато оштећеник може захтевати накнану целокупне штете од онога ко је за њу одговоран, и та накнада може бити много већа од осигуране суме.

Ми ћемо видети мало ниже да би оштећенику требало признати право да захтева истовремено од Државног осигуравајућег завода исплату осигуране суме, и од железница потпуну накнаду штете, дакле да кумулира захтев из осигурања и захтев из проузроковане штете. То би се слагало са природом ових односа и са општим начелима права, и тако је ово питање решено у неким законодавствима (в. на пример, француски закон о уговору о осигурању од 13 јула 1930, чл. 55). Али по нашем

позитивном праву то није могуће. Оштећеник не може тражити истовремено и осигурану суму од Државног осигуравајућег завода и потпуну накнаду од онога који је за штету одговоран. Ако прими осигурану суму, онда на Државни осигуравајући завод прелазе по самој уредби (чл. 11) сва његова права на накнаду од оних који су одговорни за штету али само до висине исплаћене осигуране суме. То значи да ако је оштећеник добио по основу сигурања мање него што износи штета коју је претрпео, он може захтевати од одговорног лица, по основу његове одговорности за проузроковану штету, да му накнади разлику. Оштећеник у овом случају не кумулира оба захтева, већ добија само износ потпуне накнаде штете, на шта има право, и то један део од Државног осигуравајућег завода по основу осигурања, а други део од штетника по основу његове одговорности за проузроковану штету. Али оштећеник који није примио осигурану суму, било што није хтео, било што је услед пропуштања неке од битних радњи коју је требало да изврши изгубио право на њу, може по правилима одговорности за проузроковану штету захтевати накнаду целокупне штете од одговорног лица.

3.

Ми смо не изјашњавајући се о томе потпуно, претпостављали да је одговорност железница према оштећенику деликтне, вануговорне природе. Та одговорност заснива се на ономе што се у нашој већ сасвим устаљеној судској пракси зове „повећана опасност", те је оштећеник ослобођен терета да доказује кривицу жељезница. То није становиште Врховног суда. Врховни суд указује да између путника и жељезница постоји однос заснован уговором о превозу. Тај уговорни однос повређен је несрећним случајем који се десио путнику. Ако се путнику нешто догоди, то значи да железнице нису извршиле своју обавезу да га довезу читавог до краја његовог путовања, и због те повреде облигације из уговора оне треба да одговарају. Њихова одговорност према схватању Врховног суда била би, дакле, не деликтне, већ уговорне природе.

Ово схватање, по коме се одговорност за несрећан случај који би се некоме догодио приликом извршења неког уговора посматра као одговорност која потиче из тог уговора, појавило се осамдесетих година прошлог века. Оно се јавило заједно са тежњом да се радницима у случају несреће при раду олакша положај у погледу доказа: ако је одговорност послодавца за несреће при раду уговорне природе, ако она потиче из уговора о раду на основу кога послодавац дугује раднику личну сигур-

ност, онда радник, да би имао право на накнаду, не мора доказивати да је послодавац крив за штету која му се догодила. За разлику од деликтне, вануговорне одговорности, код уговорне одговорности кривица се претпоставља. Овим схватањем положај радника који тражи накнаду због несреће при раду, и уопште положај повериоца накнаде штете настале приликом уговора о раду, уговора о превозу и других неких уговорних ситуација, знатно је побољшан. За уговор о раду ово је схватање изгубило сваки значај после увођења социјалног осигурања. Али је за уговор о превозу ово учење сачувало извесан значај. Данас је оно прилично распрострањено и има тежњу да се шири. Француска судска пракса усвојила га је има већ неколико деценија. Оно је несумњиво згодно средство за проширење домена одговорности.

Ово учење знатно проширује појам уговора. Оно види уговорне облигације тамо где их раније није било. Треба направити приличан напор да би се видела повреда уговора о превозу у факту да је један путник повређен падом неког предмета који припада неком другом путнику. Међутим, тај напор данас није нужно правити. Данас се долази много лакше до истог резултата теоријом одговорности за опасне ствари, за „повећану опасност", или којом другом варијантом теорије објективне одговорности, пошто је у свима њима оштећеник ослобођен терета да доказује штетникову кривицу.

Најзад, ако се одговорност железница за несрећни случај схвати као уговорна одговорност, онда постоји опасност да би се та одговорност могла уговором искључити. Можда би се нашла могућност да се то уради и посредно, а да постоји склоност да се постојање престанка олако констатује, сведочи и последњи мотив критиковане пресуде окружног суда, у коме је речено да сваки путник при куповини железничке карте п р и с т а ј е да накнаду дугује Државни осигуравајући завод, а не железнице као превозилац.

Пошто се, на крају, ради само о конструкцији, изгледа ближе стварности и због тога прихватљивије, остати при схватању да је одговорност железница за несрећни случај који претрпе путници вануговорне природе.

4.

Је ли у складу са општим начелима нашег права одредба уредбе о обавезном осигурању путника на железницама, од 18 марта 1947. по којој прелазе на Државни осигуравајући завод права путника на накнаду од одговорног лица? И, говорећи уопште, кад се неко осигура од несрећног случаја, треба ли му

признати право, када се тај случај догоди, да поред онога што је по основу осигурања добио од осигураоца захтева и накнаду проузроковане штете од одговорних лица?

Неки мисле да нема разлога да му се то право призна. Јер, рекло се, накнада штете може се захтевати само када постоји штета, а штете за осигураника нема, ако је добио осигурану суму. Једна штета не би требало да даје право на две накнаде. Због тога, рекло се даље, право на накнаду у овом случају не припада оштећенику, чија је штета покривена сумом коју је исплатио осигуралац; то право треба да пређе на осигураоца, који је једини оштећен, пошто је исплатио осигурану суму, и може захтевати од одговорног лица да му накнади њен износ. Разуме се, ако би осигураном сумом штета била покривена само делимично, право да се захтева накнада од штетника било би подељено између осигураног оштећеника и осигураоца. Оштећеник би имао право да захтева од штетника накнаду непокривеног дела штете, а на осигураоца би прешло његово право да захтева накнаду од штетника само до износа исплаћене осигуране суме. Укратко, не би требало дозволити кумулирање захтева из осигурања и захтева накнаде штете; решење нашег позитивног права било би теориски основано.

Ово резоновање је исправно у случају осигурања ствари, имовинског осигурања, чија је сврха да обезбеди осигуранику накнаду штете која би настала у његовој имовини ако би се догодио осигурани случај. Кад осигуралац накнади сву штету осигуранику коју је овај претрпео услед радње за коју је одговорно лице, онда више нема штете за осигураника, те више нема подлоге за његов захтев накнаде од одговорног лица. Кад би било друкчије онда би осигурање било извор обогаћења за осигураника. А то би било противно самој природи осигурања имовине, чија сврха није обогаћење осигураника, већ искључиво накнада штете коју је он претрпео. Али ова накнада од стране осигураоца не гаси штетникову обавезу да накнади проузроковану штету. Штетник треба да одговара за штету коју је проузроковао, — то захтева једно од основних правила нашега права. Али он неће одговарати оштећенику који је добио накнаду штете од осигураоца. Оштећениково право на накнаду штете, које он има према одговорном лицу, прелази по самом закону на осигураоца, зато што је овај исплатио, и уколико је исплатио накнаду осигуранику. Место оштећеника јавља се као поверилац, осигуралац. Каже се да се у том случају догађа персонална суброгација. Уосталом, осигуралац би у овом случају могао захтевати накнаду од одговорног лица и по сопственом праву, јер је штетник, када је проузроковао штету осигуранику, проузроковао индиректно штету и осигураоцу тиме што је изазвао

наступање осигураног случаја, услед чега је осигуралац био дужан да осигуранику исплати предвиђену накнаду. — Али се ово резоновање не може одржати у случају осигурања лица од несрећних случајева, чија је сврха да обезбеди кориснику исплату одређене суме новца (осигуране суме) чији је износ утврђен унапред, ако се деси предвиђени случај (осигурани случај). У овом случају кориснику треба признати поред права да захтева од осигураоца исплату осигуране суме, још и право да се окрене против штетника и да од њега захтева накнаду, дакле да кумулира осигурану суму и накнаду. Осигурана сума коју се осигуралац обвезује да плати у овом случају нема карактер накнаде, као што је то случај са износом који осигуралац плаћа у случају имовинског осигурања, који има чист карактер накнаде. Код осигурања од несрећног случаја, износ осигурања суме утврђују стране уговорнице слободно још приликом закључења уговора, или је он одређен унапред неким општим прописом код обавезног осигурања, и осигуралац дугује исплату тог износа кад се деси осигурани случај без обзира на то да ли постоји штета, а кад штета постоји, без обзира на то колика је. Величина осигуране суме не зависи од величине штете. Њом осигуралац не накнађује штету коју је осигураник претрпео, већ врши своју обавезу из уговора. Осигураник не заснива своје право према осигураоцу на претрпљеној штети, већ на алеаторном уговору о осигурању, или обавезном осигурању, пошто се одређени неизвесни догађај остварио. Да би имао право на осигурану суму кад се одређени догађај оствари, осигураник је платио премије. Осигурана сума одговара тим премијама, а не евентуалној штети. Она не треба да буде сметња да осигураник захтева од одговорног лица накнаду проурзоковане штете. Право на осигурану суму и право на накнаду штете имају, дакле, различите сврхе и различите подлоге, и због тога осигуранику треба признати кумулативно и једно и друго право.

Становиште које је заузето у нашој уредби о обавезама осигурања путника на железницама, од 18 марта 1947, и осталим уредбама о обавезном осигурању путника, не одговара у свему општим правним принципима. Код чл. 11 Уредбе каже: „Исплатом оштете по прописима ове уредбе прелазе на Државни осигуравајући завод ФНРЈ, до износа плаћене отштете, сва права путника и државних железница на отштету од трећих лица у вези са несрећним случајем", — онда он лишава делимично путника коме се десио несрећни случај накнаде, на коју он има право по општим правним принципима, или што излази на исто, лишава га износа осигуране суме, за коју је он са свима осталим путницима уплатио потребна средства. С друге стране, помоћу тако пренесених права Државни осигуравајући завод наплаћује од

одговорних лица износе оних осигураних сума које је он исплатио корисницима овог обавезног осигурања. По принципима усвојеним у нашој судској пракси, за штету коју су претрпели путници биће одговорне махом железнице, као извор повећане опасности. Пошто су оне солвентне, Државни осигуравајући завод ће моћи скоро у свима случајевима да наплати од њих износ који буде исплатио кориснику обавезног осигурања путника.

Одредба о прелазу на Државни осигуравајући завод права које припада путнику да захтева накнаду штете од одговорног лица лишава установу обавезног осигурања путника њених главних користи. То осигурање не покрива одговорност железница како је утврђено и наведеним решењем Врховног суда НР Србије. Оно не даје кориснику за уплаћену премију ништа више од онога што би имао и да се није осигурао, а то је да захтева накнаду претрпљене штете. Оно му само обезбеђује један део накнаде претрпљене штете у случају кад се накнада не може да добије од одговорног лица због његове инсолвентности, а то ће бити врло редак случај, пошто ће, као што се зна, за штету бити одговорне скоро увек железнице.

(Архив за правне и друштвене науке 1951, бр. 2)

A SUMMARY

THE RIGHT OF COMPENSATION OF DAMAGE AND THE RIGHT TO THE INSURANCE AMOUNT (QUESTION OF CUMMULATION)

Commenting the decision of the Supreme Court of N.R. Serbia (Gdz. 38/51 of 16th February 1953), the author discusses the theoretically significant and practically important question of the relation between the right of compensation of damage and the right to the insurance amount when both originate from the necessary insurance of passengers against accidents. Critically assessing the current law of the time (Decree on the Necessary Insurance of Passengers Against Accidents on the Railways, dated 18 th March 1947), the author points out the legal nature of insurance against accidents, which is not based on the factor of compensation nor is devised for the purpose of covering the liability of the person inflicting the damage. Therefore, the right should be recognised to the victim to demand simultaneous payment of the insurance amount from the insurer and claim from the Railways the compensation of all damages, that is, to commulate the insurance claim and the claim for compensation of damages. This is because the insured person does not constitute his right toward the insurer on the inflicted damage, but on the aleatory contract of insurance or the necessary insurance, since the particular aleatory event took place. The insured person has payed the premium in order to have the right to the insurence amount, therefore, the

amount of the insurance corresponds to the premium of insurance, and not any possible damage.

Turning to the standing of the court according to which the liability of the Railways toward the insured person is of a contractual nature, the author emphasizes that this expands the concept of contracts which, on the one hand, alleviates the position of the injured party in respect of producing evidence (the introduction of objective liability makes this lose significance) but, on the other hand, enhances the danger of eliminating this liability by contract.

RÉSUMÉ

LE RAPPORT ENTRE LE DROIT A LA RÉPARATION DU DOMMAGE ET LE DROIT A LA SOMME ASSURÉE

A l'occasion de la décision de la Cour Suprême de Serbie (Gž. 28/51 du 16 février 1953) l'auteur examine la question théoriquement significative et pratiquement importante du rapport entre le droit à la réparation du dommage et le droit à la somme assurée quand les deux ont pris naissance par un même fait dans le cadre de l'assurance obligatoire des voyageurs contre les accidents. En critiquent le règlement du droit positif qui était en vigueur à cette époque (l'Ordonnance relative à l'assurance obligatoire des voyageurs dans les chemins de fer contre les accidents du 18 mars 1947) l'auteur attire l'attention sur la nature juridique de l'assurance contre les accidents qui n'est pas basée sur le dédommagement et qui n'a pas pour but de couvrir la responsabilité de l'auteur du dommage. Il s'ensuit qu'il faudrait reconnaître à la personne endommagée le droit de demander en même temps à l'assureur de payer les sommes assurées et au chemin de fer la réparation totale du dommage, c'est-à-dire de cumuler la demande de l'assurance et la demande du dommage causé. Il en est ainsi parce que l'assuré ne fonde pas son droit à l'égard de l'assureur sur le dommage subi mais sur le contrat d'assurance aléataire ou sur l'assurance obligatoire parce que l'événement incertain déterminé s'est réalisé. L' assuré a payé la prime pour avoir le droit à la somme assurée, par conséquent la somme assurée correspond à ces primes et non point au dommage éventuel.

En prenant en considération l'opinion du tribunal selon laquelle la responsabilité du chemin de fer envers la personne qui a subi le dommage est de nature contractuelle, l'auteur explique que par là s'élargit la notion du contrat, ce qui d'une part facilite la position de la personne endommagée en ce qui concerne la fourniture des preuves (par l'introduction de la responsabilité objective et cela perd de l'importance, mais, d'outre part, le danger existe que cette responsabilité pourrait être exclue par le contrat.

UDK — 347.4/.5

ОСНОВ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПРОУЗРОКОВАНУ ШТЕТУ

Питање одговорности за проузроковану штету била су дуго у центру интересовања цивилиста. И сада се она налазе међу питањима која су у првом плану наших интересовања. Рад на доношењу нових закона у области грађанског права дао је овим питањима нову актуелност у нашој земљи. Међу тим питањима нарочиту пажњу заслужује питање основа одговорности, и ја ћу се углавном на њему задржати.

Раније дискусије о питању основа одговорности омогућиле су да се материја одговорности детаљно испита. Присталице једног начела омогућиле су да се боље сагледају недостаци другог начела. Присталице објективне одговорности, доказујући да одговорност треба да буде заснована на створеном ризику, указали су да одговорност за штету не може бити основана једино на кривици учиниоца. Али су и присталице субјективне одговорности показале, колико је велика корист од начела по коме се одговара за кривицу, и до каквих би неправичности могло доћи када би начело објективне одговорности било проглашено за искључиви основ одговорности. Дискусије су показале да данас ниједно начело не може без незгода да буде проглашено за једини основ одговорности, а да ни раније сви случајеви обавезе накнаде штете нису били засновани на једном једином принципу.

Сви случајеви штете не могу се третирати подједнако. Прилике у којима долази до настанка штете су тако различите, да појединим групама случајева треба приступити сасвим различито. Штета постоји и кад неко намерно озледи другога, као и када неко буде озлеђен у журби великоварошког саобраћаја, али сваки осећа да су то две сасвим различите појаве, које су само једним својим резултатом идентичне.

Мени се чини да у нашем праву има места и за субјективну одговорност и за објективну одговорност. Обе идеје су употребљиве. Свака има свој домен примене. Али ни једна не може

бити узета као општа, и употребљена у свима случајевима за основ одговорности. Врло лако би се могло показати да би свако усвајање јединственог основа одговрности било недовољно.

Има случајева у којима одговорност треба и даље да буде основана на кривици, у којима је тешко прихватити одговорност без кривице.

Има случајева у којима одговорност треба везати за проузроковање и учинити је независном од кривице учиниоца.

Између ове две групе случајева налазе се случајеви у којима би се одговорност такође могла условити кривицом, али у којима би ту кривицу требало пресумирати, и тако олакшати положај оштећеника превађивањем терета доказа на штетника.

Најзад, има случајева у којима би питање накнаде претрпљене штете требало учинити независним од питања одговорности и решити га на плану осигурања. Ту се срећемо са великим и разноврсним могућностима, благодарећи том ванредном инструменту који претставља осигурање.

Ако не би правили ова разликовања, ако би попут старих правника тражили јединствено решење, помоћу једног принципа, ми би имали правила која не би одговарала потребама стварности. То би значило грешити против великог правила да право не треба извлачити из начела, него из стварности формулисати начела.

I

Одговорност за кривицу задовољава наше осећање правичности и наша морална осећања. Кад год је могуће доказати кривицу извесно је да ће одговорност бити чврсто заснована. Сасвим је разумљиво што у сваком случају штете оштећеник тражи да утврди кривицу лица које жели да учини одговорним. Због тога је врло вероватно да ће начело кривице бити употребљиво и корисно докле год буде постојала одговорност за проузроковану штету. У нашем праву оно има своје место. Оно је допуна и као други изглед правила да свакоме припада награда по заслузи. Због тога, мислим, ово начело не може бити напуштено.

Али је недовољност овог начела била одавно уочена. Због тога су још давно многа законодавства показивала знатна отступања од њега. Још стари Аустриски грађански законик предвиђао је могућност да судија досуди оштећеном лицу накнаду на терет недораслог или умоболног лица, иако они не могу бити криви, у случају када оштећеник не може да се наплати од лица коме је недорасли или умоболни поверен да се о њему стара (§ 1310). Иста мисао налази се у Немачком гра-

ћанском законику (§ 829), француско-италијанском пројекту (чл. 76), у Швајцарском законику о облигацијама, где је добила овај израз: „Кад правичност захтева судија може и лице без разбора које је проузроковало штету, осудити на делимичну или потпуну накнаду" (чл. 54). То значи да се и у законодавствима која заснивају одговорност на кривици осетило да дужност накнаде може бити основана и без кривице.

Недовољност принципа одговорности за кривицу огледа се и у великом броју случајева у којима законодавства пресумирају постојање кривице, иако она у многим од тих случајева уистини не постоји. Скоро сви законици предвиђају одговорност родитеља за штету коју би проузроковала њихова деца, одговорност послодавца за штету коју би проузроковали њихови радници и службеници при вршењу својих дужности и ослобађају оштећеника од терета доказивања кривице. Они у овим случајевима претпостављају кривицу одговорних лица, а теорија се стара да пронађе ту кривицу у овом или оном облику culpa in vigilando, culpa in eliendo и др. Оштећенику је на тај начин помогнуто, јер не мора доказивати постојање кривице, које можда заиста и нема. У неким случајевима закон иде дотле да прави апсолутну претпоставку, те штетнику не дозвољава да се ослободи одговорности доказујући да није крив. Тако, Француски грађански законик не дозвољава одговорном послодавцу да доказује да није крив за штету коју је проузроковао његов радник. Претпоставка је апсолутна, а то практично значи исто што и одговорност без кривице. Приметимо да је ту одговорност без кривице установио законодавац 1804 године, далеко пре појаве учења о објективној одговорности.

Поред ових случајева у којима се пресумира кривица, потсетимо се да у многим законодавствима има још случајева у којима је одговорност организована мање или више без ослона на кривицу одговорних лица. То је случај одговорности за штету од животиња, одговорности за штету од грађевина, одговорност за штету проузроковану бацањем или просипањем из неког стана.

Начело одговорности за кривицу није, дакле, никада покривало цело поље грађанске одговорности. Било је у појединим законодавствима случајева накнаде штете без кривице одговорног лица. При томе су разне побуде наводиле законодавца да поступи тако, и створи обавезу накнаде иако није било кривице на одговорном лицу. Али сви ти случајеви били су претпостављени као изузетци, или су на неки други начин, на пр. помоћу пресумпција, били везани за начело кривице.

II

Начело одговорности за кривицу, основано и правно и морално, могло је, уз помоћ мањег или већег броја пресумпција кривице, задовољити потребе једног друштва које се служило углавном животињском и људском снагом, и које је знало за релативно мали број случајева штете. Штета је, кад није потицала од више силе, била последица намере или непажње одређеног лица. Тиме је био одређен дужник накнаде. Оштећеник је имао да се обрати њему и да од њега тражи накнаду. Ако је штетник био инсолвентан, у толико горе за оштећеника. Штета је тада сматрана као удес, последица фаталности, а удес пада на онога кога згоди. Проузроковањем штете настаје у таквом друштву један однос који се тиче штетника и оштећеника, а који само мало и посредно интересује друштво.

Начело да се одговара само кад се утврди кривица на свом је месту у друштву малих индивидуалних активности. Том друштву је одговарао, на другом једном плану индивидуални уговор, направљен по нахођењу уговорника, по њиховој мери.

Данас је све то великим делом ствар прошлости.

Раније је индивидуални уговор био једино средство промета. Данас се уговор врло брзо социјализује. Знатан део терена индивидуаланог уговора већ давно су заузели адхезиони уговори, тарифни уговори, уговори мање више детаљно регулисани законом или правилима организација заинтересованих лица. Има и уговорних ситуација које су створене без сагласности заинтересованих, на пр. у случају откупа, или закупа станова код нас. Наше друштво не гледа незаинтересовано на уговоре које појединци закључују, и не сматра их материјом која интересује само те појединце. Ми смо све више свесни социјалног значења индивидуалних уговора. Исто тако смо свесни да у великом броју случајева штета има порекло у друштвеном напретку и да треба да буде друштвено накнађена.

Развитак индустрије и све већи број машина употребљених на свима пољима активности огромно су повећали могућности да настане штета. Модерни живот познаје све више и више случајеве активности које нужно повлаче за собом штету, која се не може избећи ни са највећом пажњом. Може се, чак, са извесном тачношћу одредити унапред број несрећних случајева за одређено време на сваком пољу активности. Огромне силе којима се служимо и напредак који тако постижемо траже жртве. Те опасне активности не само да нису недозвољене, него су и друштвено врло корисне. Однос између друштвене користи и неизбежне штете од тих активности је такав да друштво при-

хвата ризик штете, и активност не проглашава за недозвољену иако из ње произилази штета.

Прилике су се, дакле, измениле, а са њима и елементи проблема одговорности. Кад знамо извесно да ће се догодити известан број несрећних случајева и штета на сваком пољу активности где се употребљавају моћна техничка средства, не можемо оставити да се питање накнаде штете решава на плану индивидуалне кривице. Сасвим је природно да обавезу накнаде ставимо на терет онога који има под својом влашћу те опасне ствари од који штета проистиче неизбежно. Ризик штете треба дефенитивно да носи онај који је ставио у покрет опасне ствари и који њима управља. Његова одговорност заснивала би се на створеном ризику, а не на кривици.

III

Не ради се о томе да се кривица као основ одговорности избаци из нашег права и замени неким другим основом. Одговорност за кривицу задовољава и наше морално осећање, и ми тај принцип не треба да напустимо. Али поред тог принципа треба створити више места за одговорност без кривице. Није довољно правити изузетке помоћу пресумпција, чак и кад би те пресумпције биле апсолутне. Било би потребно направити многобројне изузетке; с друге стране ти изузетци су унутрашње повезани јер потичу од једног принципа. Треба дакле поред принципа одговорности за кривицу дати места и принципу одбјективне одговорности.

Мотиви који захтевају увођење принципа објективне одговорности поред принципа субјективне одговорности одређују и домен његове примене. У нашој судској пракси принцип објективне одговорности примењује се у случају штете настале из активности која ствара повећану опасност за околину, и у случају штете која потиче од ствари које су опасне по самој својој природи или постају такве редовном употребом. На први поглед изгледало би као да се ту ради о различитим случајевима одговорности без кривице: одговорност за активност која ствара повећану опасност, и одговорност за опасне ствари. У ствари, ради се увек о одговорности за опасне ствари. Појам опасне ствари шири је од појма делатности која претставља повећану опасност за околину, и он га потпуно обухвата, Јер, практично говорећи, при свакој делатности која ствара повећану опасност за околину ми се служимо стварима, које, ако већ нису опасне по својој природи, постају опасне употребом. Треба замислити да човек врши неке опасне покрете својим телом, да би се имао пример повећане опасности без употребе ствари.

Али онда би одговорност учиниоца била заснована на кривици, и ми не би били на терену објективне одговорности.

Против употребе овог појма опасне ствари речено је да је он неодређен. Свака ствар може бити опасна, свака активност ствара или повећава могућност настанка штете. — Овај приговор, уистини, не умањује вредност појма опасне ствари. Јер, не ради се о прецизном критеријуму, већ о једној гипкој директиви, о ономе што амерички правници називају стандардом, помоћу кога судија треба да врши потребна поређења и у сваком случају да утврди да ли се ради о опасној ствари или не. Стога ће неке ствари по својој природи бити увек опасне; друге ће бити опасне због неке своје особине; неке ће то постати тек употребом, а неке положајем који им је дат. Уистини свака ствар може бити опасна у одређеним приликама. Ни појам кривице који служи за основ субјективне одговорности није ближе одређен. Сви покушаји да се кривица дефинише остали су безуспешни. Кад кажемо за некога да је крив ми се изјашњавамо о његовом понашању. Ми истражујемо шта се у датим околностима могло основано очекивати од разумног човека. Ако је учинилац изневерио такво очекивање он је крив. као и појам кривице и појам опасних ствари или повећане опасности је јасан, али не и крут. То је један од оних општих појмова који са промењеним приликама могу добити другу садржину.

IV

У области одговорности накнада коју штетник плаћа оштећенику претставља репарацију. Али пошто се при одређивању висине накнаде води рачуна о степену кривице штетникове, то значи да за исту штету може бити досуђен већи или мањи износ. Отуда излази да на плану субјективне одговорности накнада није изгубила сасвим казнени карактер, иако су иначе накнада и казна, репарација и репресија сасвим издвојене у модерном праву, и домени грађанског и кривичног права разграничени. Тај пенални карактер осећа се још јаче у случају новчане накнаде моралне штете, која у ствари више претставља сатисфакцију него репарацију: њом се штетник кажњава, а оштећенику се као компенсација за оно што је претрпео пружа извесна могућност задовољства.

Повишена накнада у случају теже кривице штетникове оправдана је. Оштећенику није свеједно да ли му је штета проузрокована омашком или злонамерно. Ми осећамо теже штету коју нам је проузрокована злонамерно. Кад је злонамерна штета проузроковна неким кривичним делом, казна и накнада потпуно васпостављају поремећену равнотежу. Али штета може би-

ти проузрокована злонамерно, а да се штетник не огреши о кривични законик. У том случају накнада просте штете не би била довољна. Остало би незадовољно осећање повређено злом намером. Правично је да се о тој злој намери, о тежој кривици шетеника, такође води рачуна, и да се износ накнаде повећа.

Другчије је у случају објективне одговорности. Ту се величина накнаде одређује према величини штете. Накнада нема нимало пеналну сврху. Једина њена сврха је да се штета накнади. Ту оштећенику није потребно да се штетник казни: он тражи само репарацију. Зато је ту важније питање накнаде, него утврђивање одговорности. Та два питања могуће је одвојити, и помоћу осигурања то одвајање је извршено. За то нарочито служи осигурање од несрећног случаја и осигурање од одговорности. Осигурање од несрећног случаја обезбеђује оштећенику, за релативно малу премију коју плаћа осигурачу, накнаду без обзира на кривицу и на солвентност штетника. Оштећеник има осигурану накнаду, а на осигурачу је да после дискутује питање одговорности са штетником. То се још боље постиже осигурањем од одговорности. То је облик осигурања који постаје све практичнији и све важнији са проширењем основа одговорности. Осигурање од одговорности обезбеђује оштећенику накнаду, а истовремено штити штетника од могуће материјалне пропасти и даје му потребну слободу делатности. За релативно незнатну премију коју јој плаћа лице чију одговорност она треба да покрије, осигуравајућа установа се обавезује да накнади сваку штету, неограничено или само до извесне границе, која би произашла из активности тога лица. Опасност за оштећеника да му штета не буде накнађена због штетникове немаштине, и опасност за штетника да буде материјално руиниран због величине штете која је произашла из његове дозвољене активности на тај начин су уклоњене.

Ово одвајање накнаде и одговорности, које је омогућила установа осигурања, учинило је да се у области одговорности за проузроковану штету преместити акцент са одговорности на накнаду. Кад настане нека штета, нарочито ако она потиче од неке општекорисне активности, пошто је свака индивидуална штета истовремено и штета за заједницу, онда је и са тачке гледања штетника и са тачке гледања општих интереса, главно да она буде накнађена. Питање одговорности и евентуалне кривице долази у други ред.

V

Али кад се питање постави тако, и потреба накнаде истакне у први ред, онда се може приметити да се помоћу угово-

ра о осигурању од несрећног случаја и уговора о осигурању од одговорности не обезбеђује накнада у сваком случају. Јер, ако нема уговора, ако се оштећеник није осигурао од несрећног случаја, и ако се штетник није осигурао од одговорности, онда нема ни обавезе осигуравајуће установе, те се штетник и оштећеник поново налазе лице у лице. Појављује се опет опасност да штета не буде накнађена, или да штетник буде имовински упропашћен.

Ова незгода може се избећи обавезним осигурањем, и заиста, обавезно осигурање осваја све више и више терена у овој области, и то како обавезно осигурање од несрећног случаја, тако и обавезно осигурање од одговорности. Код нас је низом уредаба уведено обавезно осигурање путника, и сви путници су осигурани од несрећног случаја који би им се могао десити приликом путовања на железницама, или на аутобусима и аутомобилима у јавном саобраћају, или на поморским бродовима, или на пловилима унутрашње пловидбе. И све пошиљке железницом такође су обавезно осигуране. У неким државама постоји обавезно осигурање аутомобилиста од одговорности, обавезно осигурање лекара и јавних бележника од одговорности према њиховим клијентима. Обавезно осигурање може бити организовано у свим гранама активности које претстављају макар какву опасност за другога, без обзира на то да ли је одговорност по грађанском праву вануговорна или је уговорна.

Обавезно осигурање од одговорности значи законску обавезу за сваког чија активност може да проузрокује штету, да заједно са осталим лицима која се баве истом активношћу, учествује у репарацији сваке штете која буде потекла из њихових активности. Оно може бити терет за осигуранике, али оно радикално решава питање накнаде. Оно претставља социјализирање ризика и одговара духу нашег правног поретка. Улога државног осигуравајућег завода у нашем праву треба да буде улога организатора и посредника. Он треба да расподели на све осигуранике и наплати од њих, у виду премија, суме потребне за накнаду штета за које би били одговорни неки од њих. Обавезно осигурање је узајамно осигурање. Оно не сме бити извор добити за осигурача.

Обавезно осигурање од одговорности, исто као и уговор, не мења ништа у праву оштећеника да тражи накнаду од одговорног лица. Оно му само омогућава да тражи накнаду директно од осигуравајуће установе, уместо да је тражи од штетника. Тако је и у случају обевазног осигурања од несрећног случаја, и то a fortiori, пошто ту премије плаћају сама угрожена лица. Зато је погрешна пракса неких судова по којој се путник који је настрадао на железници мора задовољити осигураном сумом

коју му даје Државни осигуравајући завод. Не мање је погрешна арбитражна пракса по којој у случају штете на пошиљци железницом не одговарају железнице, него само Државни осигуравајући завод. Разуме се, оштећеник ће се редовно обратити радије осигуравајућој установи него одговорном лицу, због тога је осигурање и установљено; али то је друго питање. Његово право да тражи накнаду од штетника није измењено осигурањем.

Осигурање од одговорности, нарочито обавезно осигурање, осигурава оштећенику накнаду скоро у сваком случају. То је његова добра страна и због тога оно има знатно место у еволуцији накнаде проузроковане штете. Али оно има и својих незгода. Оно води умртвљавању осећања одговорности и успављивању пажње. Ко зна да неће лично одговарати мање пази да избегне грешке. Зато обавезно осигурање од одговорности може да има за последицу повећање случајева штете, а тиме и повећање терета за све осигуранике.

Ови приговори нису без вредности. Али је искуство показало да су они претерани. Уосталом има средстава да се те незгодне последице обавезног осигурања од одговорности ублаже. Једно од тих средстава било би да се осигуравајућој установи да право регреса према осигуранику у случају штете проузроковане намерно, или чак грубом непажњом. Бојазан од те одговорности могла би натерати осигуранике да буду пажљивији.

VI

Корак даље од обавезног осигурања од одговорности, и завршну фазу одвајања накнаде од одговорности, претставља државно, или боље речено, друштвено осигурање. Према том осигурању држава накнађава насталу штету, а она се после наплаћује од штетника. Оштећенику је у сваком случају обезбеђена накнада. Не тражи се да он буде осигуран. Он нема права на накнаду само ако је штету проузроковао намерно. Његова евентуална права према штетнику прелазе на државу. У појединим случајевима ваљало би утврдити законом када би држава имала право регреса према штетнику, да ли само у случају његове зле намере и грубе непажње, или у случају сваке кривице. Укратко, накнада штете скида се са плана одговорности и ставља на план репарације, онако исто и по оним истим правилима како је то учињено са несрећама на послу.

Теориски, није тешко образложити државно осигурање накнаде. Велики број штета су непосредни или посредни резултат друштвеног напретка. Оне су унеколико цена за опште ко-

ристи од активности из којих су произашле. Право је да друштво, које се као целина користи напретком, накнади штете које тај напредак за собом повлачи. Може се рећи да те штете потичу од „опште кривице". Као што је речено, несрећни догађај је постао анониман. Друштвеном узроку штете треба да одговара друштвена накнада.

Овај систем државног осигурања, као ни систем обавезног осигурања не би се могао увести одједном за све случајеве проузроковања штете од опасних ствари. Ваљало би почети са случајевима у којима би он најлакше функционисао. Такав је, на пр. случај штете коју проузрокују аутомобили. Такви су и остали случајеви штете од опасних, а општекорисних ствари.

VII

Питање је нарочито актуелно што се тиче штете од аутомобила. Жртве аутомобилског саобраћаја сваке године су све бројније. У Сједињеним Америчким Државама има сваке године око 1,200.000 лица повређених у аутомобилском саобраћају, а број лица која су до сада погинула од аутомобила прешао је тамо 1,000.000. Несреће у аутомобилском саобраћају нису, дакле, ретке и усамљене појаве, већ редовне и масовне појаве. Оне су неизбежне. На опасности од аутомобила, ма колико велике да су оне, ми се постепено навикавамо. Ту се ретко може утврдити кривица једне или друге стране, те је непотребно натезати са тим појмом, коме овде више није место. Ради се о ризику саобраћаја који је створила појава аутомобила а који је исте природе као и ризик на послу коме је изложен радник.

Последице аутомобилске несреће могу бити врло тешке и обавеза накнаде може бити толико велика да за аутомобилисту значи имовинску пропаст. Разумљиво је, онда зашто се осигурање од одговорности развило нарочито у овој области.

Али осигурање од одговорности, чак и кад је обавезно, не постиже увек главни циљ, а то је да се оштећенику обезбеди накнада. Ти случајеви ће, истина, бити ретки, али су могући, а то је довољно. Тако, оштећеник неће добити накнаду од осигуравајуће установе, ако је аутомобил у тренутку несреће био употребљен на други начин, а не онај предвиђен полисом осигурања; ако је аутомобилом управљало неко друго лице, а не неко од оних предвиђених у полиси осигурања; ако осигураник није платио премију осигурања; ако се аутомобилист и поред законске обавезе ипак није био осигурао, или ако је аутомобилист умакао пошто је штету проузроковао, те се за њега не зна. У систему државног осигурања оштећеник ће добити нак-

наду и у овим случајевима, и зато је овај систем практично бољи од система обавезног осигурања.

Систем државног осигурања накнаде још је у главном у проучавању. Али су већ учињени извесни кораци у правцу његовог спровођења у живот. У Француској је Друштво за законодавна проучавања још пре двадесетак година израдило један пројект закона о накнади штете проузроковане од аутомобила, и то на истим основама на којима почива накнада штете настале на послу. У канадској провинцији Саскачуан уведено је законом о осигурању од аутомобилских несрећа од 1947 државно осигурање лица од аутомобилских несрећа. Чл. 16 овог закона предвиђа да се свако лице коме је нанесена телесна повреда док је управљало моторним возилом, или се возило у њему, или у судару моторних возила, или га је моторно возило у покрету ударило, оборило или прегазило, има право на извесну одређену суму, као накнаду за претрпљену штету. Искључени су само случајеви самоубиства. Мени се чини да би се у нашем праву увођење државног осигурања накнаде могло почети са случајевима штете од аутомобила.

VIII

Ова еволуција од кривице до обавезног или чак и државног осигурања не значи опадање моралног правила, како је то често истицано. Одговорност заснована на кривици има несумњиво и моралну подлогу. Онај који се понашао како не треба и тиме другоме нанео штету треба да је накнади. Али обавеза друштва да накнади штету која потиче од опасности које ствара технички напредак није мање заснована на моралу; друштво ствара опасност ради опште користи, друштво треба да сноси и штетне последице које су цене тих користи. Те штете нису последица недокучиве фаталности, већ активности које су корисне за заједницу. У неку руку постоји „општа кривица" за те штете. Зато заједница треба и да их накнади. Може се чак рећи да са овом одговорношћу заједнице ми дижемо питање одговорности, у једном погледу, на морално виши план од онога на коме се налази одговорност појединца за кривицу. Код одговорности за кривицу ми остављамо жртву да се обрачуна, ако може, са штетником. Друштво се не интересује исходом тог обрачуна. Овде је друкчије: друштво гарантује недужној жртви да ће јој штета бити накнађена.

IX

Можемо да закључимо.

У нашем праву има места како за начело одговорности за кривицу, тако и за начело каузалне одговорности. Та два начела се не искључују и не стоје једно према другоме као правило и изузетак. Свако од њих има свој домен примене.

Обавезно осигурање од одговорности претставља пут да се оштећеном лицу осигура накнада на терет свих оних који својом активношћу стварају опасност штете. Оно одговара духу нашег права и треба да буде уведено у свим случајевима у којима је то технички могуће.

Најзад, у случајевима у којима се извесна врста штете јавља као неизбежна последица техничког напретка, требало би приступити државном осигурању, на истој основи на којој је засновано данас социјално осигурање.

(Архив за правне и друштвене науке, 1952., бр. 3)

A SUMMARY

THE BASIS OF LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED

The question of liability for damage caused represents one of the cenral themes in the obligation law.

Its analysis shows that in our law there are cases in which liability should solely be based don guilt. On the other hand, everyday life shows that there are also cases in which liability should be based on the created risk. It follows that in our law there is room not only for personal but also material (objective) liability. However, each type of liability has its appropriate scope of application.

Taking into account the fact that the injured party is often not able to realise the claim for damages against the party causing the damage (due to the insolvency of that party), it is necessary that the elements of civil liability should be expanded to include, whereever it is technically possible, necessary insurance against liability.

At the same time, in those cases where a particular damage takes place as the consequence of everyday technical development, a „state insurance" should be organised in the appropriate way, taking as a model of organisation the system of „social security".

RÉSUMÉ

LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ POUR LE DOMMAGE PROVOQUÉ

La question du fondement de la responsabilité pour le dommage provoqué est une des questions centrales dans la matière du droit des obligations.

Son étude fait ressortir que dans notre droit il y a des cas dans lesquels la responsabilité doit être fondée exclusivement sur la faute. D'autre part, la vie quotidienne met en évidence que même il y a des cas dans lesquels la responsabilité doit être basée aussi sur le risque créée. D'où il s'ensuit que dans notre droit il y a de la place tant pour la responsabilité subjective que pour la responsabilité objective. Du reste chacune de ces responsabilités a son domaine correspondant de l'application.

Eu égard au fait que la partie endommagée se trouve souvent dans l'impossibilité de réaliser sa demande de dédommagement envers la personne qui a causé le dommage (à cause de son insolvabilité) il est indispensable d'introduire en matière de la responsabilité civile, partout où cela est techniquement possible, l'assurance obligatoire contre la responsabilité.

De même, dans les cas dans lesquels le dommage déterminé apparaît comme conséquence du développement technique quotidien, il faudrait organiser de la manière correspondante „l'assurance d'Etat", auquel cas comme modèle de l'assurance pourrait servir le système de „l'asurance sociale".

UDK — 347.4

ПРИРОДА УГОВОРНЕ КАЗНЕ. — СМАЊЕЊЕ ОД СТРАНЕ СУДА

1. У једном случају, који је дошто пред Врховни суд НР Србије, предузимач се био обавезао да до одређеног рока изгради пут и да, ако ово н уради, плати за сваки дан задоцњења 10.000 динара на име уговорне казне. Окружни суд је нашао да је предузимач задоцнио двадесет дана и да је наручилац с правом задржао 200.000 динара од суме коју је био дужан исплатити предузимачу. Врховни суд је решењем укинуо пресуду окружног суда, пошто овај није испитао све чињенице које је навео предузимач, а из којих би излазило да је он при извршењу своје обавезе био спречен вишом силом и кривицом самог наручиоца. — Ја се нећу задржавати на интересантним и исправним разлагањима Врховног суда, па ни на самом случају. Ја ћу се задржати само, и то потпуно независно од наведеног случаја, на последњем пасусу разлога поменутог решења, који гласи:

> „Правно је правило да се уговорна казна, иако она има смисао накнаде претпостављене штете због неизвршења уговора која се не доказује, може по правичности смањити ако би плаћање пуне казне претстављало очигледну неоразмеру с обзиром на вредност правног посла и угрожени интерес корисника те казне и стим у вези угрожавање егзистенције или за егзистенцију нужног имовног стања лица које треба да плати казну, па је суд првог степена дужан да извиди потребне околности у том смислу а по предлогу странака и по службеној дужности". (Решење Врховног суда НР Србије Гж-46/50 од 22 маја 1950, објављено у *Збирци одлука врховних судова*, I, Београд, 1952, бр. 116, стр. 130/131).

Не може се рећи да је језик овог текста најкоректнији и да су употребљени термини срећно изабрани и прецизни. Али и поред великих спољних недостатака у њему има неколико исправних и врло важних правних пропозиција.

2. У решењу се истиче да уговорна казна „има смисао накнаде претпостављене штете због неизвршења уговора". Тиме је заузето становиште у питању правне природе уговорне казне, о коме је било много спора међу правним писцима. И заиста, по својој правној природи уговорна казна је првенствено накнада, која се од редовне накнаде разликује у томе што су стране уговорнице одредиле унапред њен износ, уместо да износ накнаде одреди суд, пошто поверилац докаже да је претрпео штету због повреде обавезе од стране дужника. Када наступи случај за који је казна уговорена, поверилац не мора доказивати ни да је претрпео штету, ни колика је та штета. Поверилац има право на уговорену казну и када није претрпео никакву штету. Захтев уговорне казне не оснива се непосредно на штети, него на уговору. Клаузула о уговорној казни ослобађа повериоца свих тешкоћа које би иначе требало да савлада ако би морао доказивати да је дужниковим пропуштањем оштећен и колика је штета која му је нанесена. Тиме се трајање евентуалног спора знатно скраћује, те поверилац може брзо и лако да добије накнаду.

Да би поверилац имао право на уговорену казну довољно је да дужник дође у доцњу. За право на уговорну казну то је једини услов. Али тај услов мора бити увек испуњен. А пошто је доцња задоцњења без законитог узрока, то дужник није у доцњи ако је извршење обавезе било спречено неким случајем више силе или кривицом самог повериоца. Разуме се, дужник који се позива на узроке који одузимају карактер доцње његовом задоцњењу и ослобађају га обавезе накнаде мора доказати да је задоцнио из тих узрока.

3. Али ако уговорна казна претставља првенствено накнаду штете, не треба губити из вида да сврха клаузуле о уговорној казни није једино да се одреди унапред износ те накнаде. Уговорна казна служи и као средство осигурања извршења обавезе. Због тога се она одређује тако да буде нешто већа од вероватне штете. Она је, дакле, и средство притиска на дужника, пошто за њега она значи известан губитак ако повреди своју обавезу, и то губитак који је већи од накнаде штете коју би због те повреде требало да плати према општим правилима о накнади. Утолико она садржи и неке елементе приватне казне, и знатно појачава позицију повериочеву. О овоме се у решењу Врховног суда не каже ништа, али је то детаљ од значаја за решење питања смањења несразмерно велике, претеране уговорне казне.

4. Раније се сматрало да је суд дужан да досуди повериоцу уговорну казну у оном износу у коме је предвиђена уговором, ако је испуњен услов који даје повериоцу право да

захтева казну. Сматрало се да суд нема право да испитује да ли постоји штета за повериоца и да ли је она већа или мања од уговорне казне, пошто је сврха уговорне казне управо да се избегне сваки спор о штети и њеној висини. Стране уговорнице су слободне да у границама принудног права уреде уговором своје односе, а кад је уговор закључен, он је закон од стране уговорнице. Зато Француски грађански законик каже: „Кад у уговору стоји да ће онај који пропусти да га изврши платити извесну суму на име накнаде штете, не може се досудити другој страни ни већа ни мања сума" (чл. 1152). Исту одредбу садржи и ранији Италијански грађански законик (чл. 1130), као и пројект заједничког Француско-италијанског законика о облигацијама (чл. 101). Она се налази и у Јапанском грађанском законику (чл. 420: „. . . суд не може повећати или смањити износ уговорне накнаде") и у неким другим законицима. Код нас је то становиште имао Општи имовински законик за Црну Гору (чл. 553 и 554).

5. У многим законицима новијег времена дозвољава се судији да смањи износ уговорне казне у неким случајевима. Швајцарски законик о облигацијама садржи то правило у чл. 163, ст. 3, који гласи: „Судија треба да смањи казне које сматра претераним". Судија је дужан да то уради и када дужник то не захтева. Нешто је другојаче у овом погледу у Немачком грађанском законику, који иначе садржи исто правило: „Ако је доспела уговорна казна несразмерно велика, може се на предлог дужника пресудом свести на умерени износ. При одмеравању износа треба узети у обзир сваки оправдани интерес повериочев, а не само имовински интерес" (§ 343). Редактори Руског грађанског законика преузели су ова правила Немачког законика и са неким додацима унели их у чл. 142, који гласи: „Ако је уговорна казна која треба да се плати несразмерно велика у сравњењу са стварном повериочевом штетом, суд има право да на захтев дужника смањи казну. — Притом је суд дужан узети у обзир: 1) колико је дужник испунио своју обавезу; 2) имовинско стање једне и друге стране; 3) не само имовински него и сваки други повериочев интерес који заслужује пажњу". Интересантно је да је ово правило садржавао и Аустриски грађански законик из 1811, у своме члану 1336, који, у облику који је добио приликом новелирања у току Првог светског рата, гласи: „Стране које закључују уговор могу уговорити нарочиту погодбу да се, у случају потпуног неиспуњења обећања или кад се не испуни како треба, или се испуни сувише доцкан, плати уместо штете, која би се имала накнадити, одређена сума у новцу или у чему другом . . . — У свима случајевима суму накнаде умериће судија, ако дужник докаже да је

претерана, саслушавши, ако је потребно, вештаке". Предоснова за југословенски грађански законик имала је исте одредбе у чл. 1285, и уз то додатак који им је давао императиван карактер („Овога се права обавезана страна не може унапред одрећи"). Од новијих закона наведимо Пољски законик о облигацијама од 1933, који у чл. 85 каже: „Ако је уговорна накнада очигледно претерана, или ако је уговор извршен делимично, дужник може захтевати смањење уговорне накнаде, нарочито кад докаже да поверилац није претрпео никакву штету од тога што уговор није извршен, или је претрпео незнатну штету. Ништаве су одредбе уговора које би биле противне овоме". Грчки грађански законик од 1940, који је ступио на снагу 1946, садржи у чл. 409 ове одредбе: „Ако је уговорна казна претерано велика, суд је може, на захтев дужника, пресудом свести на умерен износ. — Ништав је сваки супротни споразум".

6. Све ове одредбе биле су оштро критиковане. Њима је нарочито пребачено да су противне суверености уговора, који треба да буде закон за уговорнике. Како су стране слободно уговориле, тако треба и да им буде. Примећено је још да уговорна казна губи добар део своје корисности ако се дозволи да се на суду испитује да ли је она претерана или не. Сврха уговорне казне је између осталог да поверилац брзо и лако дође до накнаде, чији је износ одређен његовим уговором са дужником. Зато суд има да је досуди чим поверилац покаже да је казна уговорена, и колики је износ уговорен, не упуштајући се у испитивање односа уговорне казне и претрпљене штете. Ако суд треба да смањи казну која је несразмерна са штетом, он се мора упустити у то испитивање, а то значи спор, који може бити дуг и скопчан са трошковима.

Није нужно задржавати се дуже на овим и другим замеркама учињеним праву суда да смањи претерану уговорну казну. Истина је да то право значи отступање од начела суверености уговора, али то је начело претрпело и многа друга ограничења, нарочито у нашем праву, те се може рећи да оно припада историји. Уговор је и данас главни правни инструмент промета, али постоји читав низ општих и посебних прописа којима се ближе одређују услови његове пуноважности и његова употреба подвргава контроли суда. Истина је такође да право суда да смањи претерану уговорну казну одузима уговорној казни онај део њене корисности који се састојао у томе што су се помоћу ње избегавали трошкови и губитак времена у спору око питања постојања и висине штете. Али клаузула о уговорној казни није изгубила сву своју корисност. То се може закључити већ из тога што се и у оним земљама у којима судови смањују претеране уговорне казне ова клаузула врло често сре-

ће. Код нас уговори у привреди скоро редовно садрже ову клаузулу. Њена велика корисност је у томе што поверилац не мора доказивати да је оштећен дужниковим пропуштањем. Он, као што је било и раније, има право на уговорену казну самим тим што дужник није извршио своју обавезу или је није извршио уредно. Клаузула о уговорној казни ослобађа га терета да доказује да је претрпео штету и колика је та штета. Ако дужник жели да добије смањење уговорне казне, он треба да докаже да је казна претерана. Наша клаузула данас значи преваљивање терета доказа на другу страну, а то није мала практична корист за повериоца. Њена даља корисност је у томе што износ уговорне казне може, и поред смањења када је казна претерана бити већи од претрпљене штете.

7. Поред тога, у прилог правила да суд треба да смањи претерану уговорну казну може се истаћи да би иначе уговорна казна могла лако постати заклон за зеленашки интерес, и друго искоришћавање дужникове лакомислености, неискусности и нужде. Уз то, треба се потсетити да је уговорна казна по својој правној природи у првом реду накнада, а у противности је са самом идејом накнаде да накнада буде извор богаћења.

8. Право суда да смањи претерану уговорну казну је израз једне опште тежње и у складу је са основима нашег права. Државна арбитража одавно и константно стоји на том становишту. Али да би суд могао да смањи уговорну казну потребно је да је она у даном случају заиста „претерана", „несразмерно велика". За одређену уговорну казну може се рећи да је претерана ако је она много већа од накнаде коју би поверилац добио кад би суд оцењивао величину настале штете. Није, дакле, довољно да је уговорна казна само већа од штете, потребно је да је она много већа од ње. Јер, не треба заборавити да уговорна казна, иако је по својој правној природи пре свега накнада, није само накнада, већ и средство којим се осигурава извршење обавезе. Ову своју секундарну функцију уговорна казна може извршити само ако је њен износ бар нешто већи од накнаде коју би дужник иначе био дужан дати повериоцу. Само тада она може да учини притисак на дужника да изврши своју обавезу са дужном пажњом.

Суд не може да смањи износ уговорене казне испод износа штете, то је очигледно, јер иначе то би значило одрећи повериоцу право на накнаду. По правилу он мора одредити уговорну казну изнад износа. При томе одређивању ваља, по речима Врховног суда, поступити по правичности, то ће рећи да треба узети у обзир све околности датога случаја. Ту долази, пре свега, повериочев интерес да обавеза буде извршена, и то како имовински интерес тако и морални интерес, затим, степен

дужникове кривице, после тога, да ли је дужник имао неке користи од неизвршења своје обавезе, напр. да ли је робу коју је требало да испоручи продао некоме другоме по већој цени, онда, да ли поверилац може набавити са друге стране оно што му је дужник био дужан предати, да ли то може набавити са више или мање тешкоћа. Суд треба да узме у обзир и имовно стање дужника и повериоца, нарочито способност за плаћање савесног дужника. Али се овде ваља добро разумети: кад узме у обзир све ове околности да би уговорну казну свео на умерен износ, суд је не може свести на износ нижи од штете; напротив, смањени износ биће редовно већи од износа штете. Дужник се може ослободити и ове своје обавезе, потпуно или делимично, као и сваке друге обавезе, само у случају да је извршење онемогућено вишом силом или повериочевом кривицом. Ниједна друга околност не може га ослободити обавезе плаћања уговорне казне. Он је дужан да изврши своју обавезу чак и ако би то извршење повукло његову привредну пропаст.

9. Ово је потребно истаћи због тога што извесна нејасност у изражавању у решењу Врховног суда може дати ослонца супротном закључку. Тамо стоји да се „уговорна казна ... може по правичности смањити ако би плаћање пуне казне претстављало ... угрожавање егзистенције или за егзистенцију нужног имовног стања лица које треба да плати казну". Ове речи су несрећно изабране. Тешко је замислити да неко угрожава своју егзистенцију тиме што извршава своје обавезе. Правила о томе шта се изузима од егзистенције не ослобађају дужника ни потпуно ни делимично ниједне његове обавезе. Зашто би у том погледу било другојаче са дужниковом обавезом да плати уговорну казну? Зато ово не може бити мисао која је садржана у наведеном пасусу.

Кад се ове речи врате у контекст из кога сам их извадио да бисмо их лакше разумели, онда читамо да се уговорна казна „може по правичности смањити ако би плаћање пуне казне претстављало очигледну несразмеру с обзиром на вредност правног посла и угрожени интерес корисника те казне и с тим у вези угрожавање егзистенције или за егзистенцију нужног имовног стања лица које треба да плати казну". Приметимо узгред да се не може рећи да плаћање пуне казне претставља очигледну несразмеру с обзиром на вредност правног посла; може се рећи да је уговорна казна у очигледној несразмери са повериочевим интересом да обавеза буде извршена. Још боље је, и простије, рећи као у Немачком грађанском законику: „ако је казна несразмерно велика" (§ 343), пошто се зна са чим се уговорна казна пореди. У правним формулама није увек потребно рећи све речи; жеља за потпуношћу и прецизношћу може лако да

створи нејасности. Можемо прећи преко осталих примедби ове врсте које би се тексту могле учинити. Ако покушамо да формулишемо смисао овог текста, онда бисмо могли рећи да он поставља два услова за смањење уговорне казне: прво- да је казна несразмерно велика, претерана, и, друго, да њена исплата угрожава дужникову егзистенцију. Речи „и с тим у вези" као да подвлаче да се ови услови кумулирају. Тај закључак је, међутим, неприхватљив, пошто би он значио да би се очигледно претерана уговорна казна могла само у изузетно ретким случајевима смањити, а то би било само онда када би њеном исплатом била угрожена егзистенција дужникова. У ствари, у тексту решења лошом стилизацијом стављене су у исту линију две различите ствари, због тога што су истовремено решавана два различита питања. Једно је питање које се уговорне казне могу смањити, а друго је питање шта се има узети у обзир приликом смањења дате уговорне казне. „Очигледна несразмерност" тиче се првог питања, а имовно стање дужниково нарочито његова способност за плаћање, је околност која се узима у обзир приликом одмеравања за колико ће казна бити смањена. Мешање ова два питања и ових двеју ствари створило је велику нејасност у једној врло значајној одлуци Врховног суда, чија је доктрина иначе сагласна са основима нашега права.

(Анали Правног факултета у Београду, 1953., бр. 2)

A SUMMARY

THE LEGAL NATURE OF CONTRACTUAL PENALTIES — REDUCTION BY THE COURTS

The author discusses the problem of reduction of excessive contractual penalties by the courts, availing himself of the example of a decision by the Supreme Court of N.R. Serbia. He thinks that the contractual penalty is, judged by its legal nature, predominantly a kind of compensation, while it can also be utilised as a means of insurance for the execution of the obligation. Since it is, naturally, a means of pressure on the debtor as well, it has some elements of private penalty. This is a very important factor for the question of reduction of the excessive contractual penalty. Before, it had been the standing opinion that the purpose of the penalty is to avoid any conflicts over damage and its extent, and the principle of sovereignty of the contract had to be taken into account, so that the courts were prohibited from going into the question of excessiveness of contractual penalties. The principle of sovereignty of contracts is long outdated: it has been submitted to numerous restrictions, among others, by the recognition o the possibility of reduc-

tion of excessive penalties by the court. Many new codes permit it, without depriving the institution of contractual penalty of its utility. It is sill utilised, for it relieves the creditor of the burden of submission of evidence of inflicted damage as well as its extent, and the debtor, in order that the reduction of the penalty is obtained, is left with the burden of proof that the penalty is excessive. Besides that, the contractual penalty is also practical because the amount of the penalty may, after the reduction, still be higher than the damage caused. The penalty is not excessive for the very reason that it is higher than the damage. It is excessive only if it is much higher than the compensation the creditor would receive if the court were to evaluate the extent of the damage. Its secondary function (to be a means of pressure on the debtor) the contractual penalty can fulfil, moreover only if it is at least slightly higher than the compensation the debtor would anyway be under the duty to pay to the creditor. If the court were to reduce the penalty under the value of the damage, it would then devalue the right of compensation of damage. As a rule, fixing this amount above the value of damage, the court must take into account all the circumstances of the case. The court can release from penalty only if the execution of the obligation has been made impossible by „vis major" or the creditor. It cannot, because the payment of the penalty would cause the commercial fall of the debtor athough the commented decision leads to the contrary conclusion. It is also incorrect to assume that the excessiveness of the penalty is determined in relation to the volue of the legal transaction: it is determined only in relation to the extent of he damage. The capability of the debtor to execute payment, and his overall property situation, do not have any impact on the question of wheter he is indebted with the contractual penalty, but only on the question of the meteing out of the penalty (the extent to which the penalty will be reduced).

RÉSUMÉ

LA NATURE DE LA PEINE CONTRACTUELLE — LE RÉDUCTION DE LA PART DU TRIBUNAL

L'auteur traite le problème de la réduction de la peine excessive de la part du tribunal, sur l'exemple d'une décision de la Cour Suprême de la République populaire de Serbie. Il considère que la peine contractuelle est par la nature juridique en premier lieu une compensation, et que subsidiairement elle sert aussi comme moyen d'assurance de l'exécution de l'obligation. Comme elle est, par conséquent, de même un moyen de pression contre le débiteur elle contient aussi certains élements de la peine privée. Justement cela est important pour la question de la réduction de la peine contractuelle excessive. Auparavant on considérait que le but de la peine était d'éviter tout litige sur le dommage et son montant, et le principe était valable de la souveraineté du contrat, et c'est pourquoi on ne parmettait pas au tribunal d' examiner si la peine stipulée par le contrat est démésurée. Le principe de la souverainеté du contrat depuis longtemps déjà n'est pas valable: il est soumis à une série de limitations, entre autres aussi par la possibilité que le tribumal diminue la peine démesurée. De nombreuses lois plus récentes

admettent le recours à cette possibilité ce qui n'a pas privé l'institution de la peine contractuelle de son utilité. Elle est pratiquée toujours, car le créancier est libéré de la charge de prouver qu'il a subi le dommage et quel est le montant de ce dommage, et c'est sur le débiteur, pour qu'il puisse obtenir sa diminution, que la charge est transférée de la preuve que la peine est démesurée. Excepté à cause de cela, la peine contractuelle est pratique de même parce que le montant de la peine, mêmê après la diminution, peut être plus élevé que le dommage subi. La peine n'est pas exagérée du seul fait qu'elle est plus élevée que le dommage. Elle est exagérée seulement si elle est beaucoup plus grande que la compensation que le créancier recevrait si le tribunal estimait le montant du dommage. Sa fonction subordonnée (de servir comme moyen de pression sur le débiteur), la peine contractuelle peut remplir, de plus, seulement si elle est un peu plus grande que compensation que le débiteur serait du reste obligé de donner au créancier. Si le tribunal diminuait la peine au-dessous du montant du dommage, il contesterait le droit à la compensation du dommage. En la déterminant en règle générale au-dessus du montant du dommage, le tribunal doit prendre en considération toutes les conditions du cas. Le tribunal peut libérer de la peine seulement si l'exécution de l'obligation est rendue impossible par la force majeure ou par la faute du créditeur. Il ne peut le faire parce que le payement de la peine aurait pour conséquence la ruine économique du débiteur, quoique la décision commentée aboutit à la conclusion contraire. De même son attitude est inexacte selon laquelle la peine démesurée est déterminée par rapport à la valeur de la transaction juridique; elle est déterminée seulement par rapport à l'ampleur du dommage. La capacité du débiteur d'exécuter le payement, et en général son état de fortune, n'exerce pas l'influence sur la question s'il a contracté l'obligation envers a peine déterminée, mais sur sa question de la détermination (dans quelle mesure la peine sera diminuée).

UDK — 347.4

ОШТЕЋЕЊЕ ПРЕКО ПОЛОВИНЕ И ЗЕЛЕНАШКИ УГОВОРИ

I

1. — По ранијем Српском грађанском законику свака страна у двостраном уговору могла је захтевати раскид уговора под условом да није била добила ни пола вредности онога што је била дала или се била обвезала дати другој страни (§ 559). Код куповине и продаје то су могли и купац и продавац иако је скоро редовно раскид тражио продавац. Али је друга страна могла, под извесним условима, ако је хтела, да одржи уговор на снази: ако је раскид уговора тражио продавац зато што је уговорена цена била мања од половине вредности ствари коју је био продао, купац је могао одржати уговор на снази ако је пристајао да доплати колико недостаје до праве вредности ствари; ако је раскид тражио купац зато што је уговорена цена била већа од двоструке вредности ствари, продавац је могао одржати уговор на снази ако је пристајао да се цена снизи до износа вредности ствари. Поређење узајамних престација вршило се према вредностима које су оне имале у време закључења уговора. Доцније промене њихових вредности биле су без утицаја на пуноважност уговора. Ако је несразмера узајамних давања била толика да једна страна није добијала ни пола онога што је била дала или се била обвезала дати другој страни, онда се говорило да је она претрпела оштећење преко половине (laesio enormis) и због тог оштећења, зато што је за једну страну био лезионаран, уговор се могао раскинути на захтев те стране

Све су то општа и врло добро позната правила. Она су у Српски грађански законик прешла из Аустриског грађанског законика (§ 934), где су дошла из Јустинијановог кодекса. У том кодексу налази се једна конституција коју његови састављачи признају императорима Диоклецијану и Максимилијану, а за коју се каже да је издата 285 године, и у којој стоји:

„Ако сте ти или твој отац отуђили за мању цену ствар чија је цена већа, човечно је или да добијеш натраг продату земљу по одлуци суда, пошто вратиш цену купцима, или да ти купац, ако он то хоће, доплати колико недостаје до правичне цене" (с. 2 Cod. 4,44).

И по Српском грађанском законику, као и по Јустинијановом кодексу, критеријум је био чисто објективан: било је потребно, али је било и довољно, да једна страна у двостраном уговору не прима по том уговору ни пола вредности онога што је дуговала или је већ била дала другој страни. Кад је то био случај онда се могао тражити раскид уговора без обзира на ма какав субјективан момент. Било је споредно да ли је тако оштећина страна знала колике су праве вредности узајамних давања и да вредност онога што она по уговору може да тражи од друге стране не износи ни пола вредности онога што је она по том истом уговору дуговала другој страни.

Није било тако у овом погледу у Хрватском и Аустријском грађанском законику. Тамо, као што је познато, и као што ћемо после видети, принцип раскида због оштећења преко половине имао је мањи домашај, пошто право на раскид није припадало уговорнику који је знао праву вредност ствари па је ипак пристао на несразмерну цену.

Најзад, стране уговорнице могле су се још у самом уговору одрећи права да траже раскид уговора због оштећења преко половине (§ 560).

2. — Вреде ли ова правна правила и данас? Или би можда у њиховом комплексу требало разликовати она која и даље вреде од оних која су изгубила снагу правних правила. У сваком случају ваљало би утврдити зашто неко од њих данас не би више имало карактер правног правила. Није довољно рећи да неко раније правно више не одговара нашим потребама и промењеним приликама. Ваља то тврђење и образложити. Доктрина Врховног суда ФНРЈ у том погледу врло је јасна и прецизна:

„Суд се мора послужити методом која је означена у члану 4 Закона о неважности правних прописа донетих пре 6 априла 1941 год. и за време непријатељске окупације. Полазна идеја при томе јесте гледиште да су изгубили правну снагу прописи који су важили пре 6 априла 1941 (чл. 2 Закона). По чл. 4 суд може да у решавању конкретних ствари примени поједина правила, садржана у тим старим законима, уколико нису у супротности са Уставом ФНРЈ и уставима народних република, са законима и осталим важећим прописима донетим од надлежних органа

нове државе, као и са начелима уставног поретка ФНРЈ и њених република.

„Законски израз из чл. 4 „могу по овом закону да се примењују" значи уствари 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 чл. 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 правило". (Решење врховног суда ФНРЈ Гз. 24/51 од новембра 1951. *Збирка одлука врховних судова*, I, бр. 145, Београд, 1952.)

Према непотпуним обавештењима судови у нашој земљи, примењују у овој материји ранија правна правила, и раскидање уговора због прекомерног оштећења дозвољава се под условима који су ранијим законима били утврђени.

Међутим, у једној пресуди Врховног суда НР Србије стоји између осталих мотива због којих одбија једну жалбу на пресуду окружног суда и ово:

„. . . Раскиду уговора због оштећења преко половине нема места, пошто су правна правила, која су раније важила у супротности са садашњим схватањима да се уговор има сматрати ништавним само ако је уговор склопљен под притиском или у заблуди, тј. у отсуству слободне и одређене воље сауговорача." (Пресуда од 27 маја 1953, Гз. — 333/53.)

Није нужно задржавати се на тврђењу да се по садашњим схватањима имају сматрати наштавним само уговори склопљени под притиском или у заблуди. Има очигледно и других узрока ништавности у нашем праву. Пресуди вероватно и није био циљ да то негира, иако то излази из усвојене редакције. Можда се хтело рећи, под утицајем правила Хрватског и Аустријског законика, да се о оштећењу води рачуна само ако је оштећени уговорник био у заблуди о вредностима узајамних престација. То је, уосталом, доктрина и Француског грађанског законика. Али све то, ма како било, није важно за наше главно питање, које је решено у самом почетку наведеног образложења, према коме „раскиду уговора због оштећења преко половине нема места".

Кад би се остало при пракси започетој овом пресудом то би значило потпуно напуштање принципа раскида уговора због оштећења преко половине, те се ни један уговор не би могао раскинути из тог узрока. Овај обрт не изгледа основан. Напротив, данас код нас има више разлога него у раније време да овај принцип остане у нашем правном систему. У принципу раскида двостраних уговора због оштећења преко половине долази до изражаја идеја о потреби једнакости престација, о њиховој еквивалентности у тим уговорима. Постојање велике несразмере између узајамних престација противно је самој идеји ових уговора. Оштећење преко половине значи да је једна страна извукла из уговора претерану корист на рачун друге стране; оно чини уговор неправичним и оправдава допуштање другој страни да уговор, ако хоће, раскине због тога. Како би се уосталом могло објаснити да се принцип који потиче из социјалистичког начина гледања на односе међу људима, и који је имао места у многим индивидуалистичким правима, да се тај принцип брише из социјалистичког права? Дакле, не само да овај принцип не треба напуштати, него му треба дати у нашем праву још више места него што га је раније имао. У том правцу, потпуно супротном ономе којим нас упућује наведена пресуда, требало би правити одговарајуће измене у овој материји и отступити од ранијих правила.

3. — Једно од тих правила тиче се могућности одрицања од права на раскид. Према прописима ранијег Српског грађанског законика стране уговорнице, као што смо у почетку потсетили, могле су се још у самом уговору одрећи права да траже раскид уговора ако би се доцније показало да је једна страна оштећена преко половине (§ 560). Правило о раскиду уговора због оштећења преко половине имало је дакле само диспозитиван карактер (в. и Хрватски и Аустријски грађански законик, § 935). Практично, то је имало за последицу да су се у скоро свима знатнијим уговорима стране уговорнице одрицале унапред од права да траже раскид уговора због оштећења преко половине. Одрицање од права да се тражи раскид уговора због оштећења преко половине било је постало стилска клаузула. Тиме је једно правило, чија је сврха била да осигура колико-толику сразмеру између давања уговорника у двостраним уговорима, било лишено своје садржине, и неправични уговори били су обезбеђени од захтева оштећене стране да буду раскинути. Та пракса продужава се и данас, и у уговорима, нарочито у уговорима о продаји и размени некретнина, та се клаузула редовно сређе. Колико је познато, код нас се њена пуноважност не ставља у питање.

Међутим, само један мали осврт на упоредно право показује нам колико је ово правило у нескладу са нашим данашњим правом. Тако, Француски грађански законик, који је иначе сав прожет принципом слободе уговарања и претставља триумф индивидуализма у законодавству, има у овом питању супротну доктрину. То је утолико више интересантно што овај законик не познаје један општи принцип раскидања двостраних уговора због прекомерног оштећења, већ дозвољава раскид уговора из тог узрока само у неким изузетним случајевима. Један од тих случајева је и случај продаје некретнина. Раскид таквог уговора може тражити продавац кад је уговорена цена нижа од пет седмина вредности продате некретнине. Купац не може тражити раскид уговора никада, ма колико да су његове обавезе несразмерно веће од продавчевих. Од права да тражи раскид уговора због прекомерног оштећења продавац се не може одрећи уговором о продаји. Он се не може одрећи тог права ни посредно ако би у уговору изјавио да поклања купцу вишак вредности. Продавац, каже чл. 1674 Француског грађанског законика „има право да тражи раскид продаје чак и ако се у уговору изрично одрекао могућности да тражи овај раскид и ако је изјавио да поклања вишак вредности". То значи да су по француском праву такве одредбе у уговорима о продаји ништаве. У ограниченом обиму, у коме дозвољава раскидање уговора због прекомерног оштећења Француски грађански законик ставио је ово правило ван домашаја воље странака, и уврстио га у принудно право. То је био сигуран начин да се спречи изигравање идеја које су довеле до овлашћења продавца да тражи раскид уговора о продаји због прекомерног оштећења и да се осигура заштита оштећеног.

Доктрина Француског грађанског законика очигледно одговара више основи правила о раскиду уговора због оштећења преко половине него доктрина Српског грађанског законика. Француски законодавац није прихватио принцип раскида лезионарних уговора у целини. Али уколико га је прихватио он му је дао логичне допуне. У нашем праву те његове допуне су још више индициране, те би се могло узети да су и код нас ништаве клаузуле о одрицању у самом уговору од могућности да се захтева раскид уговора због оштећења преко половине.

4. — Друго једно правило ранијег права које би из истих основних разлога требало напустити данас не налази се у Српском грађанском законику, већ у Хрватском и Аустријском грађанском законику. По њима, онај уговорник који је „ на несразмерну цену ипак пристао иако му је права вредност била позната" (§ 935), није могао тражити раскид због оштећења. За раскид уговора није, дакле, био довољан факат да „једна страна није примила од друге стране ни половину од обичне вред-

ности онога што је она овој страни дала" (§ 934); било је потребно још и да оштећени уговорник није знао за несразмеру између праве вредности ствари и уговорене цене. За право на раскид била су потребна два услова: један објективан, који се састојао у несразмери узајамних давања, и други субјективан, који се састојао у заблуди оштећеног уговорника о стварном односу између цене и вредности ствари. То је знатно сужавало поље примене нашег правила.

И у овом погледу интересантно је поређење са француским правом. У Француској теорији прекомерно оштећење, уколико се о њему води рачуна, те се због њега дозвољава раскид уговора у одређним случајевима, сматра се традиционално као мана воље. Француски грађански законик говори начелно о њему у секцији у којој је реч о сагласности воља и заблуди, принуди и превари (чл. 1109—1118). У теорији се због тога обично каже да се у сваком случају несразмре између узајамних давања страна уговорница среће или заблуда оштећеног, или превара од стране његовог сауговорника, или нека принуда, или бар нужда у којој се налазио оштећени, које објашњавају како је дошло дотле да су стране уговориле несразмерна давања. То би значило да уколико не би постојала мана у вољи оштећеног уговорника, он не би могао да захтева поништење уговора. Па ипак, Француски касациони суд од пре извесног времена сматра у случају продаје некретнина да има места раскиду продаје због прекомерног оштећења само ако постоји законом предвиђена несразмера између уговорене цене и вредности некретнине, не истражујући, дакле, како је дошло до оштећења, и не тражећи да ли је оно последица неке мане продавчеве воље. Он је у случајевима ове врсте напустио субјективни критеријум и задовољава се чисто објективним критеријумом. Тиме је наше правило добило много већи домашај, и примењује се и у случајевима који су му раније измицали. То показује да наше правило осваја терен и кроз судску праксу и у оним правима у којима је његов домашај раније био незнатан. Треба ли да ми останемо на позицијама које су други већ напустили, иако су за то имали мање разлога него ми?

5. — Ми смо у два претходна параграфа видели да би принципу раскида уговора због оштећења преко половине требало дати већи домашај него што га је имао по ранијим законима, и да би због тога требало одбацити два правила која су тај домашај сужавала. Али би се могло такође питати да ли принципу раскида лезионарних уговора не би требало ставити једно ново ограничење, али које изгледа да одговара његовој природи и сврси. Наиме, при испитивању да ли постоји оштећење пореде се вредности које су узајамне престације имале у вре-

ме кад је уговор закључен (§ 559, ст. 3, Српског грађанског законика, § 934 Хрватског и Аустриског грађанског законика). О доцнијим променама вредности не води се рачуна, и то је разумљиво: са њима стране нису рачунале, или, ако су и рачунале са њима, обично су очекивали промене у другом правцу. Правило је разумно и треба остати при њему. — Али се може догодити да неки лезионарни уговор престане бити лезионаран током времена. Претерана несразмера између узајамних давања која је постојала у тренутку закључења уговора могла је нестати, или због тога што је вредност онога што је оштећени примио или што треба да прими, накнадно порасла, или због тога што је вредност онога што је он дао или се обвезао дати, накнадно пала, и тако је могло доћи до неког изравнања. Треба ли и у том случају дозволити раскид уговора због тога што је оштећење преко половине постојало у тренутку закључења уговора, или га треба одбити због тога што не постоји више у тренутку тужбе? Може ли се рећи, пошто је несразмера узајамних давања накнадно нестала, да је отпао разлог за тражење раскида? А шта ако је оштећење остало и после промене вредности, само више није преко половине? Италијански грађански законик дозвољава раскид само ако је оштећење трајало „до времена када је тужба поднесена" (чл. 1448, ст. 3). То изгледа претерано. Зашто бисмо одбили могућност раскида ако је несразмера само толико смањена колико да оштећење не буде преко половине, али је опет остала врло велика?

Питање је сложено и захтева дискусију у детаљима. Са неком сигурношћу може се рећи само толико да не би изгледало основано дозволити раскид уговора ако је оштећење преко половине, које је постојало у тренутку закључења уговора, сасвим нестало у тренутку подношења тужбе за раскид.

6. — Најзад, у допуни ових размишљања, треба додати да наше право располаже данас још једним ефикасним средством за борбу против неправичних уговора. То је забрана зеленашких уговора, која је изречена у чл. 263 Кривичног законика:

> „Ко за услугу коју чини неком лицу прими или уговори за себе или другога несразмерну имовинску корист искоришћујући његово тешко имовинско стање, нужду, недостатак искуства или лакомисленост, казниће се затвором до три месеца и новчаном казном".

Самим тим што њихово закључење претставља кривично дело уговори описани у овом тексту лишени су грађанскоправних дејстава; они су апсолутно ништави, јер су противни јавном поретку, што значи, између осталог, да се искоришће-

но лице не може ни унапред ни доцније одрећи могућности да захтева поништење уговора, и да право на поништење уговора не може застарети.

Сличан пропис појавио се у иностранству пре више деценија у неким казненим законима одакле је прешао у грађанско право. Садржина коју му је дао Немачки грађански законик у чувеном „зеленашком параграфу" (§ 138) прихваћена је са мањим или већим изменама у многим другим законицима, као што су Швајцарски законик о облигацијама (чл. 21). Аустриски грађански законик (нови чл. 879), Руски грађански законик (чл. 33), Пољски законик о облигацијама из 1933 (чл. 42). Италијански грађански законик (чл. 1448). У неким правима ови уговори су апсолутно ништави, а у неким се ниште само на захтев експлоатисане стране.

У неким правима као што су немачко, швајцарско, руско, италијанско, не постоји поред забране зеленашких уговора и могућност раскида лезионарних уговора. Неки писци сматрају да је могућност раскида лезионарних уговора неефикасно и застарело средство, које се данас може корисно заменити забраном зеленашких уговора. Постављени циљ постигао би се потпуније овим другим средством.

Има, међутим права која познају истовремено оба средства: и могућност раскида уговора због прекомерног оштећења и забрану зеленашких уговора. Тако је по Аустријском грађанском законику, који у §§ 934 и 935 говори о могућности раскида уговора због оштећења преко половине, а у § 879, ст. 2, тач. 4, измењеном 19 марта 1916 изриче ништавост зеленашких уговора:

> „Нарочито су ништави ови уговори: ... 4) ако неко искоришћава лекомисленост, тежак положај, слабоумност, неискуство или душевно узбуђење другога на тај начин што учини да се њему или неком трећем лицу за неку престацију обећа или изврши нека противпрестација, чија имовинска вредност стоји у очигледној несразмери са вредношћу престације."

Ако се ближе загледа у ствар, биће лако уверити се да забрана зеленашких уговора не чини непотребним правило о могућности раскида лезионарних уговора. Биће случајева у пракси који ће пасти и под удар забране зеленашких уговора, и под удар правила које дозвољава раскид уговора због оштећења преко половине. Али ће бити и случајева који ће пасти само под удар једног од њих, пошто услови за примену правила забране зеленашких уговора и правила о могућности раскида због оштећења нису исти.

Да би један уговор могао бити раскинут због прекомерног оштећења потребно је, али је и довољно, бар по нашем праву, да једна страна не добија по том уговору ни пола вредности онога што даје другој страни. Критеријум је рачунски, чисто објективан. А да би један уговор могао бити поништен зато што је зеленашки, није потребно да из њега произилази за једну страну оштећење преко половине. Зеленашки уговор може бити поништен и због мање несразмере између давања страна уговорница. Али није довољно да постоји несразмера између њихових давања; потребно је поред тога да је до те несразмере дошло тако што је једна страна искористила „тешко имовинско стање, нужду, недовољно искуство или лакомисленост" друге стране. Овде је критеријум субјективан. Зато кад се не утврди да страна која из уговора извлачи несразмерну имовинску корист није до тога дошла искоришћујући нужду, неискуство или лакомисленост свога сауговорника, онда се уговор неће моћи поништити као зеленашки. Он ће можда бити раскинут због оштећења, али то ће моћи бити само ако се „несразмерна имовинска корист" једне стране буде састојала у томе што је њено давање мање од половине вредности онога што је примила од друге стране.

Има између ова два средства борбе за правичност у уговорима и других разлика. Сврха ових редова није проучавање ових средстава него само да се покаже да поред модерне забране зеленашких уговора има у нашем правном систему места и за старо правило којим се дозвољава раскид уговора због оштећења преко половине.Могућност раскида уговора због оштећења преко половине дозвољава да се исправе неке неправичне ситуације које би иначе остале ван домашаја забране зеленашких уговора. Зато је претерано рећи да је ово старо праавило „у супротности са садашњим схватањима". Може се, напротив, рећи да ми треба да прихватимо и даље развијемо идеју која се налази у његовој основи, а коју напред наведена конституција коју Јустинијанов кодекс приписује Диоклецијану и Максимилијану, изражава тако јасно и добро речима „humanum est . . ."

(Анали Правног факултета у Београду, 1954., бр. 2)

A SUMMARY

DAMAGE „OVER HALF" AND USURY CONTRACTS

After setting forth the rules concerning damage „over one half", established in the Serbian Code and the Austrian Civil Code, the author is firstly, in favour of the break of contract as a possible solution due to damages inficted „over on half" in post-war Yugoslav law. His main argument in favour of this stand lies in the idea of necessity of equality of praestatio and their equivalent values in bilateral contracts. This principle should have more significance in socialist law than it did in the pre-war law. Due to this fact the author is emphatically adverse to the stanpoint which may be found in a decision of the Supreme Court of N. R. Serbia, accerding to which there is no reason or break of contract due to damage caused „over one half", because legal rules pertaining to this institution are „contrary to current points of view" with regard to the voidness of contracts. Secondly, the author discusses the question of the possibility of renounciation of one party to demand the break of contract for the reason of damage „over one half". After having set forth the socutions given in the Serbian Civil Code, the Austrian Civil Code and the French Civil Code, which are diverse, the author is in favour of our current law recognising the voidness of those clauses laying down renounciation of the possibility (or option) to demand break of contract due to caused damage „over one half". Observing the diversity in the conditions for the break of contract because of a „laesio" contract according to the Serbian and Austrian Civil Code, the author is in favour of the utilisation of the solution from the Serbian Civil Code in our current law, which has adopted the objective (material) criteria for the damage „over one half". Discussing, therefore, the consequences of the application of the rules of the break of „laesio" contracts, the author is in favour of not allowing the break of contract for this reason, if the damage „over one half" which existed at the moment of entering into the contract, has completely vanished at the moment of submission of demand for the break of contract to the court Finally after having analysed the provisions of the Criminal Code concerning usury contracts, the author concludes that the prohibition of these does not make the rule pertaining to the possibility of break of „laesio" contract redundant. At the end author comes out in favour of the acceptance and development of the idea which underlies the possibility of break of „laesio" contracts, ideas, expressed in the Justinian Code through the words: „Humanum est..."

RÉSUMÉ

L'ENDOMMAGEMENT AU DESSUS DE LA MOITIÉ ET LES CONTRATS USURIERS

Après avoir exposé les rêgles relatives à l'endommagement au-dessus de la moitié, contenues dans la Code civil serbe et le Code civil autrichien, l'auteur, *en premier lieu,* intercède en faveur de la possibilité de la resiliation du contrat à cause de l'endommagement au dessus de la moitié dans le droit yugoslave d'après-guerre. Les arguments fondamentaux de la position qu'il a prise se trouvent dans l'idée de la nécessité de l'égalité des prestations et leur équivalence dans les contrats mutuellement obligatoires. Ce principe doit avoir dans le droit socialiste une plus grande importance qu'il ne l'avait daus le droit d'avant-guerre. C'est porquoi l'auteur s'oppose énergiquement à l'opinion contenue dans une décision de la Cour Suprème de la Républiqué Populaire de Serbie, selon laquelle il n'y a pas de place à la résiliation du contrat à cause de l'endommagement au-dessus de la moitié car les règles de droit relatives à cette question sont „centraires aux conceptions actuelles" relatives à la nuillité du contrat. La deuxième question que l'auteur examine est la possibilité du renoncement de la partie de demander la résiliation du contrat à cause de l'endommagement au-dessus de la moitié. Après avoir exposé les prescriptions du Code civil serbe, du Code civil autrichien et du Code civil français, qui sont différentes, l'auteur plaide en faveur de la thèse que pour notre droit contemporain il faut adopter l'opinion selon laquelle les clauses relatives au renoncement à la possibilité de demander la résiliation du contrat à cause de l'endommagemennt au-dessus de la moitié sont nulles. En partant de la difference dans les conditions pour la résiliation du contrat lésionnaire d'apres le Code civil serbe ou le Code civil autrichien, l'auteur plaide en faveur de la thèse qui consiste à appliquer dans le droit contemporain la prescription du Code civil sarbe qui a adopté un critère objectif pour l'endommagement au-dessus de la moitié. En examinant, ensuite, les conséquences de l'application des règles relatives à la résiliation des contrats lésionnaires l'auteur se place sur le point de vue qu'il ne faudrait pas permetre la résiliation du contrat, si l'endommagement au-dessus de la moitié, qui existait au moment de de la conclusion du contrat, a complètement disparu au moment de l'action intentée en justice pour la résiliation. Enfin, après avoir analysé les dispositions du Code pénal relatives au contrat usurier, l'auteur conclut que l'interdiction des contrats usuriers ne rend pas la règle relative à la possibilité de la résiliation des contrats lésionnaires. Dans la conclusion de son travail l'auteur intercède en faveur de l'acceptation et le développement de l'idée qui se trouve à la base de la possibilité de la résiliation des contrats lésionnaires, idée, exprimée dans le Code dë Justinien par les paroles: „Humanum est...".

UDK — 340.13

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 окупације, 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 законику 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 испитивања 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 необразложиво 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 1. (Београд, 1952), бр. 145, стр. 160).

3. — Тежи је случај када правно правило није у супротности 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, например, Хрватски општи грађански законик као и ранији Аустријски, није дозвољавао раскидање уговора због неизвршења (§ 919), док је Аустријски грађански законик, у облику у коме је важио у Словенији и Далмацији после измене 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 ле се уговор може раскинути ако није ни делимично извршен, било предмет спора у теорији, а и судска пракса у том погледу није била устаљена. 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 раније правнап одручја 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 начилима 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 поретка 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 тековима

нама 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 важним 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 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 извода, 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 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 јединственост треба да буде уочена. Та јединствена чињеница може бити искоришћена у једном више циљу, у циљу 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 осталног, 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 упоредно 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 законицима. И састављачи општих узанси узели су их највећим

делом из материјала припремљеног за нацрт једног општег облигационог закона. Судови не могу примењивати опште узансе у грађанским споровима, изузев ако су се уговорници споразумели о том. 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 1946. 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 изједначују са законом. Али има и одлука које на та правила гледају на начин који се мени чини исправан. 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 ослањао 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 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 1946, 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.

(Анали правног факултета у Београду, 1952., бр. 3—4)

A SUMMARY

THE OLD „LEGAL RULES" AND THE UNIFORMITY OF LAW

The theme of this article is the analysis of the condition in Art. 4. of the Law On The Voidness Of Legal Regulations Effective Before 6th April 1941. And During The Enemy's Occupation (of our country). The author, referring to a decision of the Supreme Court of F.N.R.J. of 1951., is in favour of the responsibility of the court determine and explain whether (and why) the application of a concrete legal regulation is in adversity with the Constitution, oher legal regulations and the principles of the constitutional order, in each particular case. Simultaneously, he asserts that legal practice does not always observe this rule. In case of determining that the application of a legal regulation is in order, there arises an exceptionally significant question: hether each of the legal regulations should be applied only in the area in wich it had been effective before the War, or, whether a uniform legal regulation should be formed with the aid of versatile legal rules. This question is even more complicated by the fact that the previous legal adreas are not identical with the areas of the newly formed republic Supreme Courts. Before setting forth his own point of view, the author devoted his attention to the following significant moments: 1: if the standpoint regarding the application of legal regulation were consistently observed only in the areas in which they were previously effective than that would be a legal federalism of the worst kind, which would not be very different from the situation of before the War; 2) legal regulations are not regulations of the law, but are made of much „softer material", which has been given to the judge to avail himself of it for the purpose of filling in legal gaps; 3) according to the Constitutional Law of 1953., the entire matter of the Civil Code should be considered a part of the federal legislature; 4) attention should be devoted, in the application of individual regulations, to the General Usances, since they also contain regulations, which are sometimes part of statutory law. On the basis of these commeiits, the author concludes thet courts should, in case that the regulations of previous legal areas are contradictory choose the one regulation which is most suitabe to the modern needs of society and law. However, it is stressed that there are many examples indicating that courts strictly adhere to the rules which were effective in their areas, meaning that the legal effect of these regulations is equal to the effect of the law. As an example of correct reasoning of the court with regard to the choice of the best regulation, the author cites a decision of the Supreme Court of N.R. Bosnia, i Hercegovine, from 1956. He does critisize certain stands in the given explanation of this Court but comes out in support of the main principle: particularism and adverse regulations should be replaced by uniform ones. Such creative activity on part of the courts should be supported.

RÉSUMÉ

LES ANCIENNES „RÉGLES DE DROIT ET L'UNITÉ DU DROIT

L'objet de cet article est l'analyse des conditions de l'article 4 de la Loi relative à l'invalidité des prescriptions juridiques adoptées avant le 6 avril 1941 et pendant l'occupation ennemie. En se référant à une décision de la Cour Suprême de la République Fédérative Populaire de Yougoslavie de 1951, l'auteur soutient l'opinion que le tribunal est obligé dans chaque cas concret de *constater et motiver* si l'application de la règle de droit déterminée serait (et pourquoi) en contradiction avec la Constitution, les autres prescriptions et les principes de l'ordre constitutionnel. En même temps il constate que la pratique ne respecte pas cette obligation. En cas que l'on constate qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la règle de droit, une question exceptionnellement importante se pose: est-ce qu'il faudrait appliquer chacune des règles de droit seulement dans le ressort dans lequel elle était valable avant la guerre, ou bien, à l'aide de différentes règles de droit, il faudrait établir la règle qui serait valable partout. La question se complique encore plus du fait que les anciens ressorts juridiques ne coïncident pas avec les ressorts des cours suprêmes des républiques féderées. Avant d'exposer son point de vue, l'auteur a attiré l'atention sur les moments importants suivants: (1) si on adoptait avec esprit de conséquence la position prise sur l'application des règles de droit strictement dans les ressorts dans lesquels elles étaient en vigueur auparavant, alors ce serait, le fédéralisme juridique de la pire espèce, qui ne différerait pas beaucoup de l'état d'avant-guerre; (2) les règles de droit ne sont pas des règles de la loi, mais un „matériel beaucoup plus mou" qui est donné au juge pour s'en servir aux fins de remplir les lacunes juridiques; (3) d'apprès la loi constitutionnelle (de l'année 1953), toute la matière du Code civil fait partie de la législation fédérale; (4) il faut, à l'occasion de l'application des différentes règles, tenir compte des Usances générales, car elles contiennent aussi les règles qui, d'ailleurs, se trouvent dans les lois. Sur la base de ces observations l'auteur tire la conclusion que les tribunaux doivent, dans le cas que les règles des différents ressorts juridiques précédents sont contradictoires. choisir la règle qui correspond le plus aux nécessités contemporaines de la société et du droit. Cependant, il est souligné qu'il y a beaucoup d'exemples que les tribunaux observaient strictement les règles qui étaient valables dans leur ressort, ce qui signifie qu'ils égalisent la force de ces règles avec la force de loi. Comme exemple du raisonnement exact du tribunal dans le sens du choix de la meilleure règle sans égards où elle était valable auparavant, l'auteur cite une décision de la Cour Suprême de la République Populaire de Bosnie-Herzégovine de 1956. A la vérité, it critique certains points de vue de sa motivation, mais il prête son appui au sens fondamental: il faut remplacer le particularisme et les règles contraires par les règles uniques. Il faut soutenir partout une telle activité créatrice.

UDK — 347.7

ЗАБРАЊЕНИ УГОВОРИ О ТРГОВИНИ

1. У циљу регулисања тржишта трговинским предузећима и радњама дозвољено је да се баве само оном трговинском делатношћу која је предмет њиховог пословања. Поред тога изричито им је забрањено обављање извесних одређених послова. Прописи о томе налазили су се у одредби о оснивању и делатности трговинских предузећа од 23 јануара 1952. Уредбом о трговинкој делатности и трговинским предузећима и радњама од 23 децембра 1953 ова је материја детаљније регулисана. У пречишћеном тексту ове уредбе, донесеном на основу уредбе о њеним изменама и допунама, од 2 јула 1955, а који је објављен у бр. 37 *Службеног листа*, од 17 августа 1955, прописи о овоме налазе се у чл. 12, 62 и следећим. Те забране се састоје углавном у следећем: 1) трговинска предузећа и радње не могу се бавити оном трговинском делатношћу која није предмет њиховог пословања; 2) трговинским предузећима и радњама забрањено је набављати пољопривредне производе и другу робу преко накупаца; 3) тговинским предузећима на велико забрањено је да једна другима продају робу; 4) забрањена је продаја робе између предузећа на мало; 5) индустриска и друга произвођачка предузећа не могу куповати робу у циљу даље продаје, ни тако купљену робу продавати; 6) привредним организацијама је забрањено да се међусобно споразумевају о продајним ценама на унутрашњем тржишту, и о подели тржишта, у погледу продаје робе само одређеним потрошачима, као и о другим условима и облицима пословања који доводе до монополистичког положаја на тржишту. У свим наведеним случајевима предвиђени су изузеци у којима је забрана дигнута, те су дозвољени уговори који су иначе забрањени; најзад, 7) трговинска предузећа и радње и произвођачке пољопривредне организације не могу купцима продају једне робе условљавати куповином своје робе, ни продајом робе од стране купца.

У уредби су предвиђене разноврсне санкције за случај повреде прописа о трговинској делатности уопште, па и прописа

који забрањују закључивање извесних уговора. Ту долазе, пре свега, разне управне мере, од којих је најблажа привремена забрана обављања одређене трговинске делатности, а најтежа стављање привредне организације под принудну управу (чл. 77). На другом месту, од привредне организације која је радњом учињеном противно одредбама уредбе прибавила себи имовинску корист одузима се целокупан износ тако прибављене користи (чл. 90). Најзад, у уредби су предвиђене и новчане казне разних износа за разне случајеве повреде њених прописа. Између осталог предвиђена је новчана казна од 50 хиљада до 2 милиона динара за привредну организацију ако обавља трговинску делатност без одобрења, или противно одобрењу, или ако врши препродају робе противно одредбама уредбе (чл. 92, ст. 1, тач. 1 и 2). За одговорно лице у привредној организацији предвиђена је новчана казна од 5 хиљада до 50 хиљада динара, ако радња не претставља кривично дело (чл. 92, ст. 4).

Ни у уредби ни у коме другом пропису нису предвиђене никакве грађанске санкције. Одатле је изведен закључак да уговори закључени противно неким од ових забрана нису ништави него да су пуноважни и да се морају извршити, само се уговорник коме је било забрањено да их закључи излаже управним и казненим санкцијама наведеним у уредби. Али постоји и супротно мишљење: да су ништави сви ови уговори, зато што су закључени противно забранама, или, како се раније говорило, што су закључени „ван предмета и одбима пословања предузећа". „Све уговоре склопљене у циљу обављања послова који су забрањени треба огласити ништавним, без обзира што таква последица није и у прописима изрично предвиђена" (Миодраг Петковић у *Аналима правног факултета у Београду*, 1956, год. IV, стр. 331).

2. Главна државна арбитража била се изјаснила о овој ствари без резерве још 1951. Једно предузеће за воће и поврће било је закључило уговор о продаји два вагона кукуруза, па пошто је цена кукрузу доцније била скочила а купац није пристајао на тражено повећање уговорене цене, предузеће је одбило да изврши уговор тврдећи да је уговор ништав јер „није склопљен у оквиру предмета пословања предузећа". Веће Главне арбитраже није било тог мишљења. „Чињеница је да је уговор закључен за робу која не спада у оквир редовног пословања туженика. Ова чињеница нема утицаја на решење спора, нити на ваљаност самог уговора, јер привредно предузеће као самостална привредна јединица одговара за обавезе преузете уговором". (Одлука Главне државне арбитраже при Влади ФНРЈ од 22 маја 1951. (Збирка одлука државне арбитраже, св. IV, бр. 207, Београд, 1951). Било би тешко рећи једноставније и јасније

да начело специјалности и начело да је уговор закон за уговорнике не дејствују на истим разинама.

Иста доктрина изражена је поводом једног другог случаја у коме је предузеће, које је било регистровано као „трговина индустриском робом и пољопривредним производима на мало", било одбило да испоручи своме сауговорнику 45 тона сена, на шта се било обвезало уговором, позивајући се на то да оно није овлашћено да се бави трговином на велико. Главна државна арбитража огласила је тај уговор за пуноважан. „Против предузећа које обавља трговинску делатност противно прописама предвиђене су привредноуправне и казнене мере. Међутим, ни уредба о оснивању и делатности трговинских предузећа, ни решење о условима за обављање трговинске делатности на велико и мало, а ни било који други пропис не предвиђа поред привредноуправних и казнених мера никакве друге правне последице у односу на уговоре склопљене ван обима и предмета пословања. Према томе, ваљани су купопродајни уговори закључени ван обима и предмета пословања предузећа". (Закључак Главне државне арабитраже од 12 фебруара 1953. Збирка одлука државне арбитраже, св. VI бр. 307, Београд, 1953).

Међутим, у међувремену Главна државна арбитража била је заузела у једном случају супротан став. Два трговинска предузећа на велико била су закључила међу собом уговор о куповини и продаји 250 тона каустичне соде, коју је купац хтео да извезе. Купац је примио око 90 тона, и пошто сода није одговарала уговореном квалитету изјавио је да уговор раскида, и захтевао је од продавца да му врати део цене за непреузете количине, пошто је целу цену био исплатио унапред. „У овом случају", каже се у закључку Главне државне арбитраже, „правна одлучна околност и суштина спора састоји се у томе да су, и тужилац и туженик трговинска предузећа на велико . . . Трговинска предузећа (на велико) су основана у циљу снабдевања малопродавачке мреже. Веће допушта могућност да трговинско предузеће на велико прода робу изузетно и ван малопродавачке мреже. То може бити изазвано разним појединачним и изузетним околностима, као што је, например, немогућност пласмана у малопродавачкој мрежи. У поступку није извиђано да ли је туженик могао да прода предметну соду малопродавачкој мрежи, односно да ли је само зато, што то није могао да постигне био принуђен да је прода трговинском предузећу на велико. Ако би се утврдило да је туженик конкретне послове обавио противно својим задацима које има као продавац на велико по постојећим прописима и решењу о његовом оснивању и да је прекорачио предмет свог пословања из шпекулативних мотива, онда је поступио противно допуштеном начину пословања, јер је

робу извезао уместо да је снабдео малопродавачку мрежу. Правна последица тога била би да странке морају да поврате једна другој све што се још даде реституирати. Ако би се, пак, утврдило да туженик није могао да пласира предметну соду директно малопродавачкој мрежи, онда би се конкретни послови имали сматрати ваљанима." (Закључак Главне државне арбитраже при Влади ФНРЈ, од 24 јануара 1952. Збирка одлука државне арбитраже, св. IV, бр. 256, Београд, 1952).

Као што се види, пуноважност уговора у овом случају, према доктрини израженој у наведеном закључку, зависила би од резултата испитивања да ли је продавац „могао да пласира предметну соду директно малопродавачкој мрежи", дакле од нечега што се ретко може утврдити са сигурношћу, а што са своје стране зависи и од умешности самога продавца, а и од случаја. Па и кад би се то могло да утврди са апсолутном сигурношћу, купац би све док се то не учини био у неизвесности о судбини уговора. То је довољно да се осуди ова доктрина и да се одбаци. Правна сигурност не може да се помири са оваквом неизвесношћу. Са тачке гледања правне сигурности пре би се препоручило, ако се већ не би хтела да призна пуноважност сличним уговорима, да се они прогласе за ништаве. Али ми ћемо одмах видети да се ни то не може прихватити.

Врховни привредни суд вратио се раније заступаној доктрини „Продаја робе трговинског предузећа на мало трговинском предузећу на велико, без посебног одобрења народног одбора среза, какав је случај и са спорним уговором противна је до душе прописима из чл. 71, односно новог члана 64 уредбе о трговинској делатности и трговинским предузећима и радњама, те је оваква продаја и кажњива по чл. 97, односно по новом члану 92 уредбе (Сл. лист ФНРЈ бр. 56/53 и бр. 37/55). Међутим, осим односне новчане казне и одузимања прибављене имовинске користи (чл. 95, односно нови чл. 90), друге санкције прописима нису предвиђене, због чега се ни спорни уговор не може сматрати ништавим". (Пресуда сл. 522/55, од 14 јуна 1956; в. и пресуду сл. 415/55, од 21 јуна 1956).

3. Ако се изближе погледају текстови, онда се може уочити да треба разликовати разне случајеве који су у њима предвиђени: има случајева у којима је уговор ништав у целини, има их у којима је уговор делимично ништав, и најзад, а то је највећа група и најчешћи случај, има случајева у којима је уговор закључен противно забрани пуноважан.

У прву групу спадају пре свега уговори између привредних организација којима се она споразумевају о продајним ценама на унутрашњем тржишту и о подели тржишта, у погледу продаје робе само одређеним потрошачима, као и о другим

условима и облицима пословања која доводе до монополистичког положаја на тржишту. Сви слични уговори су ништави. Ова ништавост изречена је самом уредбом (чл. 67, ст. 3). Ова забрана одговара забрани уговора о картелима и другим правима, који су такође ништави. Ниједан учесник у таквом уговору не може се, дакле позивати на такав уговор против неког другог учесника у њему који га не би поштовао, пошто такав уговор не производи никакво правно дејство.

Исто треба рећи за уговор којим се између трговинског предузећа или радње и неког лица ствара накупачки однос. Такви уговори су забрањени уопште (чл. 62), и због тога ништави. Због тога се накупцу не може ни досудити накупачка провизија, те је Врховни привредни суд у једном случају (који је навео Миодраг Петковић, *оп. цит.* стр. 330) од 4 маја 1956 с правом одбио једног накупца од таквог захтева. Али ствар стоји сасвим друкчије у погледу пуноважности уговора које је накупац трговинског предузећа закључио за њега. Уредба каже да је трговинским предузећима и радњама, откупним станицама, индустриским и другим произвођачким предузећима, угоститељским предузећима и радњама забрањено да набављају пољопривредне производе и другу робу преко накупаца. За њих робу могу набављати само њихови стални службеници (чл. 62). За повреду ове забране предвиђена је казна од 10 хиљада до 500 хиљада динара (чл. 93). Али, изузетно „савезни државни секретар за послове народне привреде може одредити да се поједини производи могу откупљивати и преко откупљивача и сабирача, који нису стални службеници предузећа односно радње" (чл. 63). За куповину на терену преко сабирача и откупљивача потребно је посебно одобрење савета за привреду народног одбора среза на чијем се подручју пољопривредни производи купују. Ако би забрана набављања преко накупца била поред новчане казне санкционисана и ништавошћу уговора закљученог између накупца и продавца, онда би се сваки пољопривредни произвођач и уопште продавац нашао у незавидној ситуацији. Он би морао увек када продаје некоме своју робу, ако не жели да уговор буде поништен, да испитује да ли тај купује робу за себе или за неко предузеће, а у овом другом случају да ли је стални службеник предузећа или је накупац, а ако није стални службеник да ли постоји изузетна одлука савезног државног секретара за послове народне привреде која му омогућава да купује за предузеће, затим да ли постоји посебно одобрење народног одбора среза, и да ли је тим одобрењем обухваћена и његова општина. Није потребно инсистирати и нарочито указивати на апсурдност овог закључља који нужно произилази из схватања да су ови уговори ништави. Ти уговори су пуноваж-

ни јер они нису забрањени уопште, него је само забрањено да неко лице иступа као накупац. Забрана се односи на накупца, а не на продавца, а по општем правилу које ћемо видети код случајева треће групе, када се забрана односи само на једну страну уговорницу уговор је по правилу пуноважан.

Другу групу чине они уговори о продаји којима је купац пристао да купи поред извесне робе која му је потребна и неку другу робу која му није потребна, због тога што му продавац иначе не би хтео да прода робу која је купцу потребна. Ту долазе и уговори о продаји у којима продавац условљава продају робе купцу продајом неке друге робе од стране купца продавцу. Уредба забрањује овакве уговоре (чл. 68), али то не значи да ће они бити у целини ништави. Правило је да када у једном уговору поред пуноважних одредби има и одредби које су ништаве, онда се ниште само ове друге, ако уговор може да опстане без њих. По томе ће уговор о дугу за зеленашким интересом остати на снази, само ће одредба о интересу бити поништена за онај део који премаша дозвољену стопу интереса, јер без тога уговор може да постоји. Али ће уговор о продаји и куповини за цену одређену у злату бити у целини ништав, јер кад се поништи одредба о цени, пашће цео уговор, пошто код нас нема уговора о куповини и продаји у унутрашњем промету ако цена није одређена у динарима. У случајевима који нас интересују биће ништаве само одредбе којима је условљена продаја извесне робе купцу тиме да купац купи и неку другу робу, или да са своје стране прода продавцу неку своју робу. Главни уговор може да постоји и без ових одредби, и зато ће он остати пуноважан.

Остаје трећа група случајева, најмногобројнија и практично најважнија. То су случајеви који се најчешће јављају у пракси, и који су дали повод за размимоилажења у мишљењу, а у којима уговори закључени противно забрани по правилу су пуноважни. Ту спадају уговори закључени противно правилу да се трговинска предузећа и радње могу бавити само оном трговинском делатношћу која је предмет њиховог пословања (чл. 12). Посебно је прописано да трговинска предузећа на велико не могу продавати робу другим трговинским предузећима на велико, изузев кад се ради о роби коју су набавила од произвођача или од трговинског предузећа које је ту робу увезло (чл. 64). Исто је посебно прописано да трговинска предузећа на мало и трговинске радње могу продавати робу само потрошачима, а не и другим трговинским предузећима на мало и трговинским радњама (чл. 65). Најзад, прописано је да индустријска и друга произвођачка предузећа не могу куповати робу у циљу даље продаје, ни тако купљену робу продавати (чл. 66). Уговори за-

закључени противно овим прописима повлаче за собом разне управне мере и казнене санкције против привредне организације као и одузимање остварене користи, али они по правилу нису ништави. Зато има више разлога.

Пре свега, ови уговори нису забрањени уопште; напротив они су дозвољени, само је неким трговинским предузећима и радњама забрањено да закључују неке од њих. Они, дакле, нису противзаконити те не вређају јавни поредак; напротив, њихово закључивање претставља редовну појаву. Забрана појединим учесницима у промету да закључују оне од ових иначе дозвољених уговора који не улазе у круг њихове делатности, потиче непосредно из начела специјалности предузећа и радњи. То је једно опште начело, старо и познато и другим правима. Свако ко учествује у виду занимања у привредном животу може обављати само оне послове који улазе у круг његове делатности. Друге послове могу обављати други, али не он. Послови који прелазе круг његове делатности нису забрањени послови, али је њему забрањено да их закључује. А као што је познато, кад је закључење неког иначе дозвољеног уговора забрањено само једном уговорнику, онда је тај уговор пуноважан. Забрана у том случају може повући евентуално дисциплинске, или казнене, или које друге санкције; она не повлачи ништавост уговора. Тако је не само у имовинском, него и у брачном праву. Супротно правило погађало би без икаквог правног разлога другог уговорника.

При овоме треба пазити да ли се забрана упућена једној страни не односи у ствари на предмет или основ уговора. Тада ће уговор бити ништав по општим правилима о ништавости уговора због недозвољеног основа или предмета, без обзира на то што је пропис састављен тако да се појављује као забрана упућена једном лицу.

Исто тако уговор ће бити ништав ако је забрана једном уговорнику прописана у интересу другог уговорника, ако би, дакле, интереси другог уговорника били заштићени поништењем таквог уговора, а не његовим одржавањем на снази. Тако је, например, у случају забране адвокату да купи спорно право чија му је одбрана поверена; тако је у случају забране лекару да уговори са болесником награду за свој труд при лечењу; тако је са забраном једном уговорнику да искоришћујући нужду, тешко имовинско стање, лакомисленост или недовољно искуство свога сауговорника уговори за себе или другог несразмерну корист (чл. 253 Кривичног законика), итд. У овим случајевима забрана је упућена једном уговорнику, али она има за сврху заштиту другог уговорника, и то објашњава зашто су такви уговори ништави.

Као што се види, и правило и изузетак од њега управљени су на заштиту другог сауговорника. Уствари то значи заштиту поштеног саобраћаја. Тиме ми долазимо до другог аргумента, који није правне него фактичне природе. Није увек лако дознати, а некад је то немогуће утврдити са сигурношћу, да ли је закључење одређеног уговора обухваћено предметом пословања предузећа, те да ли улази у круг његове делатности. Па и кад је то објективно могуће, да ли је то и практично могуће? Уговори у привреди закључују се брзо, телеграмима, телефоном, и нема се увек времена да се испитају ни све околности које могу бити од значаја за успех посла. Ако би над уговорима чије је закључење забрањено једном уговорнику висила опасност поништења, правни промет би био отежан, а правна сигурност пољуљана, због неизвесности о судбини уговора. А колика се вредност полаже код нас на сигурност у промету може се лако видети поред осталог и из чл. 21 општих узанси у коме је наведено више уговора који обавезују предузеће иако их није закључило овлашћено лице.

Ова неизвесност о судбини уговора била би повећана неким одредбама уредбе, ако би се усвојило становиште о ништавости ових уговора. У свима изнесеним случајевима, у којима су посебно формулисане забране, трговинским предузећима на велико, трговинским предузећима на мало и трговинским радњама, и индустриским и другим произвођачким предузећима дозвољено је изузетно „у оправданим случајевима" да закључују уговоре о продаји који су им иначе забрањени, уз услов да робу продају по набавној цени. Који су случајеви „оправдани" може рећи само суд, а дотле би уговорници остали у неизвесности. Међутим, са схватањем да су пуноважни уговори чије је закључење забрањено само једној страни, ови прописи уредбе добијају свој смисао, а то је да у оправданим случајевима суд неће наредити никакве ни управне ни казнене санкције против предузећа које је у неком таквом случају закључило уговор чије му је закључење иначе забрањено.

Овим аргументима нису потребни други. Потпуности ради, може се додати да ако би ови уговори били ништави, онда би пропис уредбе о одузимању целокупног износа користи прибављене забрањеним уговором био неспроводљив у многим случајевима. Тај пропис претпоставља да је уговор извршен, а кад се поништи уговор који је већ извршен, онда оно што је свака страна дала другој налази се код њих без основа, те је свака дужна да врати другој што је примила, као што је то подвучено у наведеном закључку Главне државне арбитраже, од 24 јануара 1952. Ту онда више нема никакве користи, те се не би могло ништа ни да одузме.

Најзад, доктрина о ништавости ових уговора ишла би на руку непоштеном пословању: предузеће би закључило забрањени уговор, па би онда тражило његово поништење ако остварење уговора не би било у његовом интересу, као што се то и десило у напред наведеним случајевима из праксе.

(Архив за правне и друштвене науке, 1957., бр. 2—3)

A SUMMARY

PROHIBITED TRADE CONTRACTS

The problem of validity of contracts entered into between the trade enterprises, which is contrary to one of the prohibitions of the Decree on Trade Activities and Trade Enterprises aid Shops from 1953., constitutes the theme of this work. After having listed the sanctions of administrative nature which trade enterprises are exposed to when entering into contracts against the prohibition, the author emphasizes that neither in the mentioned Decree, nor in any other regulation, are there provided any civil sanctions. In theory, two adverse conclusions are derived: that contracts entered into contrary to any of the prohibitions of the Decree are not void, and that they void, for the very reason of being entered into for matters outside the scope of operations of the enterprises. Before setting forth this point of view, the author cited several decisions of the Main State Arbitration, according to which the fact that the contract has been entered into for goods which are outside the scope of operations of the enterprise, *does not have any impact* on the validity of the contract. But, the author also states that there is (cites it) a contrary standpoint of the Main State Arbitration concerning the same question. In order to answer the question of valdity of the mentioned contracts, it is necessary to classify them into several groups. The first group consists of contracts between economic enterprises in which they reach agreements concerning the forms of business activities leading to monopoly positions on the market. According to the author, they are all void. The same applies to contracts establishing a mediation relationship between an enterprise and a person. The second group, according to the author, consists of sales contracts whereby the buyer agrees to purchase, besides necessary goods, the goods which he does not require, because the sale of the first goods is conditioned by the sale of the second (conditioned sale). The author is of the opinion that void are only those provisions whereby the buyer is under the duty to buy the second (conditiond goods). The main contract of sale is valid, for it can exist without the additional causes. The *third* group, most important and most numerous, of contracts consists of those entered into contrary to the prohibitions in the Decree, entered into contrary to the rule that economic enterprises can only perform those business activities for which they are registered. The author emphatically stands behind his opinion that these contract are valid, because they are not against the law, they do not abuse the public order. This is simply a metter of *one* contracual party being prohibited from entering into *such* contracts. The author points ont that the main reason in fovour of this stand is the legal security and the need for advanced speed in entering into contracts in the field of economic and legal transactions.

RÉSUMÉ

LES CONTRATS DE COMMERCE INTERDITS

Le problème de la validité du contrat conclu entre les entreprises commerciales, qui est contraire à l'une des interdictions de l'Ordonnance relative à l'activité commerciale et aux entreprises commerciales et magasins (de l'année 1953) est l'objet de ce travail. Après avoir énuméré les sanctions de nature administrative auxquelles est exposé l'établissement commercial quand il conclut le contrat contrairement à l'interdiction, l'auteur constate que dans l'ordonnance mentionnée ainsi que dans toutes les autres prescriptions aucune sanction civile n'a été prévue. Il s'ensuit que dans la théorie deux conclusions contraires sont tirées à savoir: que les contrats conclus contrairement à l'une des interdictions de l'Ordonnance ne sont pas nuls, et que ceux justement parce qu'ils sont conclus en dehors de l'objet de la gestion des affaires de l'entreprise sont nuls. Avant d'exposer son point de vue, l'auteur cite plusieurs décisions du Conseil d'arbitrage d'Etat, d'après lasquelles le fait que le contrat est conclu pour la marchandise qui ne rentre pas dans le cadre de la gestion des affaires normale de l'entreprise *n'exerce pas l'influence* sur la validité du contrat. Mais l'auteur constate de même qu'il existe la prise de position contraire (et il la cite) du Conseil d'arbitrage d'Etat sur la même question. Pour qu'on puisse répondre à la question de la validité des contrats mentionnés, il est nécessaire d'établir leur classification dans plusieurs groupes. Dans le premier groupe sont classifiés les contrats entre les organisations économiques par lesquels elles se mettent d'accord sur les formes de la gestion des affaires qui aboutissent à la monopolisation sur le marché. Tous ces contrats sont, selon l'opinion de l'auteur, nuls. Cela est valable de mème pour les contrats par lesquels entre les organisations commerciales et une certaine personne s'établit un rapport de revente. L' auteur a classifié dans le *deuxième* groupe les contrats d'achant et de vente par lesquels l'acheteur a consenti d'acheter à part la marchandise dont il a besoin de même la marchandise dont il n'a pas besoin,car la vente de la première le vendeur a conditionné par la vente de la deuxième marchandise, (commerce lié). L'opinion de l'auteur est que seront nulles seulement les dispositions par lesquelles la vente de la marchandise à l'acheteur est soumise à la condition de telle sorte qu'il doit acheter l'autre marchandise. Le contrat principal est valable, car il peut exister même sans les dispositions décrites. Le *troiséme* groupe, le plus important et le plus nombreux, des contrats conclus contrairement aux interdictions prescrites par l'Ordonnance mentionnée, constituent les contrats conclus contrairement à la règle que les organisations commerciales peuvent seulement exercer les activités qui sont l'objet de leur gestion des affaires. L'auteur se place résolument sur le point de vue que ces contrats sont valables, car ils ne sont pas contraires à la loi, ils ne portent pas atteine à l'ordre public. Il s'agit seulement de la question qu'à l'une des parties contractantes il est interdit de conclure un tel contrat. Les arguments fondamentaux que l'auteur souligne en faveur de sa prise de position se trouvent dans les raisons de la sécurité juridique et dans la nécessité de conclure le plus rapidement possible les contrats dans la sphère jurdico-economique.

UDK — 347.7+368] (497.1)

ОСИГУРАЊЕ И ОДГОВОРНОСТ У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ПРАВУ*

Осигурање од одговорности је код нас релативно скорашњег порекла и још није достигло онај степен развитка који је достигло у другим земљама. Према последњим обавештењима било је 1957 свега 49.057 уговора о осигурању од одговорности, од чега је било 45.113 осигурања од одговорности аутомобилиста. Притом ваља приметити да велика већина ових осигурања, нису добровољна осигурања, него осигурања која су индустриска, трговинска или транспортна предузећа и друге социјалистичке организације („осигураници из социјалистичког сектора", — како их правила називају) законом обвезани да закључе да би покрили своју одговорност и тако заштитили друштвену имовину која им је поверена на управљање и искоришћавање. Има мало осигурања које су закључили појединци, и то су махом осигурања од одговорности аутомобилиста.

Ми ћемо видети која су главна правила режима осигурања појединаца од одговорности, који уосталом претставља општи режим. Али је потребно нагласити још сада да су осигурања социјалистичких организација не само најмногобројнија, да она претстављају највећи волумен послова у овој области, него још и то да су она најинтересантнија по новинама које су донеле у ову материју. Ова осигурања подлежу специјалном режиму из разлога који се тичу својстава ових осигураника, њихових друштвених функција и њиховог прворазредног значаја за националну економију. Правила тог режима отступају у знатној мери на неким важним тачкама од општег режима осигурања од одговорности; тако например, она предвиђају настанак односа осигурања пре закључења уговора о осигурању, она дозвољавају осигурање и у случају намерно проузроковане

*) Ово је реферат који је био прочитан на Трећим Француско-југословенским правничким данима у Паризу 30 маја 1958. В. белешку у „Аналима", 1958 бр. 2, с. 252.

штете, она своде случајеве губљења права од стране осигураника на минимум.

Овај специјални режим још се изграђује и он још није добио дефинитивну физиономију. Али његова основа, коју чини јединство друштвене имовине, и његов циљ, који се састоји у чувању ове имовине, омогућују да се већ сада сагледају његове контуре. Атмосфера у којој се изграђује овај режим карактерише се отсуством неизгладиве супротности интереса између осигураника и осигурача. То не значи и отсуство сукоба, али се ови сукоби решавају у оквирима једног врло обухватног друштвеног рачуноводства. За разлику од онога што се догађа на плану приватних осигурања, овде нема трке између осигурања и одговорности.

Ипак одатле не би требало закључити да код нас нема узајамних утицаја између осигурања и одговорности. То би било нетачно, и било би лако демантовано чињеницама. Тако, нема сумње да је проширење основа одговорности, а нарочито увођење одговорности за опасне ствари, имало за последицу да нагна држаоце ових ствари, нарочито аутомобилисте, да се осигурају. Могли би се навести и други примери. Али ови узајамни утицаји нису имали времена да се покажу на тако многобројним тачкама, и на тако јасан и видљив начин као у Француској. Осигурање од одговорности нема код нас за собом дугу историју, из разлога које ћемо видети мало после. Уосталом, као што ћемо такође видети, сукоби између осигураника и осигурача излазе врло ретко пред судове, што чини да нам недостаје главни извор обавештења о проблему узајамних односа и утицаја између одговорности и осигурања. У недостатку тог материјала из праксе, све што би се о овом проблему рекло било би чисто умовање.

Место тог спекулисања у овој еминентно практичној материји, мислим да ће бити много корисније и више у складу са циљем наших састанака дати неколико обавештења о проблемима осигурања од одговорности код нас. Ја ћу се ограничити на то да изнесем неколико детаља о организацији и функционисању осигурања од одговорности код нас, да укажем на неке иновације, у овој материји, које су у вези са основима правног поретка који се сада изграђује код нас, и да изложим неке идеје које владају код нас у овој материји. У том циљу ја ћу груписати разна питања која имам намеру да додирнем око три следеће тачке:

— Узроци слабог развитка осигурања од одговорности код нас;

— Битна правила о осигурању од одговорности;

— Осигурање од одговорности социјалистичких организација.

1. — Узроци слабог развитка осигурања од одговорности код нас. Има их више.

Прво, до скорих времена наша земља је била пољопривредна земља. Тек после последњег рата ми смо пошли путем индустријализације. Непосредно после Првог светског рата четири петине становништва Југославије живело је на селу и занимало се пољопривредом. Развитак индустрије и модерних саобраћајних средстава био је тек започет. То значи да су разноврсне опасности, ризици које ствара машинизам, били минимални. Један од битних услова за развитак осигурања, то ће рећи постојање ризика којима је изложен велики број лица, није био остварен на задовољавајући начин.

Затим, у нашем праву пре Другог светског рата одговорност је била субјективна, заснивала се на доказаној, а у извесном броју случајева на претпостављеној кривици. Тек после Другог светског рата судска пракса је увела и чврсто усталила објективну одговорност за опасне ствари, или како се у пресудама често каже „за активност која ствара повећану опасност за околину". Ова одговорност је повукла за собом убрзање развитка осигурања од одговорности.

Најзад и нарочито, осигурање од одговорности имало је да се бори код нас са неким предубеђењима, и то заслужује да се на њему задржимо неколико тренутака. У широком покрету социјализације одговорности, који је једна од одлика наших времена, и који се среће у свим земљама, интересантно је констатовати да у неким социјалистичким земљама постоји отпор против увођења осигурања од одговорности. Један од основних принципа грађанског друштва ових земаља је да награда треба да буде сразмерна заслузи. Сматра се да овај принцип захтева као допуну личну одговорност. Свак треба да одговара лично за своје кривице. Осигурање од одговорности изгледа присталицама ових идеја као противно једном од основних принципа социјалистичких друштава. Они тврде да осигурање од одговорности има за последицу да се код осигураника угаси осећање одговорности, пошто су омогућава да пребаци на другога последице сопствених кривица. Опрезност попушта, а то повлачи повећање броја несрећних случајева и штета. Сматра се да осигурање штити непажњу, да даје слободу нехатности, да представља скоро „позив *ad deliquendum*" како је то још одавно рекао Потие *(Pothier)*. Мисли се да нас лична одговорност нагони да будемо пажљиви, да предузмемо све што је потребно да би се избегла штета. Губитци који настају због личних кривица сма-

њују друштвено богатство; у социјалистичком друштву они улазе дефинитивно у друштвену пасиву. По овом мишљењу, све ове последице захтевају личну одговорност штетника. Верује се да ова одговорност повећава пажњу чланова друштва и штити друштвени капитал од губитака. Због тога законодавци и правници ових земаља не гледају повољно на осигурање од одговорности.

Тако они долазе, једним занимљивим обртом до оних истих закључака које су противници осигурања извесних ризика, а нарочито осигурања од одгдоворности, у Француској и неким другим земљама били давно пре њих формулисали. Интересантно је приметити да су отада ове земље прилично еволуисале. Под утицајем разних фактора један моћни идејни покрет тамо је дубоко изменио идеје о друштвеним односима, што је имало за последицу не мање дубоке промене у основним правним установама, као што су својина, уговор, одговорност. У току ових трансформација осигурање од одговорности добило је своје место; пошто га је био уобличио практичан живот, судови су га санкционисали и законодавац га је најзад признао и организовао.

Стога није потребно задржавати се дуже на овом предмету. Чињеница је, која се може проверити свакодневним искуством, да нас лична одговорност не спречава да будемо неопрезни. Уосталом, познаато је да су погрешке, омашке, пропусти, у извесној мери нужна последица сваке активности. Као што је то већ толико пута истакнуто, баш најактивнији људи, дакле они који су друштвено најкориснији, налазе се у положају да направе највише грешки. Спречити их да се осигурају од ризика који би могли да повуку њихову одговорност, то би значило казнити их што су активни. Ови аргументи имају још више тежине кад се пређе са плана субјективне одговорности на план објективне одговорности, где се штета појављује као последица фаталности, као откуп за технички напредак, или, како је добро речено, као последица оштете кривице.

Вредност личне одговорности је извесно много претерана у овој дискусији. Постојање осигурања од одговорности не значи нужно да ће опрезност осигураника попустити и да ће се штете повећати. Уосталом, ако би осигураник због личне неодговорности попустио у пажњи, то попуштање шкодило би такође и њему у већини случајева на овај или на онај начин: он би изложио своју личност или своја добра опасности коју би створио својом небригом; његов поступак би могао бити и нехатно кривично дело, и повући његову кривичну одговорност.

Осигурање значи сигурност за осигураника. Оно му даје слободу да дела. Накнада штете проузроковане непажњом, кад

не би постојало осигурање, могла би повући материјалну пропаст за проузроковача штете. У осигурању од одговорности он налази заштиту од опасности економске пропасти. На путу ослобођења човека, осигурање од одговорности омогућава да се учини један одлучан корак. После укидања принуде над лицем, која се практиковала у ранијим временима, ми присуствујемо постепеном укидању принуде над имовином. Осигурање од одговорности је једно средство у служби овог ослобођења. Са овог гледишта, својом техником и хоризонтима које је отворила, оно је један од најинетресантнијих феномена.

Што се тиче жртве, осигурање јој пружа већу извесност да ће добити накнаду, јер је штити од могуће штетникове презадужености. Уосталом, са гледишта друштвеног интереса, како моралног тако и материјалног, много је важније осигурати накнаду штете жртви него натоварити личну одговорност на штетника. Данас у питањима одговорности нашу пажњу привлачи више штета коју треба накнадити него кривица коју треба казнити, више интерес жртве него штетников поступак, уколико овај поступак нема обележја кривичног дела. У правом плану не налази се више одговорност, него накнада. Ако још увек говоримо о одговорности, то је да бисмо могли наметнути обавезу накнаде проузроковане штете и тако прибавити жртви репарацију губитка који је претрпела. Тако да ако би се ова репарација могла добити из неког другог извора, проузроковач штете не би нас интересовао.

Ове идеје су опште познате, а нису више предмет спора код нас. Због тога, после једног првог периода непосредно после ослобођења, у коме је осигурање од одговорности било више запуштено, сада овај облик осигурања почиње да се развија нешто брже. Као што ћемо видети ускоро, неки скорашњи прописи, међу њима и наредба од 13 марта 1958, намећу обавезу привредним организацијама да закључе осигурања која треба да покрију њихову одговорност у читавом низу случајева.

II. — *Битна правила о осигурању од одговорности.* — Наша земља нема још један потпун закон о осигурању, као што је француски закон од 13 јула 1930. То није без незгода. Ослањајући се на неколико текстова Српског грађанског законика од 1844, који су састављени по угледу на Аустриски грађански законик од 1811, а који у осигурању виде само алеаторан уговор, као што су коцка и опклада, пракса осигурања остала је верна класичном уговорном схватању, целокупна организација и функционисање осигурања од одговорности прожети су овим схватањем, које је и сувише уско да би могло дати задовољавајуће решење неких важних питања. Али ово је тачно само када су у питању индивидуална осигурања. Ми ћемо видети, кад будемо

прешли на осигурање социјалистичких организација да су ту одлучно одбачени сувише уски оквири које даје уговорно схватање. То је створило један дуализам у овој материји, што је шкодило складу система.

Наша земља остварила је монопол осигурања. Једини осигурач код нас је Државни осигуравајући завод. Он пружа потпуне сигурност пошто држава одговара за његове обавезе. Он врши разна осигурања, између осталих и осигурање од одговорности. Услови под којима се могу закључити уговори о осигурању утврђени су правилима које доноси савет Државног осигуравајућег завода а потврђује Савезно извршно веће.

У нашем праву осигурање од одговорности штити осигураника од одговорности која би могла да настане за њега због смрти, телесне повреде или повреде здравља трећег лица, или због уништења или оштећења туђе ствари. Она покрива не само његову одговорност за последицу његових сопствених поступака и пропуштања, него такође и његову одговорност за радње других лица, као и његову одговорност за опасне ствари. У погледу одговорности за другога, за разлику од француског права, осигурање не покрива штете које би намерно проузроковала лица за која осигураник одговара грађански, изузев кад је осигураник социјалистичка организација, као што ћемо то видети доцније.

Осигурање од одговорности закључује се најчешће ради покривања одговорности које могу настати због несрећних случајева у саобраћају, а нарочито због аутомобилских акцидената. Али оно такође служи ради покривања одговорности које могу настати приликом вршења ма које активности, индустријске, професионалне, спортске или које друге. Она се практикује такође ради заштите од одговорности која може настати из држања зграда или земљишта. Правилник за осигурање од одговорности прецизира за више од двадесет разних случајева који су ризици покривени у сваком поједином случају.

Односи осигурања настају уговором о осигурању између осигураника и Државног осигуравајућег завода. Не постоји аутоматско осигурање од одговорности, које би стварало односе осигурања независно од воље осигураника и осигурача. Такво осигурање постоји код нас у области осигурања лица од несрећних случајева чије би жртве били путници на железницама и неким другим транспортним средствима. Али има случајева у којима је обавезно закључење уговора о осигурању од одговорности. Тако, привредне организације су законом обавезне да осигурају своја основна и обртна средства као и средства заједничке потрошње од разних ризика којима су она изложена. Што се тиче ризика грађанске одговорности, оне су дужне

да се осигурају од одговорности која проистиче „из поседовања и држања" моторних и других возила на суву, ваздухопловног средства, поморских, речних и језерских пловних објеката. Изузетно, а овај изузетак је значајан, кад су у питању социјалистичке организације односи осигурања настају и пре закључења уговора, у тренутку када је понуда осигурања уручена Државном осигуравајућем заводу. Али то је ствар на коју ће се вратити када будем прешао на режим осигурања ових организација.

Државни осигуравајући завод не практикује неограничено осигурање. Свака полиса осигурања мора садржати висину суме која претставља границу обевезе осигурача из једног штетног догађаја. С друге стране, штете ниже од 2.000 динара не накнађују се; њих сноси сам осигураник.

Осим ових граница, које садрже ова два правила, нема других граница за обавезу осигурача. Државни осигуравајући завод не практикује систем пропорционалних франшиза. Ван сумње је да тај систем може натерати осигураника да буде опрезнији у оним ретким случајевима у којима му његов сопствени интерес не би диктовао да буде пажљив, и у којима би он био склон да се понаша нехатно. Са овим системом избегавају се приговори који се чине осигурању од одговорности да отупљује осећање одговорности код осигураника и да успављује његову пажњу. Али је он двоструко незгодан: он је тежак за осигураника и неправичан за оштећеника у случају презадужености осигураника. Могу се десити случајеви у којима би део накнаде који би по овом систему био остављен на терету осигураника, био тако тежак за њега, да би повукао његову економску пропаст. Затим, ако се систем франшизе може бранити некако кад је штета резултат осигураникове кривице, он је без логичке основе оправдан кад штета има свој узрок не у кривици него у створеном ризику.

Осигураник нема право да призна чак ни делимично своју одговорност, нити да се поравна са оштећеником без претходне сагласности Државног осигуравајућег завода. Он нема право да исплати оштећенику тражену накнаду. Ако осигураник повреди неку од ових забрана, он губи право на накнаду од Државног осигуравајућег завода. Али правила садрже један изузетак од овог строгог прописа, и одређују да ће бити друкчије „ако осигураник према чињеничном стању није могао да одбије признање односно задовољење, а да тиме не учини очигледну неправду". Овде се може приметити да се овим изузетком отклањају оне замерке које се иначе могу учинити одредби правила која забрањује осигуранику да призна своју одговорност. Многи сматрају да је та одредба неморална, јер, оба-

везујући осигураника да ћути, она може у неким случајевима довести до немогућности да се утврди истина. Међутим, начин на који је формулисан изузетак од те забране даје суду врло широку могућност оцене. Кад то правичност захтева суд може признати право на накнаду и осигуранику који је поступио против забране, а кад постоји колизија између осигураника и трећег лица, одбити осигураников захтев накнаде.

Тежња да се избегну колизије осигураника и трећег лица на штету осигурача инспирисала је такође и правило по коме осигураник нема право на накнаду ако је оштећеник члан осигураникове породице или „рођак до трећег колена (степена?) у правој и побочној линији".

Исплатом отштете на Државни осигуравајући завод прелазе до износа исплаћене отштете сва права осигураникова против трећих лица која су штету проузроковала. Али ако је штету проузроковао неки члан осигураникове породице или осигураников намештеник који живи са њим у кућној заједници суброгација се догађа само ако је штета била проузрокована намерно.

Најзад, у нашем праву оштећеник нема сопствено право на накнаду из осигурања и не располаже директном тужбом против осигурача. Као што смо већ видели, односи настали осигурањем од одговорности остају по правилу у оквирима класичног уговорног права. Кад се деси штетни догађај који је предвиђен у полиси, онда настаје одговорност осигураника према оштећеном трећем лицу; с друге стране, настаје истовремено обавеза за осигурача да узме на себе терет накнаде штете за коју је одговоран осигураник. Судови одбијају тужбе које жртве несрећних случајева изазваних од стране осигураника подносе директно против осигурача. Жртва има тужбу само против проузроковача штете. У том погледу ми се налазимо у ситуацији која је постојала у Француској пре сукцесивних закона који су жртви признали сопствено право на накнаду из осигурања.

У нашем праву не постоји, дакле, ништа слично чл. 53 француског закона од 13 јула 1930, и осигурач није дужан да утврди, пре него што исплати осигуранику дужну суму, да је оштећено треће лице обештећено. Да би се заштитила од ове опасности жртва би могла да изврши пленидбу осигураниковог потраживања од осигурача. То је прилично ефикасно средство. У нашем праву пленидбом тражилац извршења стиче заложно право на заплењеној тражбини, тако да ако има више тражилаца извршења они немају нужно исти ранг и не наплаћују се сразмерно, него по реду првенства који се одређује према датуму пленидбе.

, Али, у ствари, оштећена трећа лица не врше никад плеnидбу, зато што Државни осигуравајући завод поступа исто као да треће оштећено лице има сопствено право према њему. Правна служба Државног осигуравајућег завода показује све више тежњу да призна жртви правни положај који има корисник у уговору у корист трећег. Државни осигуравајући завод преговара непосредно са оштећеником и не врши никакву исплату осигуранику све док оштећеник не буде обештећен. Дакле, у овом погледу бива све као када би оштећеник имао сопствено право на накнаду из осигурања.

III, — Осигурање од одговорности социјалистичких организација. — Када је осигураник из социјалистичког сектора, дакле, нека социјалистичка организација, например, неко предузеће или која друга привредна организација, нека задруга, нека државна установа, за односе који настају из осигурања важе у извесним погледима специјална правила. Нека од ових правила имају своје порекло у идеји према којој сврха осигурања је да обезбеди обештећење жртве. Друга нека имају за сврху да пруже нарочиту заштиту друштвеној имовини којом управљају разне социјалистичке организације. Треба одмах подвући да су сва та специјална правила, која се појављују као изузетна правила која се тичу једне категорије осигураника, стварно изузетна само по форми, јер осигурања од одговорности на која се она односе у ствари су најмногобројнија и најважнија.

Тако, када је осигураник нека социјалистичка организација, осигурач одговара чак и за штете које би биле проузроковане намерно. Једна општа одредба правила каже да осигурање не покрива штете које би биле намерно проузроковане од стране осигураника, и да се не може ни посебним споразумом уговорити да ће осигурач одговарати и за ове штете. Али друга једна одредба истих правила каже да то правило не важи за осигуранике из социјалистичког сектора. Дакле, Државни осигуравајући завод дужан је да накнади у овим случајевима чак и штете проузроковане намерно. И то је правично, пошто права сврха осигурања треба да је да заштити жртву и да јој пружи репарацију у сваком случају; уосталом жртва долазних радњи заслужује бар онолико пажње и обзира колико и жртва просте непажње.

Ово правило је, нема сумње врло корисно за оштећеника, али треба одмах приметити да оно није диктовано искључиво бригом за интересе жртве, већ такође бригом за интересе осигураника. Ево зашто: ако намерно проузрокована штета не би била покривена осигурањем, осигураник би био дужан да накнади штету жртви својим сопственим средствима, што би повукло смањење његове имовине, која је друштвена имовина.

То се управо није хтело. И то објашњава једно друго интересантно правило у овој материји. Кад би осигурање намерно проузроковане штете било диктовано искључиво интересом жртве, осигурач би имао право регреса према осигуранику, што би уосталом било такође правично, пошто свак треба да сноси штетне последице својих злонамерних радњи. Слична правила већ постоје у неким страним законодавствима. Али код нас Државни осигуравајући завод нема право регреса према осигуранику у случају намерно проузроковане штете, он има право да захтева накнаду од органа, намештеника, радника, који је штету намерно проузроковао, и то ће право најчешће бити илузорно. Овде је очигледно да је и ово правило настало у тежњи да се очува друштвена имовина, као што је то уосталом случај са свима изузетним правилима постављеним у корист ових осигураника.

Искључење регреса према осигуранику, а дозвољавање регреса против његових органа намештеника, радника, је правило које се среће и у другим случајевима. Тако, као што ћемо видети кроз неколико тренутака, ако осигураник пропусти да изврши неку од обавеза које за њега произилазе из осигурања и ако због тога настане штета за осигурача, онда овај нема право регреса према осигуранику, него само према његовим органима, намештеницима, радницима, чијом је кривицом дошло до овог пропуста. Тим поводом интересантно је указати на промену која се догодила у нашем праву. Раније, у циљу пружања веће сигурности оштећенику била је установљена одговорност послодаваца и предузимача за штете које би њихови радници намештеници и ученици проузроковали трећим лицима у вршењу својих функција. Кад ова одговорност за туђе радње не би постојала, одговорност проузроковача ових штета била би илузорна и већина ових штета остала би без репарације. Ова одговорност за другога постоји и сада у нашем праву. Али је жеља да се очува целина колективне имовине захтевала да ово питање буде решено на други начин у области која нас сада интересује, и осигурање је омогућило његово решење на жељени начин. Кажем осигурање, јер је очигледно да су у овом питању помешали са осигурањем од одговорности и извесни елементи осигурања од несрећног случаја. На први поглед ово решење изгледа као враћање натраг, али ако се оно испита изблиза, онда се види да није тако. Јер, овде није реч о лицу које би било у опасности да трпи због штетникове презадужености, те му је због тога потребно дати за дужника лице које може да плати. Реч је о моћној организацији, какав је Државни осигуравајући завод, чија је улога управо да организује накнаду штета. Он је извесно у стању да помоћу тарифа премија заштити-

ти од губитака које би могао претрпети због презадужености осигураникових органа, намештеника или радника, чијом је кривицом настала осигураникова одговорност према повређеним трећим лицима.

Поред правила по коме осигурач одговара чак и за штете које би биле намерно проузроковане кад је осигураник из социјалистичког сектора, постоје и друга специјална правила за осигурање од одговорности ових истих осигураника. Сва она имају једну заједничку црту, а то је да проширују поље примене осигурања и да чине да оно функционише и тамо где би нормално требало да буде искључено. Она нам се јављају као знаци развитка у правцу замене одговорности осигурањем. Тако, опште је правило да је осигураник дужан да предузме потребне мере, које су предвиђене уговором а чија је сврха да се спречи увећање опасности, као и да предузима мере које надлежни органи у ту сврху прописују. Ако осигураник не поступи према овој обавези, осигурач има право, ако услед тога настане каква штета, да смањи накнаду коју дугује осигуранику у мери у којој је штета проузрокована том повредом осигураникове обавезе. Али неће бити тако, и осигурач ће бити дужан да исплати целу накнаду ако је осигураник нека социјалистичка организација. Као и у случају намерно проузроковане штете и и овде такође Државни осигуравајући завод нема право регреса према осигуранику, него само према његовим органима и службеницима чијом је кривицом настало ово пропуштање.

Исто је у случају када осигураник повреди неку од многобројних обавеза које према полиси има после остварења ризика. Ове повреде повлаче за собом различите последице према томе да ли је осигураник приватно лице или је из социјалистичког сектора. Тако, сваки осигураник је дужан да извести Државни осигуравајући завод ако је против њега поведен кривични поступак због насталог догађаја на коме се заснива потраживање трећег лица, или ако је истакнут захтев за накнаду штете, као и о свакој другој судској мери према њему. Он је дужан да према упутствима Државног осигуравајућег завода предузме потребне мере ради отклањања штете, а ако се штетни догађај већ десио, онда потребне мере ради смањења штете. Он је дужан да обавести Државни осигуравајући завод о околностима у којима се штета догодила и да сарађује са њим у спору поводом захтева оштећеника. Он је дужан да вођење спора препусти Државном осигуравајућем заводу и да изда пуномоћје за заступника кога му буде одредио Државни осигуравајући завод. Али је он исто тако дужан и не чекајући налог Државног осигуравајућег завода да у прописаним роковима истакне приговор, или предузме потребан правни лек против налога за плаћање

или одлуке о накнади штете. Ако осигураник повреди коју од наведених обавеза и ако та повреда повуче за собом повећање штете, Државни осигуравајући завод неће бити дужан да накнади онај део штете који је тако настао. То је опште правило. Али ако је осигураник нека социјалистичка организација ово правило се не примењује и Државни осигуравајући завод дужан је да исплати интегралну накнаду, која покрива сву штету. У овом случају такође Државни осигуравајући завод нема право регреса према осигуранику, него само према његовим органима и намештеницима одговорним за пропуштање због којег је настало увећање штете.

Ево још једне важне тачке где се осигурање од одговорности социјалистичких организација дубоко разликује од режима који је у другим земљама нормалан режим за ово осигурање. Као што смо већ видели испитујући битна правила осигурања од одговорности, опште је правило да без претходне сагласности Државног осигуравајућег завода осигураник нема право да призна, чак ни делимично, право оштећеника на накнаду, нити да се о томе са њим поравна, а још мање да оштетни захтев задовољи исплатом тражене накнаде. Биће друкчије ако су околности случаја такве да осигураник „није могао да одбије признање односно задовољење, а да тиме не учини очигледну неправду". Али ван овог изузетка повреда ове забране ослобађа Државни осигуравајући завод његове обавезе да плати накнаду. Међутим, ова санкција не примењује се кад је осигураник нека социјалистичка организација, и осигурачева обавеза постоји и даље иако је осигураник повредио прописану забрану. Ако му је ова повреда проузроковала штету, осигурач, као и у другим случајевима имаће право регреса само према осигураниковим органима или службеницима.

Има још врло важних тачака на којима осигурање од одговорности показује интересантне особености. Тако, опште је правило да ако премија није плаћена најдаље у накнадном року од шездесет дана рачунајући од доспелости, уговор о осигурању престаје да важи истеком тога рока. Ако је осигураник нека социјалистичка организација, уговор не престаје да важи него остаје на снази и после истека накнадног рока за исплату премије, и осигурач остаје у обавези да исплати накнаду и за оне штете које би се десиле после овог рока. Поред тога, у овим случајевима осигурање не може се раскинути вољом осигурача због неплаћања премије о року. Осигурање социјалистичких организација једном закључено траје неограничено. Повреда од стране осигураника његове обавезе да плати премију може да повуче његову осуду и евентуално принудно извршење, али не и раскид уговора.

Тако смо дошли до последњег важног питања у вези са осигурањем од одговорности социјалистичких организација, које се тиче настанка односа осигурања. По правилу уговор о осигурању је закључен када Државни осигуравајући завод прихвати понуду осигурања коју му је учинио клијент, а која мора испуњавати извесне услове постављене од Државног осигуравајућег завода. Ово прихватање констатује се састављањем полисе. Сасвим је другојаче кад је реч о осигурањима социјалистичких организација. Државни осигуравајући завод дужан је да прихвати њихову понуду осигурања. Уистини, за настанак односа из осигурања (а то важи за сва осигурања, а не само за осигурање од одговорности) није нужно чекати да Државни осигуравајући завод прихвати понуду осигурања која му је учињена од неке социјалистичке организације. Ти односи настају на крају дана када је понуда осигурања стигла Државном осигуравајућем заводу. Разуме се, да би тако било потребно је да понуда испуњава услове предвиђене у правилима. Али ако су ови услови испуњени, односи из осигурања настају пре прихватања понуде од стране Државног осигуравајућег завода, пре састављања полисе, и пре исплате премије, што је противно правилима која обично постоје у овој материји. То значи да се заснивање осигурања од одговорности за социјалистичке организације одвојило од уговора.

Може ли се ићи још даље и установити аутоматско осигурање социјалистичких организација, као што се то предлаже? Ове организације су обавезне законом да се осигурају од једне читаве серије ризика. Треба ли учинити и последњи корак и установити односе осигурања аутоматски, што ће рећи узајамна права и обавезе који иначе настају уговором о осигурању, између Државног осигуравајућег завода и сваке социјалистичке организације која испуњава услове предвиђене у закону? Ми већ имамо нешто слично на плану радног права. Односи који нормално настају уговором о раду, настају такође самом чињеницом да једно лице ради за друго. Радник у том положају има сва права загарантована законима о сицијалном осигурању, чак и ако његов послодавац није извршио потребне пријаве заводу за социјално осигурање. Би ли требало учинити исто и на плану осигурања од одговорности? Неки тако мисле и питање је у проучавању. Оно заслужује да буде поменуто овде као индикација могућег доцнијег развитка осигурања од одговорности, као и других осигурања.

Али већ досадашњи развитак осигурања омогућава нам да констатујемо да је у неким погледима осигурање изашло из оквира уговора. С друге стране, односи осигурања и одговорности, када је осигураник нека социјалистичка организација, ду-

боко су измењени. Тенденција постепене супституције осигурања одговорности, која је одавно запажена, овде је већ остварена у великој мери. Државни осигуравајући завод има за дужност да накнади штете које би проузроковали ови осигураници, без обзира на неизвршење важних обавеза које уговор о осигурању намеће осигуранику, па чак и оних штета које би биле проузроковане и пре закључења уговора.

IV. — Један скупни поглед на осигурање од одговорности довољан је да би се могле применити неусклађености између његових делова. С једне стране, постоји јака тежња да се супституише осигурање одговорности, и да се од обештећења жртве направи главни циљ осигурања. С друге стране, непостојање сопственог права и директне тужбе у корист оштећеника и незгоде које отуда потичу могу да умање гарантије које осигурање по својој сврси треба да пружи оштећенику.

Али се ове незгоде могу објаснити. Осигурање од одговорности има код нас, као што сам показао, релативно кратку историју. Стварање његових правила било је углавном дело Државног осигуравајућег завода, дакле осигурача, који поред тога има монопол осигурања. Затим, сукоби интереса у овој области били су врло ретки. Државни осигуравајући завод, за разлику од приватних осигуравајућих друштава имао је уопште врло помирљив став према својим клијентима и трећим оштећеним лицима. Он се не држи стриктно правила, као што смо видели. Његова пракса је кориговала у знатној мери текстове уколико су претерани. Најзад, и нарочито, сукоби интереса у овој области врло ретко су изношени пред судове, тако да ови нису имали могућност да одиграју овде своју стваралачку улогу, као што су то учинили у толиким другим областима.

Може се, на крају, приметити да чак и у земљама у којима је осигурање од одговорности имало дужу историју и много повољније опште услове за свој развитак, решења разних практичних питања нису увек у потпуној хармонији.

(Анали правног факултета у Београду, 1958., бр. 3)

A SUMMARY

INSURANCE AND RESPONSIBILITY IN YUGOSLAV LAW

This work represents a speech delivered at the Third French-Yugoslav Jurist Days in Paris in 1958., so the author devoted most of the space to the current situation in positive law in those days in the field of responsibility insurance. He groups numerous topics for discussion around three points: causes of slack development of responsibility insurance in Yugoslavia; essential rules of responsibility insurance (rules of the State Insurance Enterprise); responsibility insurance of socialist organizations.

Besides that, a general overview is given of the institution of respon sibility insurance dominated by the following ideas: from the point of view of the so-called social interest, moral and material, it is far more important to insure compensation of damage caused than to pin the personal blame on the inflicter of the damage — for this reason responsibility insurance with its technique and horizons attained on the way to the liberation of man (after the abolishment of coercion over persons there is now abolishment of coercion over property), is one of the most interesting phenomena; the tendency to gradually substitute responsibility insurance has already been achieved to a considerable extent, for according to some opinions insurance has exceeded the frame-work of a contract (the insurer is under the duty to compensate the damage caused regardless of the non-execution of important obligations imposed on the insured party by the contract of insurance); there is a strong tendency to substitute responsibility insurance and make the compensation of the injured party the main aim of insurance, but on the other hand, the non-existance of personal rights and direct legal action in favour of the injured party may reduce the guarantee which the instutition of insureance according to its business purposes should offer to the injured party.

Bearing in mind the possible subsequent development of this kind of insurance, the author asks the question: is it posible to go even further and establish automatic (insurance) (like it has already been done in the field of labour law).

RÉSUMÉ

L'ASSURANCE ET LA RESPONSABILITÉ DANS LE DROIT YOUGOSLAVE

Ce travail représente le rapport présenté aux Troisièmes journées juridiques franco-yugoslaves à Paris en 1958, et l'auteur consacre la plus grande partie du compte-rendu du droit postif yougoslave en matière de l'assurance contre la responsabilité. Il a groupé les différentes questions qu'il traite autour de trois points: les causes du faible développement de l'assurance contre la responsabilité en Yougoslavie; les règles essentielles contre la responsabilité (les règles de l'Institut d'Etat des assurances); l'assurance contre la responsabilité des organisations socialistes.

En outre il expose une vue générale sur l'institution de l'assurance contre la responsabilité dans laquelle dominent les idées suivantes: tout

aussi bien au point de vue de la victime que sous l'aspect de l'intérêt social, tant moral que matériel, il est beaucoup plus important d'assurer la réparation du dommage à la victime que de charger la responsabilité personnelle sur l'auteur du dommage-d'où il s'ensuit que l'assurance contre la responsabilité par sa technique et les horizons qu'elle a ouverts sur la voie de la libération de l'homme („après l'abolition de la contrainte sur la personne nous sommes en présence de l'abolition graduelle de la contrainte sur les biens") est des phénomènes le plus intéressant; la tendance de la substitution graduelle de l'assurance contre la responsabilité est réalisée déjà dans une large mesure, car sous certains aspects elle est sortie du cadre des contrats (l'assureur est obligé de réparer le dommage sans égards à l'inexécution des obligations importantes que le contrat impose à l'assuré); il y a une forte tendance de substituer l'assurance contre la responsabilité et que le dédommagement de la victime devienne le but principal de l'assurance, mais, d'autre part, l'inexistance du droit particulier et de l'action directe au profit de la personne lésée dans ses intérêts peuvent diminuer la garantie que l'assurance par le but qu'elle poursuit doit garantir à la personne lésée dans ses intérêts.

En prenant en considération le développement ultérieur de cette sorte de l'assurance l'auteur pose la question s'il est possible d'aller plus loin et instituer l'assurance automatique (comme cela a été réalisé sur le plan du droit de travail).

UDK — 347.218.2

ДРУШТВЕНА СВОЈИНА

I. Друштвена својина је посебан облик колективне својине, који раније није био познат, и то је довољно да нам објасни спор о њеној правној природи, који се код нас још води са неумањеном жестином. О томе шта је друштвена својина и који односи постоје на предметима друштвене својине, а нарочито која је правна природа односа између предузећа и друштва у погледу те својине, предложено је више објашњења и створено више теорија.

Објашњење постанка већег броја теорија о друштвеној својини може се наћи у настојању да се потпуно нови односи, настали у области својине, обухвате старим појмовима. То је једна општија појава која се среће у свим областима људске делатности, а која се заснива на закону економије напора. Кад се прати историја институција једне средине и њихова правна организација примећује се да се не само мање него и веће друштвене промене поимају и описују помоћу појмова и формула које више не одговарају новом стању, уз мању или већу употребу функција. И овде као и другде људи се служе старим инструментима, поступају по навици, економишу напор. Али, постоји граница преко које тај начин поступања престаје бити користан, те је за нове односе потребно створити нове појмове. Фикције су изванредно корисно средство за развијање права, али преко извесне мере оне престају бити то и онемогућују да се види стварност. Промене у друштвеним односима захтевају нове интелектуалне инструменте помоћу којих би се оне могле непосредно и потпуно да схвате и изразе.

Полазна грешка многих правника при покушају да схвате друштвену својину је у томе што су се у том свом настојању служили правним појмовима атомизованог грађанског друштва. Основе имовинског права у том друштву су индивидуална својина и аутономија воље, а основни правни појмови су личност, субјективно право, уговор и одговорност. У погледу при-

вредне активности начело је: сваК за себе, а узајамни односи регулишу се уговором, чија повреда повлачи одговорност. Личности се боре међу собом, конкуришу једна другој. Друштвеном напретку не смета што оне уништавају привредно једна другу. Накнада штете потпуно замењује извршење. Друштво је индифирентно према пропасти неке количине добара коју је уговорник одбио да прими због тога што не одговара уговореним условима.

Сасвим обратно, данас је својина главних средстава за производњу друштвена, привредном активношћу управља друштво у општем интересу, само је уговор остао средство размене, али у уским, законом одређеним оквирима. За разлику од индивидуалне својине, друштвена својина изражава друштену солидарност, због тога су за схватање односа који се јављају у тим оквирима појмови личности и субјективно право од мале користи. За нове правне односе који настају на тим новим основима потребно је створити и друге, нове појмове који ће изражавати ту солидарност. Очигледно је да су погрешна сва схватања која у привредним предузећима виде пре свега личност, правна лица, која учествују у слободном промету као појединци у грађанском друштву, а у њиховим овлашћењима на друштвеним средствима, њихова субјективна права. Субјективно право је израз независности и суверености лица у одлучивању, а предузећа нису ни издалека независна и суверена. Она имају овлашћења да на одређени начин и у одређеном циљу управљају и располажу деловима друштвене својине. Њихов постанак зависи од друштвених органа. У извесној мери то важи и за њихово функционисање. Њихова активност је организована према друштвеним плановима у општем интересу и у интересу радног коликтива. О правној личности предузећа и о њиховим субјективним правима може се говорити само са великом уздржљивошћу и не без опасности конфузије. Ти појмови биће и даље корисни у области друштвеног књиговодства и да би се разумело иступање предузећа на тржиште, али се ни при томе не сме изгубити из вида да су границе активности предузећа вишеструко одређене.

За схватање правног положаја предузећа није важно истаћи да је оно правно лице, већ да је то друштвена радна организација, скуп радних људи којима су предата одређена друштвена средства да привређују за себе и за друштвену заједницу, употребљавајући их и располажући њима на одређени начин и под одређеним условима. Оно се не поставља према друштву, као што се то чини кад му се подвлачи карактер правног лица. Оно је израз друштва, манифестација солидарности на којој је друштво засновано. Средства су друштвена и њих употребљава и њима располаже друштвена радна организација на начин који

је друштво одредило. У тим условима не може се говорити ни о каквој својини предузећа, ни потпуној ни подељеној, а друштвена својина појављује се као нов, сасвим одређен појам.

Друштвена својина је јединствена. Она припада друштву као целини и мора бити употребљена у интересу друштва. Ради постизања те сврхе њени делови предају се појединим радним организацијама да је искоришћавају за себе и за друштво. Предузеће нам се тако појављује не као правна личност, носилац права својине, потпуне или делимичне, на друштвеним средствима, ни као заступник друштва, јер дела истовремено и за себе и за друштво, већ као облик привредне активности самог друштва.

II. Ако сада погледамо поближе текстове Преднацрта Устава, видећемо да се њихова поједина решења у овој области, ако се скупе заједно и повежу, слажу са напред изнесеним теоријским погледима.

Према чл. 8, ст. 1: „Средства за производњу и друга средства друштвеног рада, као и рудна и друга природна богатства, друштвена су својина и као таква неотуђива су." Тиме је одређен предмет друштвене својине и њен искључив карактер.

Као и свака друга својина она садржи разна овлашћења између осталог и овлашћење да се располаже стварима на којима се налази. Зато исти текст (чл. 8) у наредном ставу продужује: „Располагање појединим средствима за производњу и другим стварима у друштвеној својини и друга правна овлашћења према њима одређују се законом у складу са природом и наменом тих средстава и ствари". Преднацрт каже да је радна организација носилац тих овлашћења према оним средствима којима управља (чл. 14, ст. 2), а онда додаје да она „може *отуђити* поједина средства за производњу и друга средства рада или на други начин њима *располагати*", — што су овлашћења која у погледу приватне својине има само сопственик. Али наш текст се не задржава на томе, него одмах продужава да радна организација може тако поступати *„уз обавезу* да очува несмањену укупну вредност друштвених средстава којима управља" (чл. 14, ст. 3). И то везивање стварноправних овлашћења са обавезом очувања несмањене вредности друштвених средстава, што значи нужну, непрекидну реалну суброгацију, искључује сваку могућност да се у овлашћењима радних организација на друштвеним средствима види потпуно или делимично право својине на тим средствима, или које било друго раније познато право.

На ову повезаност овлашћења радних организација на друштвеним средствима и обвезе очувања тих средстава Преднацрт

се осврће описујући самоуправљање радних људи, и ту истовремено одређује обавезну сврху активности радне организације. „Самоуправљање радних људи на основу друштвеног рада обухвата нарочито њихово *право* и *дужност:* (...) да одлучују о потреби друштвених средстава и о њиховом располагању и да ова средства економски целисходно користе ради *постизања највећег ефекта* за радну организацију и друштвену заједницу, да обезбеђује развој материјалне основе свога рада и да испуњавају обавезе организације према друштвеној заједници" (чл. 9, ст. 1, тач. 3). И ова овако одређена сврха активности радне организације, коју ова врши помоћу друштвених средстава, не дозвољава да се изоловано посматрају овлашћења радне организације на друштвеним средствима и да се у тим овлашћењима виде класична субјективна права. „Субјективна права" радне организације састоји се више у дужностима (кад већ морамо да се служимо старим појмовима) да друштвена средства употребљава у прецизно одређеним границама своје делатности, ради постизања циља који јој је јасно одређен.

Ако са права својине пређемо на посматрање саме радне организације, она је „самостална самоуправна организација" (чл. 14, ст. 1) и „има својство правног лица" (чл. 14, ст. 2). Већ смо видели да се правна овлашћења радне организације на друштвеним средствима одређују законом (чл. 18, ст. 2). На један општији начин Преднацрт на једном другом месту каже: „Радна организација врши своју делатност у складу са Уставом, законима, друштвеним плановима, статутом и другим на закону заснованим прописима" (чл. 14, ст. 4). Она је органски део друштва, и то се огледа како у њеном организовању, тако и у њеном функционисању. Друштво је заинтересовано да и једно и друго буде како треба. „Законом се може утврдити да статут у целини или поједине његове делове потврђује орган друштвено-политичке заједнице" (чл. 18, ст. 3). Затим: „Законом се може утврдити обавеза доношења и поступак за доношење појединих општих аката радних организација и могу се изузетно предвидети, кад то траже општи интереси, одрдеђена овлашћења надлежног органа друштвено-политичке заједнице у погледу доношења ових аката" (чл. 18, ст. 4).

Удаљеност од појма „правне личности", скројеног према појму „личности" у имовинском праву грађанског друштва огледа се и у другим неким текстовима Преднацрта. Ради потпуности овог сумарног прегледа довољно је навести прописе о распуштању органа управљања радне организације и о њеном укидању. „Органи управљања радне организације могу, под условима и по поступку предвиђеном законом, бити распуштени само ако је организација тешко повредила закон или ако је

својим пословањем битно оштетила друштвене интересе" (чл. 20, ст. 1). А затим: „Привредна организација може, под условима предвиђеним савезним законом, бити укинута ако је у немогућности да обнавља друштвена средства за производњу и друга средства рада или да испуњава друге законом одређене обавезе" (чл. 20, ст. 2).

Сви наведени текстови показују да „правна личност" радне организације има врло заједничког са правном личношћу са којом се срећемо у имовинском праву грађанског друштва. Тај појам данас више спада у технику друштвеног књиговодства него у основе имовинског правног поретка.

III. Да закључимо.

Друштвена својина је нова појава која се не може ни дефинисати ни описати помоћу традиционалних појмова имовинског права.

Израз „друштвена својина" добро је нађен да се најприближније наговести њена садржина. Уосталом, у сличним пословима важније је дефинисати садржину појма него наћи тачну реч којом би он био обележен.

Ако би помоћу материјала садржаног у појединим текстовима Преднацрта покушали да дефинишемо друштвену својину, онда бисмо могли рећи: Друштвена својина је искључиво и неотуђиво право својине друштва на извесним стварима (чл. 8, ст. 1), којима управљају и којима располажу и које економски целисходно користе (чл. 9, ст. 1, тач. 3), на начин одређен законима и друштвеним плановима (чл. 14, ст. 4), друштвене радне организације ради постизања највећег ефекта (чл. 9, ст. 1, тач. 3), у интересу радне организације, радних људи и друштвене заједнице (чл. 10, ст. 1).

(Анали Правног факултета у Београду, 1962, бр. 3—4)

A SUMMARY

SOCIAL OWNERSHIP

Social ownership is a special kind of collective ownership, which has not been known before, and that is enough to explain to us the dispute as to its legal nature, which is being kept alive with consistent fervour.

The explanation of the origin of numerous theories concerning social ownership may lie in the effort to incorporate new relations, formed in the field of ownership, into old concepts. That is a more genral intention to be encountered in all fields of human activities, which is based on the law of the economy of effort. But there is a limit beyond which that method of behavior ceases to be beneficial, so that it is necessary to form new concepts for the new relations. Fiction is a very useful means of development of law, but over a certain limit it is not that any more, blocking the signt of reality.

Social ownership is a new phenomenon which cannot be described or defined by way of traditional concepts of property law. If any attempt were made to define social ownership with the aid of the material in some of the texts of the Preliminary Draft of the Constitution, it could then be said: that social ownership is the exclusive and inalienable right of ownership of society over certain property, which is managed and disposed, economically and suitably utilised, in the manner provided by the law and the social plan, by the social work organizations, for the purpose of achieving the highest possible effect, in the interest of the work organisations, the working people and the social community.

This article was written on the occasion of the completion of the Preliminary Draft of the Constitution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in 1962. which was passed in the succeeding 1963. as the Constitution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia.

RÉSUMÉ

LA PROPRIÉTÉ SOCIALE

La propriété sociale est une forme particulière de la propriété, qui n'était pas connue aupravant, cela suffit nous expliquer la controverse sur sa nature juridique, qui se poursuit chez nous avec beaucoup d'ardeur.

L'explication de la formation d'un assez grand nombre de théories relatives à la propriété sociale peut être trouvée dans le tendance à ce que les rapports entièrement nouveaux, qui se sont formés dans le domaine de la propriété, soient englobés dans les notiöns anciennes. C'est un fait général que l'on rencontre dans tous les domaines de l'activité humaine. et qui est basé sur la loi de l'économie des efforts.Mais il y a une limite par laquelle cette manière d'agir cesse d'être utile, et il est nécessaire de créer de nouvelles notions pour les nouveaux rapports. Les fictions sont d'une très grande utilité pour le développement du droit, mais au-delà d'une certaine mesure elles cessent d'être cela et rendent impossible de voir la réalité.

La propriété sociale est un fait nouveau qui peut pas être défini ni décrit à l'aide des notions traditionnelles du droit patrimonial. Si à

l'aide du matériel contenu dans les divers textes de l'Avant-projet de la Constitution on essayait de formuler la définition de la propriété sociale, alors on pourrait dire: La propriété sociale est le droit exclusif et inalienable de la propriété de la société sur certains biens, que gèrent et dont disposent et qu'utilisent d'une facon économiquenment opportune, de la manière déterminée par les lois et les plans sociaux, les organisations de travail sociales aux fins de la réalisation de l'effet de la plus grande importance, dans l'intérêt de l'organisation de travail, des travailleurs et de la communauté sociale.

L'article a été écrit à l'occasion de l'Avant- projet de la Constitution de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie de 1962, qui a été adoptée l'année suivante (1963) comme Constitution de la RSF de Yougoslavie.

UDK — 341.2 + 347.4

КОНВЕНЦИЈА О ЗАСТАРЕЛОСТИ У ОБЛАСТИ МЕЂУНАРОДНЕ ПРОДАЈЕ ТЕЛЕСНИХ ПОКРЕТНИХ СТВАРИ

Генерални секретар Организације уједињених нација сазвао је за 20. мај 1974. Међународну конференцију, на чији дневни ред је стављено питање доношења конвенције о застарелости у области међународне продаје телесних покретних ствари. Пројект ове конвенције израдила је Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право. После неколико обавештења о самој Комисији и њеном раду на овом пројекту, биће дат кратак систематски преглед садржине предложене конвенције и, најзад текст пројекта конвенције.

Први део

КОМИСИЈА ЗА МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО И ЊЕН РАД НА ПРОЈЕКТУ КОНВЕНЦИЈЕ

Историја пројекта конвенције почиње истовремено када и историја Комисије кога га је припремила. Одлуку о образовању Комисије за међународно трговинско право донела је Генерална скупштина 17. децембра 1966. (Резолуција 2205/XXI). Том одлуком одређено је да ће Комисија радити на „прогресивној хармонизацији и унификацији међународног трговинског права", и прецизиране су њене разне активности у том правцу. Између осталог тамо је речено да ће Комисија припремати нове међународне конвенције и нове типске и једнообразне законе, или радити на прихватању инструмената, као и радити на кодификацији и на општијем прихватању израза, правила, узанси и обичаја међународне трговине, у сарадњи, кад год је то корисно, са организацијама које се баве овим питањима. Предвиђено је да ће Комисија бити сазивана једном годишње у редовно заседање и даће се састајати наизменично у седишту Организације уједињених нација у њеном Уреду у Женеви.

Прво заседање Комисије било је од 29. јануара до 26 фебруара 1968. После опште дискусије о програму рада Комисије прихваћен је као радни документ један списак предмета који би требало да уђу у тај програм. Ту су наведени: међународна продаја телесних покретних ствари; трговинска арбитража; транспорт; осигурање; међународна плаћања; интелектуална својина; уклањање сваке дискриминације у законима који се примењују на међународну трговину; заступање; легализација докумената. Између ових предмета Комисија је одлучила да се узму у проучавање пре свих осталих ова три предмета: међународна продаја телесних покретних ствари; међународна плаћања; трговинска арбитража. Радна група којој је Комисија поверила да проучи питања метода рада на овим предметима поднела је после неколико дана, за време истог заседања, један детаљан радни документ о томе. После дискусије тог документа Комисија је донела одлуку о методима проучавања наведених приоритетних предмета до њеног другог заседања.

Што се тиче првог предмета, међународне продаје телесних покретних ствари, у чији оквир улази и материја о застарелости која је предмет предложеног пројекта, Комисија је установила да су у току опште дискусије поједини представници указали на следећа питања:

1) међународна продаја телесних покретних ствари уопште;

2) Хашка конвенција из 1964. о Једнообразном закону о међународној продаји телесних покретних ствари, и о Једнообразном закону о закључивању уговора о међународној продаји телесних покретних ствари;

3) Хашка конвенција из 1955. о закону који се има применити на продају телесних покретних ствари са међународним карактером;

4) израда једног трговачког законика;

5) уговори о продаји;

6) разни правни аспекти уговора о продаји:

а) рокови и застарелост у области међународне продаје ствари;

б) заступање;

в) последице немогућности извршења;

г)уговорне клаузуле о вишој сили;

д) општи услови продаје, типски уговори, *INCOTERMS* и другиД трговински изрази.

Комисија је даље закључила да је немогуће у почетку њеног рада бавити се истовремено свим овим питањима, па је због тога одабрала између њих неколико главних, и то су: 1) Хашка конвенција из 1964; 2) Хашка конвенција из 1955. о закону

који се примењује на продају са међународним карактером; 3) рокови и застарелост у области међународне продаје ствари; 4) општи услови продаје, типски уговори, *INCOTERMS* и други трговински изрази. Али је уз то речено да сваки члан Комисије може поднети Генералном секретару студије о ма ком другом питању из области одређених приоритетних предмета, а Секретар је замољен да достави ове студије сваком члану Комисије. За проучавање сваког од ова четири одабрана питања Комисија је утврдила програм и метод рада. Што се тиче питања рокова и застарелости у области међународне продаје, која нас овде једино интересује, Комисија је затражила од Генералног секретара да после потребних консултација позове владе држава које су чланице Комисије да му поднесу студије о питању рокова и застарелости у области међународне продаје ствари. Упућујући овај захтев владама Генерални секретар треба да им скрене пажњу да је пожељно добити студије које би приказивале правне системе света. Најзад, при крају заседања образована је једна радна група коју је Генерални секретар могао сазвати недељу дана пре отварања другог заседања комисије, ако би сматрао да је за будући рад Комисије корисно да се та група састане и прегледа материјал прикупљен на основу одлука Комисије.

На другом заседању Комисије, одржаном од 3. до 31. марта 1969. образовано је више радних група за проучавање појединих питања из програма рада Комисије, између осталих једна радна група од седам чланова са задатком да проучи питање рокова и застарелости у области међународне продаје телесних покретних ствари у циљу припремања претпројекта међународне конвенције. Ова радна група имала је да се ограничи на проучавање који би општи рок требало одредити чијим би истеком наступало гашење или застарелост права купца или продавца; она није требало да се бави питањима одређених рокова чијим би истеком купац или продавац губили права (нпр., право да се одбије пријем робе, право да се одбије да се испоручи роба, или право да се захтева накнада због недостатка саобразности), пошто се сматрало да је боље да се тим питањем позабави радна група којој је поверено проучавање међународне продаје телесних покретних ствари. Поред овог општег упутства пажња радне групе привучена је нарочито на ова питања:

а) час од кога почиње тећи рок застарелости;

б) трајање рока застарелости;

в) околности у којима се ток рока може обуставити или прекинути;

г) околности у којима рок може престати;

д) да ли се рок застарелости може модификовати споразумом страна, у којој би мери то било могуће;

ђ) питање да ли суд треба да води рачуна о застарелости *ex officio* или само на захтев неке од страна;

е) питање да ли претпројект и конвенције треба да добије облик једнообразног закона или типског закона;

ж) питање да ли је нужно да се укаже да ће се правила претпројекта конвенције примењивати као правила материјалног права или као правила поступка;

з) у којој би мери и даље било потребно узети у обзир правила сукоба закона.

Радна група састала се од 18. до 22 августа 1969. На почетку свог рада радна група је поставила начело да правила будуће конвенције треба да буду одређена и што је могуће више независна од сваког посебног правног система; број изузетака мора бити „стриктно ограничен у интересу сигурности и једноставности трговинских односа". О резултатима дискусије о свим постављеним питањима радна група поднела је опсежан извештај Комисији. Комисија је испитивала тај извештај на свом трећем заседању одржаном од 6. до 30. априла 1970. године, и закључила да затражи од радне групе да састави један претпројект конвенције за идуће, четврто, заседање Комисије. Радна група састала се по други пут од 10. до 21. августа 1970. На овом заседању она је израдила претпројект конвенције и са коментаром и извештајем о свом раду понела га Комисији.

На четвртом заседању Комисије одржаном, од 29. марта до 20. априла 1971. после дискусије претпројекта конвенције закључено је да се замоли радна група да састави дефинитиван текст претпројекта за пето заседање Комисије. Према том захтеву радна група је на свом трећем заседању, одржаном од 30. августа до 10. септембра 1971. године изградила ревидирани пројект конвенције са коментаром, водећи рачуна о примедбама учињеним у дискусији у Комисији и материјалу прибављеном од стране Секретаријата.

На свом петом и последњем заседању, одржаном од 10. априла до 5. маја 1972. године, Комисија је испитивала претпројект. Пошто су били предложени разни амандмани, замољена је радна група да поново испита неке чланове, и ова се у ту сврху састала више пута. Више редакционих група позабавило се текстом неких чланова. На крају, 5. маја 1972. године Комисија је одлучила да прихвати текст пројекта Конвенција и препоручила Генералној скупштини да сазове једну међународну конференцију ради закључења једне конвенције о застарелости у области међународне продаје телесних покретних ствари на бази тог пројекта.

Други део

КРАТАК СИСТЕМСКИ ПРЕГЛЕД САДРЖИНЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Конвенција има 46 чланова груписаних у четири дела: први део под насловом „Основне одредбе" садржи правила о року и току застарелости и могућим инцидентима (чл. 1—29); у другом су мере које се државе потписнице обавезују да предузму ради примене конвенције (чл. 3—32); у трећем, правила о могућим декларацијама и резервама (чл. 33—38); најзад, у четвртом делу налазе се закључне одредбе.

Конвенција о застарелости у међународној продаји телесних покретних ствари има далеко мањи значај од Хашких конвенција о продаји из 1964. и 1955. Питања застарелости долазе у задњи ред питања која се могу поставити у вези са правима насталим у вези са уговором о продаји. Али су она, ипак, од великог значаја за трговину, и уопште у области облигација. У трговини, као и међу грађанима, главна корист од установе застарелости није у томе што она одређује временску границу за вршење повериочевог права, и ослобађа дужника од обавезе, иако се тај изглед застарелости прилично истицао приликом израде Конвенције, нити је застарелост установљена у том циљу. Њена је главна сврха, а и корист, у томе што олакшава дужнику који је извршио своју обавезу да одбије евентуални поновни повериочев захтев позивајући се једноставно на протек одређеног времена, дакле без потребе да пружа доказе о испуњењу своје обавезе и да их у ту сврху чува.

Конвенцију су саставили стручњаци који су добро познавали материју. Они су се нашли пред тешким задатком да за велики број питања у овој материји, за која у разним националним правима постоје различита решења, нађу општеприхватљива решења независна од сваког правног система, која би задовољавала потребе промета у целом свету. Они су тежили да та решења буду практична, а текст кратак и јасан. У том свом настојању они су се сукобили са разним тешкоћама. Између осталог, стварну тешкоћу представља то што поједини правни системи имају у овој области различите установе, засноване на различитим концепцијама, и служе се различитим терминологијама и појмовима који се не подударају. Бива и да се истом појму дају различите садржине у разним правним системима. Поред тога, знатне тешкоће представљало је и постојање различитих тежњи у Комисији у погледу појединих решења, те се морало тражити компромисно решење. Све те тешкоће оставиле су трагове на тесктовима Конвенције. А кад се томе дода да су аутори Конвенције, у тежњи да буду што краћи нека ре-

шења дали само имплицитно, може се слободно рећи да ова Конвенција није модел потпуне јасноће.

Због наведених чињеница постоји опасност и за ову конвенцију, као и за многе друге, да њене одредбе буду различито схваћене и различито примењене, те да буде осујећен циљ који се имао у виду и ради чијег постизања је Конвенција припремљена. На ту опасност указује чл. 7. Конвенције, који захтева да се приликом тумачења и примене ове Конвенције води рачуна о њеном међународном карактеру и о потреби да се постигне једнообразност у њеном тумачењу и примени (чл. 7). Текстови Конвенције представљају потпун систем норми о застарелости права и тужби које могу имати један према другом купац и продавац у међународној продаји телесних покретних ствари. Али облик који је дат неким од тих норми и њихово место у систему Конвенције отежавају да се схвати њихова садржина. Кратак преглед садржине општег дела Конвенције (чл. 1—29), у коме се налазе правила о застарелости, а који је састављен на основу материјала Комисије, има за сврху да олакша да се при упознавању са текстовима Конвенције уочи њена систематика и значење и домашај њених одредби.

I. — ОБЛАСТ ПРИМЕНЕ

1. — *Међународна продаја телесних покретних ствари*

Одредбе ове конвенције примењују се, као што се то види из њеног наслова, кад су у питању тужбе и права у вези са уговором о продаји телесних покретних ствари који има међународни карактер. За критеријум међународног карактера продаје узета су седишта уговорника, те продаја има тај карактер само ако уговорници у часу закључења уговора имају своја седишта у разним државама (чл. 2, ст. 1). Нема никаквог значаја држављанство уговорника, ни да ли су уговорници трговци или не, као ни да ли је њихов уговор трговински или грађански (чл. 2, ст. 4). Конвенција се примењује у свим случајевима кад уговорници имају своја седишта у разним државама, без обзира на њихово држављанство и без обзира на трговински или грађански карактер уговорника или њиховог уговора (чл. 2, ст. 4).

Критеријум је једноставан и разликује се знатно од критеријума Једнообразног закона о продаји телесних покретних ствари (Хашка конвенција од 1. јула 1964.). За признавање међународног карактера продаје тај закон се не задовољава условом да стране имају своја седишта у разним државама, него

поставља још неке допунске услове који се тичу или превоза ствари, или понуде и прихватања или места испоруке (чл. 1. Једнообразног закона). Критеријум Једнообразног закона критикован је због своје сложености и тешкоћа на које његова примена може наићи у пракси, али ни критеријум наше конвенције није прихваћен једногласно. Остављено је конференцији опуномоћеника да питање још претресе и да одлучи. Уз то, поменимо да је Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право образовала и једну радну групу са задатком да проучи питање у вези са ревизијом Хашког једнообразног закона о међународној продаји телесних покретних ствари и да је испољена тежња да и Једнообразни закон и конвенција о застарелости имају исти критеријум за одређивање међународног карактера продаје телесних покретних ствари.

Може се догодити да једна уговорна страна има више седишта у разним државама, па и у држави у којој има своје седиште друга страна. У том случају, за њено седиште сматра се њено главно седиште, те ако се то седиште налази у истој држави у којој има своје седиште и друга страна, продаја неће имати међународни карактер, и на питања застарелости неће се примењивати одредбе Конвенције, већ унутрашње право те државе. Изузетно, у случају кад једна страна има више седишта у разним државама, ако, с обзиром на околности које су стране уговорнице знале, или о којима су стране водиле рачуна, у време закључења уговора, неко друго седиште, а не главно седиште стоји у тешњој вези са уговором и његовим извршењем, за питање о међународном карактеру продаје узеће се у обзир то седиште (чл. 2, ст. 2).

Најзад, кад једна страна уговорница нема седишта, узима се у обзир њено редовно боравиште (чл. 2, ст. 3).

Конвенција се примењује само ако су у часу закључења уговора и продавац и купац имали своја седишта у разним државама потписницама Конвенције. Приликом израде претпројекта било је предложено да се примена Конвенције прошири на све случајеве међународне продаје телесних покретних ствари, без обзира на то да ли се седишта купца и продавца налазе на територијама држава које су потписале Конвенцију. Тиме би Конвенција добила најшире поље примене. Али се на крају ипак одустало од тога, те примена Конвенције ограничена на случајеве кад се у часу закључења уговора седишта продавца и купца налазе на територијама разних држава потписница Конвенције (чл. 3, ст. 1).

На тако ограниченом пољу Конвенција се примењује без обзира на закон који би се имао применити на основу правила међународног приватног права (чл. 3, ст. 2). Сврха Конвенције

управо је да одстрани примену интерних права појединих држава и да у овој материји постави једнообразна правила. Разуме се, да се од тога изузимају случајеви када сама Конвенција упућује на та правила у чл. 13, ст. 1 и у чл. 21, ст. 3. Уз то, уговорници могу и сами одстранити примену Конвенције на њихов уговор ако одреде да ће се на њихов уговор примењивати закон неке државе која није потписница Конвенције. У том случају суд државе потписнице Конвенције пред којим се буде водио спор, неће применити одредбе Конвенције, већ одредбе изабраног страног закона, разуме се под условом да је тај избор пуноважан, што ће суд ценити према правилима свог права о аутономији воље у овој области.

2. — *Предмет конвенције*

Конвенција се примењује на „застарелост тужби и гашење права која имају један према другом купац и продавац у вези са уговором о међународној продаји телесних покретних ствари" (чл. 1, ст. 1). Изрази „застарелости тужби" и „гашење права" унети су у овај текст један поред другог да би се осигурало подједнако схватање и примена Конвенције у свим државама, без обзира како се у њиховим интерним правима схвата и изражава дејство протека одређеног времена на права која уговорници могу имати један према другом. Поред ових израза, може се приметити још да текст говори о правима која уговорници могу имати један према другоме „у вези са уговором" qui se rapportent á un contrat" „relating to a contract"), што је шире од „права која потичу из уговора", као што је стајало у првом претпројекту конвенције (из 1970). Изразом „у вези са уговором" обухваћена су, у првом реду, узајамна потраживања уговорника која потичу из уговора. Али су њим обухваћена и права на раскидање уговора, као и право на поништење уговора, за чију је застарелост у разним националним правима предвиђен рок различит од општег рока застарелости. Тако, на пр., по француском Грађанском законику општи рок застарелости износи 30 година (чл. 2262), а рок застарелости за поништење или раскидање уговора износи 10 година (чл. 1304). По Конвенцији право на раскидање уговора и право на поништење уговора застаревала би као и потраживање из уговора у истом року. Треба одмах додати да се Конвенција неће нужно примењивати у сваком случају на тужбе за поништење уговора. У њеном чл. 34. предвиђено је да свака држава уговорница може изјавити приликом депоновања свог инструмента ратификације или приступања да неће примењивати одредбе ове Конвен-

ције на тужбе за поништење уговора. У недостатку такве изјаве и на застарелост тужби за поништење уговора примениће се одредбе Конвенције.

Конвенција се примењује на рокове застарелости, али се она не примењује на преклузивне рокове, чије је пропуштање санкционисано губитком права и чији ток не може бити ни продужен ни прекинут. Конвенција не употребљава израз „преклузиван рок" него га описује као „рок у коме је једна страна дужна, под претњом да неће моћи вршити своје право, да достави обавештење другој страни или да изврши коју другу радњу изузев покретања неког поступка" (чл. 1, ст. 2). Тако, према законима неких држава купац губи право да се позове на неки недостатак ствари ако није обавестио продавца о његовом постојању у кратком року од када га је открио (чл. 151 Општих узанси; чл. 39 Једнообразног закона о међународној продаји телесних покретних ствари). На те и сличне случајеве не примењује се Конвенција; они остају под владом интерног права. Али, ипак, примениће се Конвенција кад је губитак права предвиђен ако у одређеном року заинтересована страна треба да покрене неки поступак (судски, управни или арбитражни — чл. 1, ст. 2, in fine). Пор. чл. 9, ст. 3, и чл. 21, ст. 3).

3. — *Лица*

С друге стране, Конвенција се примењује само на односе уговорника. Она се не примењује на тужбе или права која у вези са уговором може имати један уговорник према неком трећем, на пр. на тужбе према јемцу свог сауговорника. Она се не примењује такође на тужбе и права које у вези са уговором може имати неко трећи према једном уговорнику, на пр. на тужбу према продавцу — произвођачу може на основу гарантије за исправно функционисање ствари имати лице које је купило ствар од купца („гарантија за производ").

Као уговорници имају исти положај њихови наследници и правоследбеници на које су прешла њихова права из уговора (чл. 1, ст. 3, т. а), на пр. у случају уступања уговора, или припајања једног предузећа неком другом предузећу.

4. — *Уговори и права на које се Конвенција не примењује*

Из домена примене Конвенције изузети су, пре свега, извесни случајеви продаје за које се сматрало да постоје посебни разлози да питање застарелости тужби и права у вези са њима

остане под владом надлежног закона. То су, са малом изменом и додатком продаје које су изузете из домена примене Једнообразног закона о међународној продаји телесних покретних ствари (чл. 5), и које Конвенција набраја у свом члану 4. Ту је, прво, наведен случај продаје телесних покретних ствари оне врсте и количине које обично купује појединац за личну или породичну употребу, или за потребе домаћинства. То су тзв. потрошачке куповине. Оне представљају незнатан део међународног промета. С друге стране, разна законодавства нарочито у последње време, садрже све више посебних одредби за заштиту потрошача те је изгледало природно да се ове продаје оставе под владом интерног законодавства. Али ће се Конвенција применити и на такву продају кад се из уговора, или из неких ранијих послова страна уговорница, или из обавештења које су оне дале у било које време пре закључења или приликом закључења уговора, види да ствари нису купљене за сопствену потрошњу, него за неку другу употребу.

Уз случај потрошачких куповина, чл. 4. Конвенције наводи следеће случајеве продаје на које се Конвенција не примењује: продају на јавној дражби; продају у случају принудног извршења и друге судске продаје; продају хартија од вредности и новца; продају бродова и ваздухоплова; продају електрицитета. За сваку од наведених продаја постоје нарочити прописи у месту где се оне обављају, због њихове посебне природе или због природе њиховог предмета. Нека од правила која се њих тичу имају императиван карактер, те се сматрало да је најбоље оставити све ове случајеве продаје у потпуности под владом интерног права.

Поред ових случајева Конвенција се не примењује ни на неке случајеве мешовитих уговора у којима се поред елемената уговора о продаји налазе и елементи уговора о делу или уговора о раду. Тако, исто као по чл. 6. Једнообразног закона о међународној продаји телесних покретних ствари, неће се сматрати као продаја уговора о испоруци телесних покретних ствари које треба да се израде или произведу, кад је страна која је наручила ствар дужна дати битан део елемената потребних за ту израду или производњу (чл. 6, ст. 2). Затим, имајући у виду случајеве у којима се продавац машина обавезао да изврши њихову монтажу и стављање у погон, и друге сличне случајеве у којима се једна страна обавезала да поред испоруке ствари изврши одређене радове или да пружа друге услуге, Конвенција искључује своју примену у случајевима у којима

се претежни део обавеза продавца састоји у извршењу радова или других услуга (чл. 6, ст. 1).

Из домена примене Конвенције искључена су и нека права која стоје у вези са уговором продаје а која су набројана у члану 5. овим редом: 1) права заснована на телесној повреди или на смрти купца или неког другог лица. Ради се само о случајевима у којима је смрт лица или телесна повреда наступила у вези са уговором продаје, нпр. због неке мане продате ствари, јер су остали случајеви искључени самим одређивањем домена примене Конвенције у њеном члану 1. У неким правима ова одговорност има уговорни карактер, а у неким она се сматра деликтном одговорношћу, и да би избегле разлике у примени конвенције случај је искључен из њеног поља примене и остављен интерном праву; 2) права заснована на нуклеарној штети коју је проузроковала продата ствар. Питање права заснованих на тим штетама и њихова застарелост одређени су Бечком конвенцијом од 21. маја 1963. године; 3) права заснована на привилегији залози, или на ком другом реалном (имовинском) обезбеђењу, јер она нису у вези са уговором продаје, а уз то због њихове реалне природе на њих се редовно примењује закон места где се ствар налази; 4) права заснована на пресуди или арбитражној одлуци донетој после спроведеног поступка; 5) права заснована на наслову који је извршен према закону места где се извршење тражи и 6) права заснована на трасираној меници, чеку или соптвеној меници. Права наведена под 4), 5) и 6) и кад су настала у „вези" са међународном продајом сувише су удаљена од ње, а у случају менице и чека пренесених на неког трећег та веза је потпуно прекинута, и то је између осталог разлог што је изгледало боље изузети њихову застарелост од примене Конвенције.

Најзад, у низу случајева у којима се Конвенција не примењује може се поменути и случај сукоба ове Конвенције са неком ранијом или доцнијом конвенцијом у којој су такође предвиђени рокови застарелости тужби и права у вези са међународном продајом којом се бави наша Конвенција. Ако купац и продавац имају своја седишта у државама које су потписнице неке такве конвенције, примениће се одредбе те раније или доцније конвенције а не ове Конвенција. У случају кад један уговорник има седишта у разним државама, или кад нема седишта, него само редовно боравиште, за одређивање његовог седишта, односно боравишта, примениће се правила ове Конвенције (чл. 36 и чл. 2, ст. 2 и 3).

II. — РОК ЗАСТАРЕЛОСТИ

1. — *Дужина, почетак и рачунање рока застарелости*

За тужбе и права у вези са међународном продајом Конвенција предвиђа један општи рок застарелости, и један краћи рок за тужбе због недостатака ствари (чл. 8—11). У истим текстовима је предвиђено када у појединим случајевима рок застарелости почиње тећи, а у засебним текстовима постављена су правила за рачунање рокова застарелости (чл. 27 и 28). Поред тога у Конвенцији су предвиђени апсолутни рокови застарелости који се не могу никако продужити, и чијим истеком застаревају све тужбе и права (чл. 22).

Општи рок застарелости тужби и права која могу имати један према другом купац и продавац у уговору о међународној продаји телесних покретних ствари износи четири године (чл. 8). Тај рок почиње тећи оног дана када тужба може бити подигнута (чл. 9, ст. 1). У истом члану прецизирана је примена овог правила у случају тужбе због преваре као и у случају тужбе због „повреде уговора". Кад је у питању тужба због преваре учињене приликом закључивања уговора узето је да је тужба могла бити подигнута оног дана када је превара била откривена, или је разумно морала бити откривена (чл. 9, ст. 2). А кад је у питању тужба због неке „повреде уговора", а овим изразом је обухваћено свако неизвршење својих обавеза од стране једног уговорника, као и свако извршење које није саобразно уговору (чл. 1, ст. 3 тач. д), сматра се да је тужба могла бити подигнута оног дана када се та повреда догодила (чл. 9, ст. 3). Има законодавстава у којима се тужба због повреде уговора може подићи тек пошто је овлашћена страна учинила одређено саопштење другој страни, а то значи да ће између повреде уговора и тог саопштења протећи извесно време. Тиме се не одлаже почетак тока застарелости, и он не почиње тећи од дана саопштења, већ оног дана када се повреда уговора догодила.

Посебан рок застарелости за тужбе због недостатка ствари износи две године (чл. 10). Почетак тока застарелости у овом случају зависи од тога да ли је недостатак видљив или скривен. Засебно правило за почетак тока застарелости постављено је за почетак тока застарелости кад је продавац дао купцу изричну гаранцију. — Кад се ради о недостатку који се могао опазити у часу продаје ствари, застарелост почиње тећи оног дана када је стварно предата ствар купцу. То значи да све док купац није био у могућности да прегледа купљену ствар застарелост не почиње тећи (чл. 10, ст. 1). — Кад се ради о неком скривеном недостатку који се није могао установити у часу предаје ства-

ри него тек после извесног времена, застарелост почиње тећи оног дана када је тај недостатак установљен или је разумно морао бити установљен. Ово одлагање почетка тока застарелости не може се отегнути у недоглед; оно је ограничено, те ће се у овом случају тужба сматрати застарелом по истеку осам година од дана када је ствар била стварно предата купцу (чл. 10, ст. 2). — Што се тиче случаја кад је продавац дао купцу неку изричну гаранцију, застарелост тужбе засноване на гарантији почиње тећи оног дана када је купац открио или морао открити чињеницу на којој се тужба заснива, а најдоцније од дана истека гарантије (чл. 10, ст. 3).

Најзад, Конвенција садржи посебна правила о почетку тока застарелости у случају раскидања уговора једностраном изјавом, кад је та могућност предвиђена у закону који се примењује на уговор. Према Конвенцији почетак тока застарелости зависи од тога да ли је изјава о раскидању учињена другој страни пре датума одређеног за извршење. Кад је то случај, рок застарелости почиње тећи од дана када је изјава учињена, а ако то није случај он почиње тећи од датума одређеног за извршење (чл. 11, ст. 1). — Кад је у питању уговор са сукцесивним обавезама, па због неизвршења једне обавезе друга страна, у случају предвиђеном у закону који се примењује на уговор, изјави да раскида уговор, застарелост у погледу свих сукцесивних обавеза почиње тећи од дана када је учињена изјава о раскидању. Али, ако у овом случају друга страна не изјави да раскида уговор, застарелост њених права насталих неизвршењем појединих обавеза почиње тећи, за сваку поједину обавезу од датума када је требало да буде извршена (чл. 11, ст. 2).

Што се тиче питања када истиче рок застарелости Конвенција одређује да је то у поноћ оног дана који има исти датум као дан када је застарелост почела да тече. Предвиђајући могућности да у последњем месецу рока нема истог датума, речено је да ће у том случају рок застарелости истећи у поноћ последњег дана последњег месеца рока (чл. 27, ст. 1). Иначе рок се рачуна по календару места где је поступак покренут (чл. 27, ст. 2). — Може се десити да је последњи дан рока празник, или уопште дан када суд не ради, те поверилац не може да покрене судски поступак против дужника у смислу чл. 12. или да истакне своје право у неком другом поступку, као што је поступак смрти или неспособности дужника, или стечајни поступак (пор. чл. 14). У том случају рок застарелости се продужава тако да обухвата први радни дан који долази после празника или дана када суд ради (чл. 28).

2. — *Измене у року застарелости правним послом уговорника*

У нашем праву време одређено за застарелост не може се правним послом ни продужити ни скратити, нити се може одредити кад ће застарелост почети да тече, као ни да неко време неће тећи (чл. 5 Закона о застарелости потраживања). Разлог је у томе што би свака могућност измене у режиму застарелости могла бити злоупотребљена од јаче стране у уговору. Исти основни став има и Конвенција у чијем је чл. 21 т. 1, речено: „Рок застарелости не може се ни скратити ни продужити, нити се његов ток може променити изјавом страна или њиховим споразумом". Али, за разлику од нашег права у коме од овог правила нема изузетка, Конвенција у продужетку наведеног текста упућује на став 2. истог члана у коме је предвиђена једна могућност продужавања рока застарелости. Према том тексту, дужник може једностраном писменом изјавом упућеном повериоцу док застарелост тече продужити њен рок, једанпут или више пута, али укупно највише за четири године, рачунајући од датума када би рок застарелости био истекао сходно одредбама Конвенције. Занимљиво је приметити да се раније изузетно дозвољавало уговорно скраћивање рока застарелости, пошто је оно користило дужнику, а да овај једини изузетак у Конвенцији предвиђа могућност да се трајање рока застарелости продужи, што је управо било забрањено у скоро свим законодавствима из разлога јавног интереса, а и потребе да се заштити дужник од повериочевог притиска. Објашњење ове промене става налази се у условима под којима је продужење рока могуће. Оно је могуће тек пошто је рок застарелости почео да тече, дакле када је поверилац већ у могућности да против дужника покрене поступак за наплату свог потраживања. Изјава о продужењу рока застарелости учињена пре тога ништава је. Пристајући на продужење рока застарелости дужник омогућава повериоцу да без ризика по своје право причека са подношењем тужбе против дужника, а обе стране добијају у времену за преговоре око уређења својих односа кад се не слажу о нечему око њих. Затим, продужење рока може се извршити само писменом изјавом дужника упућеном повериоцу. Најзад, рок застарелости може се продужити на тај начин више пута, али укупно највише за четири године, рачунајући од дана када би рок застарелости према одредбама Конвенције био истекао да није био продужен.

Ове одредбе Конвенције не односе се на преклузивне рокове, чије је изузимање од примене њених одредби истакнуто на уопштен начин у самом њеном почетку (чл. 1, ст. 2). Под

удар њихове забране не потпадају уговорне клаузуле којима би стране уговорнице скратиле или продужиле неки преклузивни рок у коме би, за стицање или вршење неког права према надлежном закону, било потребно предузети неку радњу. Питање њихове пуноважности остављено је надлежном закону. Пример радње која треба да буде предузета у року на који се Конвенција не односи је обавештење о констатованој несаобразности (мани) ствари које је купац дужан упутити продавцу у одређеном кратком законском року, да би могао сачувати права која му у том случају припадају. Према чл. 21 ст. 3, може се уговором скратити и законски рок за покретање арбитражног поступка, како је то уобичајено у неким областима у уговорима о продаји потрошне робе. То се може урадити кад је у питању било која радња, изузев покретања судског поступка. У том погледу чл. 21 ст. 3, оставља више простора за примену интерног права него начелни чл. 1, ст. 2, у коме је реч о поступку уопште, а овде само о судском поступку.

3. — *Апсолутни рокови застарелости*

Поред могућности да се рок застарелости продужи дужниковом писменом изјавом (чл. 21, ст. 2), у Конвенцији је предвиђено више случајева у којима се под одређеним условима рок застарелости продужава. У неким посебним случајевима, као што су они предвиђени у чл. 18 и 20, које ћемо доцније видети, одређени су крајњи рокови, после чијег истека није више могуће продужити рок застарелости ни по ком основу. За остале случајеве предвиђени су општи апсолутни рокови застарелости. Тужбе засноване на неком недостатку ствари застаревају у сваком случају у року од осам година, а остале тужбе у року од десет година, рачунајући увек од дана када је рок застарелости почео да тече (чл. 22). По истеку тих рокова није више могуће ни по ком основу спречити наступање застарелости.

III. — ПРЕСТАНАК ТОКА И ПРОДУЖЕЊЕ РОКА ЗАСТАРЕЛОСТИ

Главна сврха Конвенције, како је истицано у више наврата у току њене израде, је да се одреди рок у коме продавац и купац могу покренути неки поступак за остварење својих права из уговора међународне продаје телесних покретних ствари. У законодавствима разних држава ток тога рока може бити прекинут или суспендован (заустављен, спречен) разним догађајима и околностима. Питања који су то догађаји и окол-

ности и која су њихова дејства на ток рока застарелости различито су уређена. У многим законодавствима време протекло пре прекида застарелости не рачуна се, и од прекида почиње изнова да тече рок застарелости, док се у случају суспендовања (застоја или спречавања) тока застарелости време протекло пре суспендовања рачуна и на њега наставља време протекло после престанка узрока који је изазвао суспендовање тока застарелости.

Решавању сплета питања у вези са повериочевим радњама предузетим ради остварења његовог права, и разним догађајима који могу утицати на трајање рока застарелости, у Конвенцији се приступило на сасвим други начин. У одсеку под насловом „Престанак тока и продужења рока застарелости" (чл. 12—20), у чл. 12—14 наведене су радње повериочеве које имају за дејство да рок застарелости „престане тећи", што, као што ће се видети, не треба схватити као „прекид тока застарелости". После тога наведени су случајеви у којима се сматра из разних узрока да рок застарелости није „престао да тече", иако је поверилац предузео неку од наведених радњи; у накнаду за оно што би тиме изгубио повериоцу се даје накнадни рок од једне године, ако је време потребно за застарелост већ истекло, или би требало да истекне за мање од једне године. То практично значи да се рок застарелости продужава (чл. 15. и 16.). Најзад, у чл. 18—20 предвиђено је која дејства на рок застарелости производе ови догађаји: прекид застарелости по закону дужниковог седишта (чл. 18), признање дуга од стране дужника (чл. 19) и неотклоњиве и несавладиве околности које су спречиле повериоца да предузме потребну радњу да би застарелост престала тећи (чл. 20). Иако су ови случајеви сврстани под наслов о „Престанку тока и продужетка рока застарелости" у њима се не ради ни о престанку тока ни о продужењу рока застарелости. Као што ће се видети прва два спадају у класичне случајеве прекида застарелости, а трећи је случај суспендовања (застоја, спречавања) тока застарелости, и сви они су уређени углавном онако како су ти случајеви уређени у законодавствима која знају за прекид и суспендовање тока застарелости, те ћемо их као такве и засебно приказати.

1. — *Престанак тока застарелости*

Застарелост престаје тећи покретањем судског или арбитражног поступка као и истицањем свог права у сваком другом поступку.

Покретање судског поступка. — Застарелост престаје тећи када поверилац предузме неку радњу која се према закону

суда сматра као покретање судског поступка против дужника, као и када у неком поступку који је раније покренуо против дужника истакне свој захтев против њега (чл. 12, ст. 1). Пошто се у разним законодавствима покретање судског поступка врши на разне начине, а, с друге стране, у неким законодавствима прекид застарелости не догађа се у часу покретања поступка, већ доцније, у Конвенцији је постављено горње правило, и остављено је интерном праву да одреди у коме се часу сматра да је поступак покренут.

Када поверилац подигне противтужбу онда у погледу датума када настаје престанак тока застарелости ваља разликовати: ако тужба и противтужба потичу из једног или више уговора који се односе на исти посао, онда се сматра да је противтужба подигнута када је противтуженик подигао свој захтев, и да је тог дана престала тећи застарелост против тужиочевог права (чл. 12. ст. 2). Али ако то није случај, онда застарелост почиње тећи оног дана када је противтужба подигнута. — Иначе, питање радње која се има сматрати као противтужба спада у интерно право суда, исто као и питање којом се радњом сматра да је поступак покренут.

Покретање арбитражног поступка. — У том погледу ваља разликовати према томе да ли је у питању уговорна или обавезна арбитража. За питање престанка тока застарелости у случају када је спор изнесен пред обавезну арбитражу важе правила Конвенције о престанку тока застарелости покретањем судског поступка, пошто се поступак пред обавезном арбитражом сматра као судски поступак: застарелост престаје тећи када једна страна предузме неку радњу која се по закону који се примењује на арбитражу сматра као покретање судског поступка. Није тако када се ради о уговорној арбитражи. И у том случају застарелост престаје тећи када једна страна покрене арбитражни поступак, али када се има узети да је арбитражни поступак покренут, које радње треба поверилац да предузме у ту сврху, одређује се уговором о арбитражи, или законом који се примењује на тај уговор (чл. 13, ст. 1). Ако у том погледу није ништа предвиђено ни у уговору о арбитражи, ни у закону који се на њу примењује, у Конвенцији је постављено правило „да ће се сматрати да је арбитражни поступак покренут оног датума када је арбитражни захтев достављен у редовно боравиште или у седиште друге стране или, у случају да они не постоје, у последње познато боравиште или седиште" (чл. 13, ст. 2).

У неким арбитражним уговорима среће се клаузула „да никакво право неће настати све док не буде донесена арбитражна одлука" (чл. 13 ст. 3). Без обзира на то да ли је та клаузула пуноважна по закону који се примењује на арбитражни

уговор, она је без утицаја на питања тока застарелости и његовог прекида: на та питања примењују се наведене одредбе Конвенције (чл. 13, ст. 3).

Остали поступци. — Поред судског и арбитражног поступка постоје и други поступци у којима поверилац може тражити признање или намирење свог потраживања (чл. 14). Такви су, између осталих, стечајни поступак, оставински поступак, поступак ликвидације неког удружења или друштва. То су обично поступци колективног намирења поверилаца и њихово покретање редовно не бива радњом индивидуалног повериоца, као што је то случај са судским или арбитражним поступком. У многим законодавтсвима покретање неких од тих поступака бива одлуком суда и даном доношења те одлуке престају тећи рокови застарелости потраживања. Конвенција не садржи неку сличну општу одредбу. Према њеном члану 14. у сваком таквом поступку „застарелост престаје тећи када поверилац пријави своје право да би добио његово признање или извршење". Сам акт пријаве права у већ покренутом поступку повлачи за собом престанак тока застарелости. Али пошто се ради о поступку који може интересовати више лица, Конвенција додаје у продужетку наведеног текста да тако бива „изузев кад закон који се примењује на тај поступак не предвиђа нешто друго", нпр. да застарелост свих потраживања против стечајног дужника престаје тећи даном доношења одлуке о отварању стечаја, као што је то случај са законима о стечају у многим државама.

Посебни случајеви престанка тока застарелости. — Правила о престанку тока застарелости покретањем неког од поступака према одредбама чл. 12, 13. или 14. имају у виду односе једног повериоца и једног дужника. Али правна ситуација може бити сложенија. У Конвенцији су предвиђена два таква случаја: случај солидарних дужника и случај кад је купац отуђио прибављену ствар неком трећем (потоњем прибавиоцу) (чл 17).

Покретање поступка против једног од солидарних дужника. — Покретање поступка против једног од солидарних дужника нема *ipso facto* дејства према његовим садужницима, те за њих рок застарелости тече и даље. Да би рок застарелости престао тећи и према солидарном садужнику, потребно је да га поверилац обавести, писмено, пре истека рока застарелости предвиђеног у Конвенцији, о покретању поступка против његовог садужника. После тог обавештења поверилац је дужан покренути поступак и против њега, и то пре истека рока застарелости предвиђеног у Конвенцији, или у року од године дана од покретања поступка против његовог садужника, ако је тај рок дужи (чл. 17, ст. 1. и 3).

Покретање поступка од стране потоњег прибавиоца. — Кад купац отуђи прибављену ствар, ако његов купац (потоњи прибавилац) покрене поступак против њега, онда то нема утицаја на рок застарелости предвиђен у Конвенцији за купчево право према продавцу. Да би тај рок престао тећи потребно је да купац писмено обавести продавца пре истека рока застарелости предвиђеног у Конвенцији, да је потоњи прибавилац покренуо поступак против њега. После тога купац је дужан, исто као поверилац солидарних дужника у напред наведеном случају, покренути поступак против продавца, и то пре истека рока застарелости предвиђеног у Конвенцији, или у року од године дана од када је покренут поступак против њега, ако је тај рок дужи (чл. 17, ст. 2. и 3).

2. — *Продужење рока застарелости*

Одредбе чланова 12, 13. и 14. о престанку тока застарелости остављају отворено питање о завршетку застарелости чији је рок престао да тече покретањем неког од поступака предвиђеном у тим члановима. Кад Конвенција не би садржала допунске одредбе за ову ситуацију, онда застарелост чији је ток прекинут неком од тих радњи не би никада истекла. У чл. 15. и 16. садржане су одредбе о завршетку застарелости у тим случајевима. Оне се састоје у фикцији да у неким случајевима застарелост није престала да тече и у продужењу рока застарелости кад је то оправдано.

Најважнији и најопштији од тих случајева је кад је поступак, чијим је покретањем застарелост престала тећи, окончан без доношења дефинитивне одлуке. У том случају сматра се да рок застарелости није ни престао да тече (чл. 15, ст. 1), већ да је продужио да тече за све време од кад је почео да тече, као да се у међувремену није ништа десило. Друге последице таквог окончања поступка зависе од тога због чега је поступак окончан без доношења дефинитивне одлуке. Ако се то десило вољом повериоца, нпр. повлачењем тужбе, или гашењем или поништењем поступка због његове неактивности (перемпција), пошто се сматра да рок застарелости није ни престао да тече покретањем поступка, застарелост ће наступити кад протекне законски рок, рачунајући од датума када је био почео да тече. Али ако је поступак окончан без доношења дефинитивне одлуке независно од воље повериоца, нпр. због ненадлежности суда, и онда се сматра као и у претходном случају да рок застарелости није престао да тече, али ће он бити продужен у неким случајевима. То ће бити ако је у часу окончања поступка време законског рока застарелости већ било протекло, као и ако је

тада до његовог протека било остало мање од једне године. У тим случајевима, поверилац има право на накнадни рок од једне године рачунајући од окончања поступка, што значи да се рок застарелости продужава за једну годину рачунајући од окончања поступка. (чл. 15, ст. 2).

Други случај продужења рока застарелости, који је престао тећи покретањем неког поступка сходно члановима 12, 13. и 14, предвиђен је у чл. 16, ст. 1, Конвенције. У том тексту предвиђен је случај да је поступак, чијим је покретањем престао да тече рок застарелости окончан дефинитивном одлуком о повериочевом праву, а да поверилац, ипак, и поред ове одлуке, има право, према закону који се примењује на уговор, да покрене нови поступак у некој другој држави да би остварио исто право. То може бити зато што се нада да ће добити бољу одлуку, или што хоће да избегне велике трошкове око признања и извршења добијене одлуке. У том случају сматра се да рок застарелости у овом погледу није престао тећи покретањем поступка који је окончан доношењем дефинитивне одлуке, те ако је у време доношења те одлуке време законског рока застарелости већ било протекло, као и ако је тада до његовог протека било остало мање од једне године, рок застарелости се продужава за једну годину рачунајући од доношења одлуке.

Најзад, трећи случај продужења рока застарелости, који је престао тећи покретањем неког поступка по чл. 12, 13. и 14, предвиђен је у чл. 16, ст. 2 Конвенције. И у овом случају као и у претходном претпоставља се да је покренути поступак окончан дефинитивном одлуком о повериочевом захтеву. Ако признање или извршење те одлуке буде одбијено у некој другој држави сматра се да рок застарелости повериочевог првобитног захтева није престао да тече покретањем поступка у коме је донесена одлука о повериочевом праву, те поверилац има право као и у претходном случају, и под истим условима, на накнадни рок од једне године.

3. — *Прекид тока застарелости*

Поред напред изнесених случајева продужења рока застарелости, у чл. 18. и 19. предвиђена су још два случаја, у којима се у ствари не ради о продужењу рока застарелости већ о прекиду тока застарелости, у значењу који тај израз има у нашем праву. Јер, последице које у тим случајевима наступају после одређених повериочевих радњи углавном су исте као и последице које наступају у законодавствима која познају прекид тока застарелости: рок застарелости који је дотле текао престаје да тече и почиње да тече изнова рок исте дужине. Слу-

чајеви предвиђени у тим текстовима су: прекид застарелости по закону земље у којој дужник има своје седиште и прекид застарелости признањем дуга.

Рок застарелости према Конвенцији „престаје да тече" кад поверилац покрене неки судски, арбитражни или административни поступак, како је предвиђено у чл. 12—14. Исте радње повериочеве повлаче у многим законодавствима прекид тока застарелости. У неким од тих законодавстава то није једина радња којима се може прекинути ток застарелости. Тај ток може бити прекинут у неким државама између осталог стављањем дужника у доцњу. Тако, да ако је то случај са законодавством земље у којој дужник има своје седиште, кад поверилац стави дужника у доцњу у тој држави пре истека рока застарелости предвиђеног у Конвенцији, ток застарелости се прекида и тада почиње да тече нови рок од четири године почев од датума одређеног тим законодавством (чл. 18). Разуме се, ако је поверилац, уместо да стави дужника у доцњу покренуо у тој држави неки судски, арбитражни или административни поступак ток застарелости неће бити прекинут, него ће престати да тече сходно правилима Конвенције. Додајмо да нови рок застарелости који тече после прекида не може бити дужи од четири године почев од датума када би према правилима о трајању и почетку рока застарелости (чл. 8—11) био истекао.

Други случај прекида тока застарелости је кад дужник призна своју обавезу пре истека рока застарелости (чл. 19). Да би наступио прекид тока застарелости признање мора бити учињено писмено. Оно се може учинити и посредно, исплатом камате или делимичним извршењем обавезе од стране дужника, али само ако се из те исплате или из тог извршења може разумно закључити да дужник признаје своју обавезу. Последица признања обавезе је да се време застарелости које је протекло пре признања не рачуна у рок застарелости, а од признања почиње да тече нови рок застарелости од четири године.

4. — *Суспендовање (спречавање, застој) тока застарелости*

Застарелост не тече, а ако је већ била почела тећи њен даљи ток престаје, ако је поверилац био у немогућности, због околности независних од њега, а које није могао ни избећи ни савладати, да покрене поступак и тако учини да рок застарелости престане да тече (чл. 20). То је класичан случај суспендовања тока застарелости. *Contra non valentem agere non currit* prescriptio. Формула је довољно широка, те обухвата не само случајеве више силе, већ и остале случајеве настале без повериочеве кривице у којима повериоцу није било могућно покре-

нути поступак против дужника, нпр. када је дужник дао нетачну адресу.

Утицај наведених изузетних околности на рок застарелости према Конвенцији друкчији је од оног који оне имају према класичној теорији. Постојање изузетних околности без утицаја је на рок застарелости ако је од њиховог престанка до истека рока застарелости остало више од једне године. Али ако су те изузетне околности престале тек пошто је истекао одређени рок застарелости, или ако је од њиховог престанка до истека тог рока остало мање од једне године, рок се продужава на једну годину почев од часа њиховог престанка. У сваком случају, без обзира колико су трајале изузетне околности које су спречавале покретање поступка против дужника, рок застарелости не може се продужити више од четири године почев од датума када би према правилима о трајању и почетку рока застарелости (чл. 8—11) био истекао.

IV. — ДЕЈСТВА ЗАСТАРЕЛОСТИ

После истека рока застарелости „застарело право не може се признати ни извршити ни у којем законском поступку" (чл. 24, ст. 1). Са застарелошћу потраживања главнице застарева и право на камате (чл. 26).

Као и по нашем праву, на застарелост може се позвати само заинтересована страна; о њој суд, као ни други орган пред којим се води поступак, не води рачуна по службеној дужности (чл. 23). То је традиционално правило у многим законодавствима. Има, међутим, законодавстава у којима суд узима у обзир застарелост по службеној дужности. Због тога је у Конвенцији дата могућност свакој држави да изјави приликом депоновања свог инструмента ратификације или приступања, да се неће сматрати обавезном да примењује ову одредбу Конвенције (чл. 35).

Али, ослобађање дужника од обавезе застарелошћу није у свему исто што и испуњење обавезе, те ако дужник драговољно испуни своју обавезу после навршења застарелости, то испуњење је пуноважно и дужник не може захтевати да му се врати оно што је дао или учинио на име испуњења. Он нема право на повраћај исплаћеног, чак и ако није знао да је застарелошћу ослобођен своје обавезе (чл. 25). Поред тога, и после истека рока застарелости „свака страна може се позвати на сопствено право и истаћи га против друге стране као средство одбране или компенсације". Застарело право може се истаћи у сврху компенсације „само под условом: а) да су оба потраживања

настала из једног уговора или из више уговора закључених у току истог посла: или б)да су се оба потраживања могла компенсирати у било које време пре истека рока застарелости" (чл. 24, ст. 2).

V. — МЕЂУНАРОДНО ДЕЈСТВО

Радње и околности предвиђене у чл. 12, 13, 14, 15, 17. и 18, које су предузете односно које су настале, у једној држави производе своје пуно дејство у свим државама уговорницама. Које су то радње и околности изнесено је напред. Међу њима нарочито су практично значајни покретање неког поступка и продужење рока застарелости. Наведене радње и околности имају то дејство уколико је поверилац предузео са свом брижљивошћу кораке да дужник буде обавештен о њима што пре.

(Страни правни живот, 1974., бр. 82)

A SUMMARY

THE CONVENTION ON LEGAL EXPIRATION IN THE FIELD OF INTERNATIONAL SALE OF PHYSICAL MOVABLE PROPERTY

The Draft Convention on Legal Expiration In The Field Of International Sale Of Physical Movable Property has been worked out by the United Nations Commission for Commercial Law. This Convention has 46 articles grouped into four sections: the *firts section* bears the title „General Provisions" and contains regulations concerning time liimits, the period of legal expiration and possible incidents (Articles 1-29); the *second section* contains measures which the states signatories are under the duty to undertake for the implementation of the Convention (Articles 30-32); the *third section* contains rules concerning possible declarations and reserves (Articles 33-38) the *fourth section* contains the closing articles. This Convention undeniably has lesser significance than the Hague Conventions on Sale from 1955. and 1964., The question of legal expiration is certainly not of predominant significance in the entire matter of sales contracts. But it is still very important for trade and the field of obligations as a whole. In trade and in the public the main benefit from the institution of legal expiration is not that it sets a time limit for the performance of creditor's rights and relieves the debtor of his obligations, although this feature of legal expiration has been pronounced during work on the text of the Convention. Its main purpose and benefit lies in the fact that it is much easier for the debtor to reject any repeated claim for payment on part of the creditor referring simply to the lapse of a period of set time, naturally if he has already settled his obligations, therefore, he is not called upon to produce evidence of settlement of his obligations and to file it away for that purpose alone

The work on this Convention has met with many difficulties. Among others, the fact that individual legal systemes have separate institutions foun-

ded on different concepts. In addition to that, concepts and terms in individual legal systems are diverse. It also happens that one concept is given diverse substance in individual legal systems. And in addition, the membres of the Commission in the tendency ved so it may well be said that this Convention is not the model of total clarity.

RÉSUMÉ

CONVENTION RELATIVE A LA PRESCRIPTION DANS LE DOMAINE DE LA VENTE INTERNATIONALE DES BIENS MOBILIERS CORPORELS

L'esquisse de la Convention relative à la prescription dans le domaine de la vente internationale des biens mobiliers corporels a été élaborée par la commission des Nations Unies de droit commercial international. La Convention est composée de 46 articles groupés dans quatre partie: la première partie sous le titre: „Dispositions élémentaires" coitient les règles relatives aux délais et au cours de la prescription et aux incidents possibles (articles 1—29), dans le deuxiéme sont les mesures que les Etats signataires s'obligent d'entreprendre aux fins de l'application de la Convention (articles 30—32), dans la troisième partie sont les règles relatives aux déclarations possibles et aux réserves (articles 33—38), et infin dans la qautrième partie se trouvent les dispositions conclusives. Il est incontestable que cette Convention a une moindre importance que les conveitions de La Haye de 1964 et 1955 relatives à la vente. Les questions de la prescription ne se trouvent certainement pas en première ligne des questions qui peuvent se poser en relation avec le contrat de vente. Mais elles sont néanmoins d'une grande importance tant pour le commerce que pour les obligations en général. Dans le commerce ainsi que parmi les citoyena l'utilité principale de l'institution de la prescription ne se trouve pas dans le fait qu'elle détermine la limite du temps du droit du créancier et qu'elle libère le débiteur de l'obligation de l'obligation, quoique cet aspect de la prescription était accentué à l'occasion de l'élaboration de la Convention. Son but principal, ainsi que son utilité se trouvent en ce qu'elle facilite au débiteur qui a remplir son obligation de refuser la demande éventuellement réitérée du créancier en se référant simplement sur l'écoulement du temps déterminé donc sans qu'il soit nécessaire de fournir de preuves qu'il a remplis ses obligations et qu'il les garde dans ce but.

La composition d'une telle convention avait causé de nombreuses difficultés. Entre autres ces difficulté consistaient en ce que certains systèmes jurdiques ont dans ce domaine des institutions différentes basées sur des conceptions différentes. De même les notions et les termes dans les divers systèmes sont différents. Il arrive aussi qu'a la même notion on attribue un contenu différent dans les divers systèmes jurdiques. Et quand on y ajoute que les auteurs de la convention dans la tendance d'être aussi brefs que possible ont formulé certains règlements seulement de façon implicite on peut dire en toute liberté que cette conventiom n'est pas un modèle de clarté complète.

UDK — 347.4(093) (494)

ПРЕДГОВОР ЗА ПРЕВОД ШВАЈЦАРСКОГ ЗАКОНИКА О ОБЛИГАЦИЈАМА

1. — Швајцарски законик о облигацијама донесен је 21. јуна 1881, а ступио је на снагу 1. јануара 1883. Њиме је у Швајцарској започето изједначење приватног права, које је до Устава од 1874. било потпуно у надлежности кантона, те је за доношење ма ког заједничког закона из те области постојао само један пут: споразум кантона, без надгласавања.

Постојање разних правних система у оквиру исте државе повлачи уопште са собом разне и велике незгоде, нарочито у држави мале територије као што је Швајцарска, где је народ од непуна три милиона лица живео под двадесетшест различитих законодавстава. Те незгоде осећале су се највише у области трговине и промета уопште, и због тога се одмах после доношења Устава од 1848, који је појачао и проширио надлежности Савеза и његових органа, појавила тежња за изједначењем неких делова права које се тиче промета, иако сам Устав није давао никакву надлежност Савезу у области приватног права. Почело се радити прво на изједначењу меничног права, а одмах затим и трговинског права, али се одмах приметило да промет не интересује само трговце и друге привреднике, већ и остале грађане. Због тога су после првих покушаја радови на изједначавању обухватали не само материје које спадају у трговинско право, него и неке материје из области облигационог права. У време доношења Устава од 1874. била је сасвим сазрела мисао да трговинско право не треба одвајати од општег облигационог права, и када је тим Уставом стављено у надлежност Савеза доношење једног општег законика о облигацијама, приступило се дефинитивно припремању једног таквог законика.

Било се почело још раније, као што сам поменуо са меничним правом. Године 1856. био је на конференцији, којој су присуствовали представници неколико кантона, израђен пројект јединственог меничног закона, према угледу на Немачку уредбу

о меници. Пројект није био прихваћен уговором између кантона, али је неколико кантона донело своје законе о меници према том пројекту.

Ове тежње добиле су нов импулс када је 1861. био довршен пројект Немачког трговинског законика. Августа 1862. Савезно веће било је поверило професору Универзитета у Берну Мипсingeru да изради пројект трговинског законика који би обухватио и менично право. Израђени кројект је објављен 1864, пошто га је претходно претресла једна комисија. Претварање овог пројекта у закон није ни покушано, пошто је то било могуће само тешким путем споразума између кантона.

У међувремену био је објављен 1868. пројект Општег немачког законика о дуговинским односима, познат је под именом Дрезденског пројекта, и пред очекиваном ревизијом Устава којом је Савез требало да добије извесну законодавну надлежност, кантони су се били споразумели да позову Савезно веће да приступи изради једног општег законика о облигацијама. Савезно веће је поверило и ову мисију професору Мунцингеру, који је завршио пројект 1871.

Нови Устав од 19. априла 1874. ставио је у надлежност Савеза и „законодавство о свему што се тиче трговине и промета покретних ствари (облигационо право са трговинским и меничним правом)". После ове реформе приступило се поново изради пројекта законика о облигацијама, пошто је у међувремену аутор ранијег пројекта, професор Мунцингер, био умро. Пројект је дискутовала једна комисија стручњака, па је затим 1877. био изложен јавној дискусији, после чега је 1879. састављен дефинитиван пројект. Са извесним модификацијама текст овог пројекта прихваћен је 14. јуна 1881, и постао Законик о облигацијама.

Законик о облигацијама од 1881, имао је, заједно са прелазним одредбама, 904 члана. Он је био подељен на три дела: у првом делу биле су опште одредбе о облигацијама, а у другом одредбе о појединим уговорима, — укупно 551 члан. Трећи део обухватао је материју о трговинским друштвима, о хартијама од вредности и о фирмама, — чл. 552 — 880. Прелазне одредбе обухватале су чл. 881 — 904.

2. — Швајцарски законик о облигацијама претрпео је више измена од којих су прве две биле врло дубоке.

Прва знатна измена Законика извршена је после доношења швајцарског грађанског законика. Надлежност Савеза у области законодавства била је проширена ревизијом Устава од 13. новембра 1898. на цело грађанско право, после чега се приступило изради јединственог Грађанског законика. Пројект Грађанског законика израдио је професор универзитета Еуген Ху-

бер, и, после опсежних дискусија, Грађански законик је донесен 10. децембра 1912. Грађанским законником није била обухваћена материја облигационог права. Она је и даље остала у Законику о облигацијама, али је тај Законик сада ваљало подвргнути ревизији и ускладити га са Грађанским законником. Због тога је за ступање на снагу Грађанског законика био одређен 1. јануар 1912; рок од четири године требало је да послужи не само за проучавања Грађанског законика и за извршење потребних припрема за његово спровођење у живот, него и за ревизију Законика о облигацијама. Пошто је овај Законик био донесен много раније и пре постојања заједничког Грађанског законика, те није био замишљен као део јединственог грађанског права, било је у њему неких материја које су сада биле уређене у Грађанском законику, а с друге стране, из разних узрока, у њему се нису налазиле одредбе за неке материје које би по природи ствари требало да буду обухваћене њиме. Најзад, и нарочито, било је у њему одредби које је према искуству стеченом у пракси ваљало изменити, те је због тога требало подвргнути преради цео Законик.

Рад на ревизији Законика о облигацијама започет је још пре доношења Грађанског законика. Редактор Грађанског законика, Е. Хубер, био је израдио један ревидирани пројект Законика о облигацијама, који је крајем 1904. године претресала једна ужа комисија, и који је 1905, био поднет на озакоњење. Првобитно се хтело да ревизија Законика о облигацијама буде спроведена заједно са доношењем Грађанског законика, али се од тога морало одустати. Један од главних разлога за то био је што је предложеним текстом била предвиђена темељна измена одредби које се односе на уговор о раду, а којима нису били задовољни ни раднички ни послодавачки кругови. Због тога је био донесен само Грађански законик, па је после тога пројект Законика о облигацијама упућен једној комисији експерата, која је имала да га претресе у сарадњи са представницима „заинтересованих политичких и социјалних група". Комисија је заседала у неколико махова 1908. и 1909, и пошто је извршена нова редакција текстова према њеним закључцима, пројект је поднет на озакоњење 1909. Али су и тада неке одредбе пројекта између осталих и оне о правима и обавезама из уговора о раду, биле повод размимоилажењима у законодавним телима. Најзад, после савладаних тешкоћа, ревидирани Законик прихваћен је 30. марта 1911, објављен 5. априла исте године, а одређено је да ступи на снагу истовремено кад и Грађански законик, 1. јануара 1912.

Ревизијом од 1911. била су обухваћена само прва два дела Законика, а ревизија трећег дела остављена је за доцније. То

је урађено нешто због краткоће времена, а нешто и због убрзане еволуције идеја у области трговинског права у то време и због потребе трговине да неке од његових материја, као на пр. меница и чек, буду униформно уређене на међународном плану. У трећем делу законика били су укинути чл. 716 — 719 у којима су биле одредбе о удруженьима, пошто је та материја била детаљно уређена у чл. 60 — 79 Грађанског законика; место ових чланова остало је празно, те је после чл. 715 долазио чл. 720. Били су укинути и чл. 881 — 904 у којима су биле прелазне одредбе, које су биле постале беспредметне; место њих биле су донете нове прелазне одредбе I и II. Чланови ревидираних делова добили су нову нумерацију, али њихов укупан број — 551 — остао је исти као раније, тако да се стара нумерација неревидираног дела настављала без прекида.

3. — За време тога рада на ревизији Законика о облигацијама било се поставило питање односа овог Законика према Грађанском законику: да ли одредбе Законика о облигацијама треба укључити у Грађански законик и тако направити један потпун Грађански законик, са јединственом нумерацијом његових чланова, или оставити Законик о облигацијама као посебан закон, поред Грађанског законика са засебном нумерацијом. Грађански законик има 970 чланова и подељен је у четири књиге: прва садржи одредбе о лицима у праву; друга о породици; трећа, о наследству; четврта, о стварним правима. Једни су били мишљења да би чланове Законика о облигацијама требало укључити у Грађански законик као књигу пету, настављајући нумерацију књиге четврте, док су други сматрали да они треба да остану засебни законици. Било је и мишљење да се унесу у Грађански законик, као његова књига пета, са продужењем нумерације књиге четврте, само прва два дела Законика о облигацијама, који су садржавали опште одредбе и одредбе о појединим уговорима (чл. 1 до 551), а да се све остало уреди посебним законима, ван Грађанског законика. На крају је одлучено да се Законик о облигацијама сматра као књига пета Грађанског законика, али да остане посебан закон са посебном нумерацијом чланова, те је приликом публикације означен као „Савезни закон о допуни Швајцарског грађанског законика (књига пета: Облигационо право)".

4. — После извршене ревизије прва два дела Законика настављен је рад на припремама ревизије његовог трећег дела. Припремање те ревизије било је такође поверено професору Е. Хуберу. На основу Хашког пројекта о јединственом закону о меници од 1910. и 1912. био је предложен 1914. нови текст одредаба Законика о меници, а 1920. стављен је пројект текста којим се ревидира цео трећи део Законика. У међувремену

биле су извршене измене одредаба о трговинским друштвима и задругама једним закључком Савезног већа од 8. јуна 1919. После јавне дискусије пројекта од 1920. састављен је 1923. нови пројект ревизије, који је затим претресала једна стручна комисија док је засебна комисија радила на делу о меничном праву. Израђени пројект обухватао је ревизију целог трећег дела (ранији наслови 24 — 33, чл. 552 — 880. и уређивао је ове материје: трговинска друштва задруге, трговачки регистар, фирму, трговачко књиговодство и хартије од вредности), и поднет је на озакоњење 1928. Пошто су после тога биле одржане у Женеви 1930. и 1931. две међународне конференције о меници и чеку, на којима су постигнути споразуми о јединственим законима о меници и чеку, део пројекта који се односи на меницу и чек повучен је и замењен текстовима израђеним на основу женевских споразума. Овај пројект је озакоњен 18. децембра 1936, а ступио је на снагу 1. јула 1937.

Другом ревизијом знатно је повећан обим Законика. Део трећи Законика, подељен је на три дела, те је тиме цео Законик добио нову поделу, коју и данас има: пет делова место ранија три дела. Чланови последња три дела добили су нову нумерацију, почев од 552.

5. — Законик о облигацијама претрпео је после ревизије од 1911. и 1936. још шест значајних делимичних модификација: два његова наслова и једно поглавље потпуно су преуређени, једно ново поглавље је додато, а два поглавља су претрпела измене и допуне.

Прво су Законом од 20. децембра 1939, који је ступио на снагу 1. јула 1942, сасвим измењене одредбе наслова 20 (чл. 495 — 512), и тиме преуређено јемство.

Затим је Законом од 4. фебруара 1949, који је ступио на снагу 1. јануара 1950, допуњен Законик одредбама о уговорима о агентури, који дотле није био уређен у Законику. Наслову 13-ом, о налогу, додато је потпуно ново, четврто поглавље о том уговору (чл. 418а — 418в).

Даље, Законом од 1. априла 1949. који је ступио на снагу 1. јануара 1950, измењена је глава друга, наслова 34-ог (чл. 1157 — 1186), о заједници поверилаца ималаца обвезница јавно расписаних зајмова. Ова је материја била раније уређена једном уредбом од 20. фебруара 1918, која је била више пута мењана. Приликом ревизије од 1936. унесена је у Законик о облигацијама.

Исто тако, Законом од 23. марта 1962, који је ступио на снагу 1. јануара 1963, измењена је и допуњена глава четврта наслова 6-ог о посебним врстама уговора о куповини и продаји (чл. 222 — 236) тако што је, уместо чл. 226 и 227 који су овим

Законом укинути, унето 22 нове одредбе о продаји на почек, од којих се један део (чл. 226а — 226м) односи на продају на отплату, а други (чл. 227а — 227и) на продају уз претплату.

Затим, Законом од 24. јуна 1970, који је ступио на снагу 19. децембра 1970, допуњена је глава прва наслова 8-ог о закупу ствари (чл. 253 — 274) новим одредбама (чл. 267а — 267ф) које детаљније уређују односе који настају поводом отказа уговора о закупу.

Најзад, Законом од 25. јуна 1971, који је ступио на снагу 1. јануара 1972, сасвим су измењене одредбе наслова 10 (чл. 319 — 362) и допуњене низом нових одредаба које су удвостручиле обим и садржински из основа преуредиле овај наслов, који се односи на уговор о раду.

6. — Овом сумарном прегледу рада на изменама Законика о облигацијама треба додати да су неке измене у њему учињене такорећи узгред. Разним специјалним законима донесене су посебне одредбе са ограниченим доменом примене о неким питањима која су била начелно уређена у Законику. Ти закони нису мењали непосредно одредбу Законика о облигацијама, те нису ни ушле у његов склоп, или је то било само изузетно и делимично. Уређујући независно неку материју они су, ретко непосредно, а више посредно, допунили неке његове одредбе, или изменили њихов домашај, или донели потпуно нове одредбе, независно од Законика.

То је појава која се опажа мање или више у свим законодавствима, која је постала честа последњих деценија. Деветнаести век био је обележен тежњом за изједначењем права и доношењем општих и систематских кодекса, начелних и свеобухватних одредаба. Промене у односима, изазване великим техничким напретцима и њиховим последицама, захтевају доношење посебних прописа; отуда данас све већи број специјалних закона у свим земљама, намењених задовољењу одређених нових захтева и потреба. После генерализања и кодификовања сада присуствујемо утврђивању посебности и издвајању. Та се појава примећује и у швајцарском законодавству. И тамо је донесен низ специјалних закона ради уређења појединих материја у којима се, поред других, срећу и елементи грађанског или привредног права. Тако Законом о раздужењу пољопривредних газдинстава, од 12. децембра 1940, и Законом о одржању сеоске земљишне својине од 12 јуна 1951, предузете су разне мере ради постизања циљева обележених у њиховим насловима. Између осталог, њима је измењена садржина чл. 218 Законика о облигацијама у поглављу о продаји некретнина и додати су нови чл. 218бис и 218тер. Истим Законом о одржању сеоске земљишне својине измењен је у поглављу о закупу пољопривредног зем-

њишта наслов чл. 281 и додати су значајни чл. 281бис и 282тер. Законом о контроли закупнина и ограничењу права отказа, од 30. децембра 1953, посредно је ограничена примена чл. 259 и 267 Законика. Разним законима из области радних односа била су до 1971. године уређена многа питања независно од Законика о облигацијама. — Закон о ваздушној пловидби, од 21. децембра 1948, и Закон о поморској пловидби, од 23. децембра 1953. такође представљају примене специјалних закона који садрже одредбе о материјама које по својој природи улазе у оквире Законика о облигацијама и Грађанског законика.

7. — Две темељне ревизије Законика који су га обухватиле целог и доцније његове делимичне измене и допуне потпуно су измениле његову физиономију. Он се сада састоји из 1186 чланова подељених у пет делова. Део први (чл. 1 — 183) садржи опште одредбе о облигацијама; у другом делу (чл. 184 — 551) налазе се одредбе о појединим врстама уговора. Ова два дела обухватају материје класичног облигационог права али и грађанског и трговинског. У трећем делу (чл. 552 — 926) су одредбе о трговинским друштвима и о задругама; у четвртом делу (чл. 927 — 964) одредбе о трговачком регистру, фирмама и трговачком књиговодству; у петом делу (чл. 965 — 1186) одредбе о хартијама од вредности.

8. — У Законику о облигацијама налази се не само грађанско, него и трговинско облигационо право. У Швајцарској не постоји посебан трговински законик, као што је то случај у већини земаља. Спор о томе да ли треба да постоји засебан законик за односе у привреди, или да правила о тим односима буду обухваћена јединственим закоником, решен је у Швајцарској у корист јединственог законика. Али ако не постоји засебан трговински законик, то не значи да Швајцарска нема трговинско право, и да се то право не разликује у много чему од грађанског права. Привредни промет има своје одлике и своје потребе, различите од оних грађанског промета. Али су начела која владају у њима иста и због тога је редакторима Законика о облигацијама било могуће да их уреде паралелно. То је учињено на тај начин што је постављено опште правило које треба да важи и у једном и у другом промету, ако нема других одредаба за њега. Иначе, ако у привредном промету треба да важи што друго, то је нарочито речено, као нпр. у чл. 104, 191, 212. Поред тога засебно су уређене посебне установе трговинског права, као и неке установе грађанског права. Тиме се избегло доношење засебног законика за уређење привредних односа. У пракси се показало не само да систем јединственог Законика о облигацијама нема недостатака, него да он омогућава корисно приближавање грађанског и трговинског прометног права.

9. — Швајцарски Законик о облигацијама израђен је под претежним утицајем немачког законодавства и немачке правне науке. Исте ове воће имали су углавном, иако су мање ишли за њима, и аутори његове прве ревизије. Али су они некад само тражили инспирацију у тим изворима, а инспирација није имитација. Однос између Швајцарског законика и његових немачких извора описан је у једном извештају Савезног већа од 3. марта 1905, који је донесен у току рада на првој ревизији законика: „Наш Законик од 1881. почива великим делом на Дрезденском пројекту од 1866, који се може сматрати као извор Немачког грађанског законика. Дрезденски пројект је знатно побољшан у току радова на немачкој кодификацији и ми га сада више не би могли узети за узор; пре би требало да се инспиришемо садашњим немачким грађанским законодавством, ако бисмо хтели да за наше облигационо право прихватимо резултате модерне науке. Могли смо дакле, ослањајући се на облигационо право Немачког грађанског законика искористити све успеле новине које је он донео, а одбацити све што је искуство већ осудило. Ми то нисмо урадили јер би то значило без довољно разлога изазвати поремећаје у неким установама које су потпуно прихваћене од народа. Немачки грађански законик је сасвим скорашњег датума, судска пракса и теорија које су га примениле и објашњавале још су у фази лутања неизбежних у сваком почетку, тако да није било саветно имитирати овај Законик. Ако смо 1881. добро урадили што смо за трговинско облигационо право чинили позајмице из Немачког законодавства, данас би била погрешка ако бисмо кренули путем јединствене имитације."

10. — Редактори Законика о облигацијама водили су рачуна о томе да његова материја интересује све грађане, јер садржи правила за односе свакодневног живота, друштва и сваког грађанина понаособ. Зато су се старали да Законик учине разумљивим сваком грађанину, што се види и из језика Законика и примењене технике.

Законик је писан прилично једноставно, речима текућег језика. То је први услов да би закон био приступачан народу. Истом циљу тежио је и В. Богишић када је састављао Општи имовински Законик за Црну Гору, а исто су хтели и редактори Руског грађанског законика од 31. октобра 1922. У тој својој тежњи редактори Законика о облигацијама сукобили су се са потребом да Законик буде не само јасан, него и прецизан. Прецизност се може постићи стручном терминологијом, али је онда закон неразумљив за лаике. Њима је ближе нестручно изражавање, али то смета стручњацима јер оставља више могућности за различита тумачења истог текста.

Познато је како се В. Богишић довијао да би измирио све супротности и да би постигао да одредбе Општег имовинског законика буду истовремено и свакоме разумљиве и прецизне. Он је у првих пет делова Законика (чл. 1 — 766) описао поједине институције и поставио за сваку конкретна правила. Тек у шестом делу Законика, у чл. 767 — 986 он је објаснио главне појмове и дао општија и апстрактнија правила, под насловом „Објашњења, одређења, допуне" а у последњем разделу овог дела (чл. 987 — 1031) додао је још и „неке законъачке (правничке) изреке и поставке које, иако не могу закона ни преиначити ни замијенити могу му, ипак, објаснити разум и смисао." Такав начин олакшава учење права из закона; он се наметао у земљи у којој у време његовог доношења није било довољно стручних правника. Али се у пракси показало да је од тога било мање користи него што се очекивало, и позвани су се жалили да је садржина Општег имовинског законика мало позната грађанима. И то је разумљиво. Јер, ма како да је популарно и лако изложен један правни систем, он остаје систем појмова и правила, чије макар површно упознавање тражи велики и трајан напор од сваког, а нарочито од онога који се сличним радом није бавио.

Редактори Швајцарског Законика о облигацијама радили су у различитим приликама: они нису писали закон за неправнике и нису нарочито избегавали стручну терминологију. Али су били умерени и нису тежили за детаљном прецизношћу као редактор Немачког грађанског законика. Иако је састављен под великим утицајем немачког права и по угледању на прописе тог права, а и његове ревизије извршене под утицајем са те стране, он се споља битно разликује од Немачког грађанског законика. Док се Немачки грађански законик изражава на врло апстрактан начин, тако да неке његове одредбе личе на шифре, Швајцарски грађански законик о облигацијама показује тежњу ка што већој конкретности. Он се служи кратким и јасним формулама. Сваки став редовно има само једну реченицу, која изражава потпуно одређену мисао. Затим, одредбе Швајцарског законика о облигацијама не упућују бројевима на одредбе других његових чланова, бар тога није било до задњих његових измена, док одредбе Немачког грађанског законика врло често упућују на одредбе других чланова, који опет упућују на друге, и некад иде то тако далеко да је тешко држати нит која их везује. — Нажалост, редактори доцнијих измена нису се држали ових правила, што није допринело јасности и прецизности текста — далеко од тога! Довољно је погледати громазне одредбе о јемству (чл. 492 и сл.), донесене 10. децембра 1941, и поредити их са другим одредбама Законика, па да

се то увиди. Али, са овим изузецима, и говорећи уопште, формуле Законика о облигацијама су једноставне, што не значи да нису добро промишљене, и читају се са извесном лакоћом. У том погледу Швајцарски законик о облигацијама, као и Швајцарски грађански законик, овај нарочито, подсећа на Француски грађански законик од 1804, који је пример јасног и прецизног стила, јер изражава јасне и прецизне мисли, а који је један од мајстора стила, Стендал, читао сваког јутра да би унапредио свој стил. То, поред осталих његових квалитета, даје овом Законику нарочито место у упоредном законодавству и препоручује га особитој пажњи свих правника, а нарочито редакторима закона.

(Институт за упоредно право, Београд, 1976)

A SUMMARY

PREFACE TO THE SWISS CODE OF OBLIGATIONS

Following the history of the origin and amendments of the Swiss Code of Obligations, the author particularly distinguishes three points of general significance.

The first point is the importance of the establishment of uniform regulations in the field of transactions in federal states; without direct support in the Constitution in Switzerland, this tendency for such unification emerged during the middle of the nineteenth century.

The second point is the question of classification of the regulations of the so-called private law; besides the fact that the Law of Obligations is individual in relation to the Swiss Civil Code (although formally a section of the Civil Code, the Law of Obligations is considered as a special law and has its own enumeration), the author particularly emphasizes the concept of unity of the civil and commercial law of obligations in Switzerland. This uniform Code may provide special regulations in the field of commercial transactions; as a uniform text it can enable useful closer connections of civil law and the law o commercial transactions.

The third point pertains to the method of amendment of the Code. Besides the direct amendments, the author mentions those by various special laws, which do not directly amend the Law of Obligations, although in point of fact they do underline certain matters and regulate them in a separate way. According to the author, such amendments are characteristic of the modern civil law in other countries as well.

Analysing the characteristics of the Code, the author especially underlines its style, without the legislator avoiding the appropriate expert terminology; then language of the Code is easily understandable, precise and simple. However, in subsequent amendments the Codde lost some of its mentioned qualities.

RÉSUMÉ

AVANT-PROPOS DU CODE DES OBLIGATIONS SUISSE

En suivant l'historique du commencement et des modifications du Code des rapports d'obligation suisse l'auteur en particulier fait choix de trois moments d'une importance générale.

Le premier est l'importance d'adopter les règles uniques dans les domaine des échanges dans les Etats fédéraux; quoique sans appui direct dans la Constitution en Suisse la tendance pour une telle unification est apparue vers le milieu du dix-neuvième siècle.

Le deuxième moment est la systématisation des règles qu'on appelle de droit civil; à part le particularités dans le rapport du Code des obligations à l'égard du Code civil en Suisse (quoique formellement la partie du Code civil le Code des obligations est traitée comme loi spéciale et elle a sa propre énumération), l'auteur met en relief particulièrement la conception relative à l'unité du droit civil et du droit des obligations commercial en Suisse. Un tel Code unique peut prévoir aussi des règles spéciales dans le domaine des échanges économiques; en tant qu'unique il donne la possibilité au rapprochement utile du droit civil et du droit des échanges commercial.

Le troisième moment se rapporte au mode de la modification du Code. A part les modifications directes l'auteur souligne les modifications par les différentes lois spéciales, qui ne changent pas directement les règles du Code des obligations, quoique effectivement elle séparent la matière déterminée et la réglmente d'une manière spéciale. Selon l'opinion de l'auteur de telles modifications sont caractéristiques de même pour le droit civil contemporains dans les autres pays.

En analysant les caractéristiques du Code l'auteur a souligné enn particulier son style; quoique le législateur n'a pas évité d'employer la terminologie technique, la langue du Code est intéressante, précise et uniforme. Malheureusement dans les modifications ultérieures le Code a perdu certaines de ces qualités.

Уредништво АНАЛА моли своје сараднике да рукописе достављају откуцане на машини са проредом и са довољно белине са стране. Примљене рукописе Уредништво не враћа.

АНАЛИ ће објавити и, у границама могућности, приказати сваку нову књигу послату на приказ.

АНАЛИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ излазе двомесечно.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду" у 1982. за целу годину износи:

1. За правна лица	Н. дин. 400.—
2. За појединце	„ „ 300.—
3. За студенте (редовне и ванредне)	„ „ 100.—
4. За један примерак	„ „ 80.—

Претплата за иностранство износи н. д. 500.—

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број 60803-740-032-4356

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