

Збирка расправа, 1926.

Садржај

1. О праву својине у данашњим приликама
2. О оштећењу преко половине код теретних уговора
3. *Clausula reius sic stantibus* и недостижност давања
4. Гарантна писма
5. Ванбрачна мати и дете
6. О укидању фидеикомиса
7. О изједначењу мушких и женских сродника у законском наслеђивању
8. Последице недоласка туженика на рочиште
9. О изазивачкој парници

РАЂЕНО
У ДОМУ МАЛОЛЕТНИКА
БЕОГРАД
КРАЉЕВИЋА МАРКА 9.
ТЕЛЕФОН 751.

БИБЛИОТЕКА
Министарства Правде
Бр. 3091

45011
SAVEZNO IZVRNO VEŠE
CENTAR ZA INFORMACIONU I
DOKUMENTACIONU DELATNOST

Inv. br.

SIGN.

24-8
БИБЛИОТЕКА
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ



БИБЛИОТЕКА
Министарства Правде
18.
PONIŠTEN
бр. 3011

ЗБИРКА РАСПРАВА

ОД

Д-ра Д. АРАНЂЕЛОВИЋА
професора универзитета

Уведено у нови инвентар бр.

1 јануара 1942 год.

Београд.



БЕОГРАД
ИЗДАВАЧКА КЊИЖАРНИЦА ГЕЦЕ КОНА
1, Кнез Михаилова улица 1.

1926.



Un. br.,
39 155

БИБЛИОТЕКА
Министарства Правде
РОНИШТЕНО
Бр. _____

О праву својине у данашњим приликама.¹

Силне промене, које је у животу човечанства изазвао страшни светски рат, није остао без трајнога утицаја и на област приватнога права. Под притиском невоља изазваних ратом и ратних последица, у свима државама напуштају се вековима освештани принципи, на којима почива данашње индивидуалистичко друштвено уређење, вређају се установе приватнога права, које су биле темељ друштвене организације. Чисто индивидуалистичко схватање права уклања се испред социјалног схватања, које више наглашује социјални задатак права и дужности индивидуе да своје право све више и више наводи у склад с интересима друштвене целине, у којој индивидуа, као њен део, живи и развија се. Погледајмо на законе и уредбе, којима се регулишу или се имају регулисати односи између радника и послодаваца, закуподаваца и закупаца, о ликвидацији мораторног стања, о плаћању интереса за дужне суме, о извођењу аграрних реформа, о подизању станова, о реквирирању зграда, па ћемо одмах видети каква је разлика између правнога схватања да је својина неповредна, да се у стечена права не сме дирати, да је при уговорима воља странака закон за њих, који се мора поштовати, и

¹) Предавање на другом скупу Правничког Удружења у Београду 20. марта, 1920. године.

схватања да је ради спаса целине допуштено, у знатном обиму, одступити од ових правних начела теоријски неповредивих.

* * *

Овај покрет у приватном праву: да се права појединаца имају вршити све више и више с обзиром на интересе целине, није тако скорашњег датума. Он се данас само потенцира с обзиром на тешке прилике, у којима се данашње друштво услед ратова налази. Али о том покрету постоји већ читава литература, у којој се расправља питање познато под именом „злоупотреба права.“¹

Овом приликом допустите ми да у кратко прикажем мисли једнога францускога правника, који је о њему расправљао. Још 1912. године изашла је једна врло интересантна збирка предавања професора права на универзитету у Бордоу, **Duguit-a**, у којој је он ово питање третирао, имајући на уму нарочито француско приватно право. Овај аутор, у својој књизи, која носи натпис **Les transformations générales du droit privé**, тврди да се још од Наполеоновог грађанског законика, кроз цео XIX век, води борба против старих правних концепција у смислу социјализирања права. Старо је схватање у главном било да је човек по природи слободан, независан, изолован, носилац индивидуалних права, неотуђивих и незастаривих, права названих природних, нераздвојно везаних за њега као човека. На супрот овом схватању стоји оно да је човек социјално биће, које може само у друштву живети, и стога се мора увек у вршењу својих права на друштво обзирати. С обзиром на ова схватања другојачија су права и дужности човека у индивидуалистичком, а другачија у социјалистичком систему. Тенденција друштвене заједнице креће се стално у правцу трансформације индивидуалистичког система ка социјалистичком не сасвим у смислу како то политичка социјалистичка партија излаже, него у смислу све већег потчињавања индивидуе обзирима друштвене целине. Услед таког схватања наступају промене правних институција у току времена са развићем друштва и променама у њему. Међу осталим променама наш писац нарочито истиче, какве је промене претрпела институција својине у приватном праву у току XIX stoleћа до наших дана. У времену кад се и у нашој држави спремају и извршују многобројна ограничења својине у интересу целине ово ће питање несумњиво интересовати и наше правнике:

* * *

По доктрини, која је усвојена у грађанским законикима, па и у нашем — §§ 211 и 216 — својина се дефинише као право неограничене власти једнога лица над једном ствари, по сили кога сопственик може располагати по својој вољи¹⁾ стварју, уживати је, не уживати, отуђити, свакога из уживања своје ствари искључити па и уништити.² Као што је суверена власт у држави неограничена (*imperium*), тако је и својина у приватном праву неограничена (*dominium* римског права). После-

¹⁾ О овом питању видети из наше литературе исцрпне студије: Ж. М. Перић, Један поглед на еволуционистичку правну школу, Д-р Нинко Перић, Теорија злоупотребе права.

¹⁾ Види § 354 аустријског грађ. зак: „Посматрана као право својина је овлашћење: да се суштином и користима неке ствари по својој вољи располаже и сваки други од тога искључи.“ Немачки грађ. зак. од 1896. у § 908 прописује: „Власник једне ствари може, у колико томе не стоје на супрот закон или права трећих лица, располагати стварју по својој вољи и друге од сваког утицања искључити.“ Швајцарски грађ. зак. од 1907. у чл. 641 наређује: „Власник једне ствари може, у границама правног поретка, располагати њоме по својој вољи. Он је овлашћен тражити је од сваког ко је задржава и свако неоправдано утицање одбити.“ Француски грађ. зак. садржи у чл. 544 одредбу: „Својина је право уживати и располагати стварима на најпотпунији начин, под претпоставком да та употреба није забрањена законима или уредбама.“

²⁾ В. Д-г Л. Марковић, Грађанско Право I стр. 323.

лица је оваквог схватања својине да власник, имајући права на употребу, уживање и располагање својом ствари како он за умесно нађе, такође има права да не употребљава, не ужива, не располаже својом ствари, и према томе да своју земљу не обрађује, да на свом плацу не подиже грађевине, своје куће да не издаје под кирију и да их не оправља, своје капитале ни у шта да не улаже, своју робу да затвори у магацине и да је ником не продаје (§22 грађ. зак.).

Право својине је **апсолутно право**. Апсолутно према јавној власти, која може истина стављати власнику извесна ограничења, полицијске природе, али која сме у својину дирати само уз правичну накнаду и у нарочито одређеним случајевима. Оно је апсолутно и у погледу других лица, јер власник има права предузимати на своме добру акте и онда, кад нема од њих никакве користи и због тога није одговоран, ако то другоме причини штету. „Који би другоме с тиме што би право своје уживао, ако границе не прекорачи, штету какву нанео, није дужан одговарати нити му ту накнадити,“ вели се у § 806 нашег грађ. законика. Он је овлашћен искључити свако утицање других лица на своју ствар, и ако отуда ни најмање није у уживању своје ствари ограничен.

Својина је апсолутна и у своме трајању. На томе се оснива право располагања тестаментом својом имовином — § 476 грађ. зак.

* * *

Професор **Duguít** тврди да данас ни једна од ових последица права својине, како се оно схвата у индивидуалистичком систему, не постоји или бар да постоји јака тенденција да овакав систем својине ишчезне. Овакве својине нестаје зато, што је њој циљ једино био да штити индивидуалне ин-

тересе. Али јуриспуденција и законодавство све више и више напуштају горе изложено схватање права својине, права које је постојало једино у индивидуалном интересу власника. Данас сви увиђамо, вели аутор, да индивидуа није циљ него средство, да је она само точак у компликованој машини социјалног тела, да сваки од нас има само у толико разлога да постоји, у колико врши извесну дужност у друштву. На тај начин индивидуалистички је систем у флагрантној контрадикцији са модерном свешћу. У данашњем друштву, у коме влада јасна и дубока свест о узајамној социјалној зависности, свака је индивидуа обавезна да у друштву испуњава извесну социјалну функцију према месту које заузима. А у чему се састоји овај појам социјалне функције? Она се своди, вели **Duguít**, на ово: човек нема права, заједница нема их такође. Говорити о правима индивидуе, о правима друштва, рећи да треба помирити права индивидуе са правима заједнице, значи говорити о стварима, које не постоје. Али свака индивидуа има у друштву извесну дужност да испуњава, извесне послове да свршава. Она не може да не извршује ову функцију, јер ће услед тога настати неред, или бар штета па друштво. С друге стране сви акти, које би чинила противно дужности која на њу пада, биће социјално спречавани. Или, обратно, сви акти које би чинила да би испунила своју мисију, која је њена по месту које заузима у друштву, биће социјално заштићени и гарантовани. Ималац извесног богатства, тиме самим што га држи, може испунити извесну дужност коју само он може испунити. Само он може умножити опште богатство, употребљавајући капитал који држи. Он је дакле обавезан социјално да ову дужност испуни, и он ће социјално бити заштићаван само тако ако је и у колико је буде испуњавао. **Својина**, вели професор **Duguít** није више субјек-

¹⁾ В. D-г Л. Марковић, ор. cit. стр. 222.

тивно право власника; она је **социјална функција** држаоца богатства. Ако он не испуњава ову мисију или је рђаво испуњава, ако он на пр. не обрађује своја поља, запушта своју кућу да пропада, интервенција власти је законита да га нагони да испуњава своју социјалну функцију власника, која се састоји у томе да осигура употребу богатства које држи сходно његовој намени. Позитивно право не штити дакле или не треба да штити више тобожње субјективно право власника, него гарантује слободу имаоцу једног богатства да испуњава социјалну функцију која на њ пада услед тога држања, и на тај начин својина се социјализује.

* * *

Кад се схвати својина као социјална функција, онда се лако даду објаснити све законске и судске одлуке, које стоје у контрадикцији са системом својине као права. Схватању својине као социјалне функције чињени су често прекори. Вели се: „допуштамо чак да се иде систему права, по коме ће својина имати за основу **обавезу** власника да врши извесну функцију. Али дотле се још није дошло, а доказ је што ни једно законодавство још не обавезује власника да обрађује своја поља, да одржава своју кућу, да искоришћује своје капитале, а међу тим логички то би била нужна последица појимања својине као социјалне функције.“

На ту примедбу професор **Duguít** одговара: Одиста, услед тога што још нема закона, који би обвезивао власника да употребљава и искоришћава своју ствар, не сме се изводити да својина, као социјална функција, није заменила субјективно право својине. Закон није интервенисао, јер се још не осећа потреба за то. У Француској сразмерно врло је мало земаља које власници не обрађују, врло мали број кућа, које се не искоришћују. Али сам тај факат, што се питање поставља, доказ је

о трансформацији која се извршила. Пре пола века нико на то не би помислио. Нико у Француској не сумња да би законодавац био у праву да се умеша, кад би дошао тренутак да неупотреба земљишта и зграда узме озбиљне размере. Што се тиче неупотребе покретног капитала, тезаурације, законодавац врло тешко може њу да погоди; несумњиво је да би требало да је забрани и угуши, кад би то могао. И други један писац, **Hauriou**, у своме делу **Principes de droit public**, кога **Duguít** наводи за поткрепљење своје тезе, изражава се у овоме смислу: „Без сумње законодавство не обвезује директно власника да обрађује своја поља, али то је стога што се рачуна са честим променама у власништву. Зна се да ако један не обрађује, други ће обрађивати и да ће интерес врло велике већине бити да обрађује. Али кад би се једнога дана опазило да обрађивање није више довољно обезбеђено, појавила би се, без икакве сумње, правна обавеза власника да испуњава економску функцију под претњом експропријације“. У осталом, вели овај писац, ова обавеза већ постоји за земље у колонијама, које се колонистима дају у својину. За тим, има земаља, у којима се води велика спекулација са куповином великих комплекса земљишта по јевтину цену, и која се више година не обрађују, него се чека да им скочи цена, па се онда продају и на томе се зарађују знатне суме. Кад би се законодавство овде умешало, ова интервенција не би се оспоравала као незаконита. Али овакво је поступање далеко од схватања својине као права неприкосновеног, права по коме власник може по својој вољи да располаже својом ствари. Код нас у Србији још пре рата постављало се питање да се власници празних плацева у Београду законодавним путем, у виду великих пореза, нагоне на подизање зграда. Овакво поступање несумњиво није могло потицати из индивидуалистичког схватања права својине по нашем грађанском за-

конику, по коме власник може и не уживати своју ствар, већ из схватања да власници земљишта имају обавеза и према целини, које из својине потичу. Данас се још више ово питање о употреби празних плацева код нас поставља, кад се толика оскудица у становима осећа. Смемо ли остати и данас при схватању да власник има права и не употребљавати своје земљиште, не подизати зграде, не издавати своје куће под кирију, кад нам прети опасност да све више света остане без крова, или ћемо усвојити начело, да су власници дужни подизати зграде на празним плацевима, да су дужни старе трошне зграде порушити и подизати нове са више просторија, издавати их под кирају, и на тај начин испуњавати дужност, коју као држаоци једнога богатства имају према целини? Хоћемо ли на тај начин ублажити тешкоће, које у погледу станова постоје, или ћемо, држећи се строго индивидуалистичког схватања својине, ићи на руку комунистичким теоријама, које воде потпуној депосесији власника? Несумњиво је да би правна свест нашега народа пре изискивала трансформацију права приватне својине у духу данашњих друштвених потреба него њено укидање и замењивање колективном својином.

* * *

Кад се својина схвати као социјална функција, онда из тога следује, по професору *Duguit*-у, ово:

1. Власник је **дужан** и овлашћен да ствар коју држи употребљава на задовољење индивидуалних потреба, а нарочито својих сопствених, да употребљава ствар за развиће своје физичке, интелектуалне и моралне активности.

2. Власник је **дужан** и овлашћен да употребљава ствар за задовољење заједничких потреба, потреба једне националне заједнице.

Усвајајући ово гледиште, вели писац, лако се објашњава теорија и одлуке, које не признају

власнику право да предузима на свом добру акте, који му нису ни од какве користи, а другога штете. Ако сам ја властан подићи станове за издавање на моме плацу, баш и кад то причињава штету моме суседу, то је стога што ја тада ствар употребљавам истина у мом интересу, али у исто доба и у интересу целине. Ја испуњавам социјалну дужност, коју ми држање дотичног терена допушта да испуним, ја осигуравам задовољење социјалних потреба. Али јуриспуденција је сасвим умесно одлучила да нисам овлашћен подизати на моме имању никакве направе, које мени ништа не користе а другога штете.

Кад је својина, по индивидуалистичком схватању, искључиво право на ствар, онда је сопственик овлашћен забранити свако утицање на своју ствар, чак и у случају кад му то не причињава никакву штету, кад га ни у чем не спречава у његовом уживању ствари. И одиста *Dernburg*, у свом Грађанском Праву III стр. 229, тврди да власник на пр. није дужан трпети сандуче за писма на својој згради, и ако му то никакву штету не причињава! Али у Француској, вели *Duguit*, законодавство обвезује власника да мора допустити на свом имању намештање телеграфских и телефонских жица, чак и у приватном интересу, без икакве накнаде, осем ако какву штету отуда трпи. Из овог се поступања законодавства види колико, услед ојачане свести о друштвеној солидарности, све више и више освајају терен нова схватања правних институција.

* * *

Из свију ових излагања овога писца, у којима има сасвим тачних опажања, једно излази као несумњиво: да је својина доиста претрпела велике измене у току XIX века до наших дана. Она није више онако апсолутно право располагања сопственика стварју, како је то некада било, и како би по строго индивидуалистичком схватању требало да буде. Али ми још не видимо из излагања наше-

га аутора да је својина у данашњем друштву, како нам се она представља у грађан. законцима, ишчезла и да је место **својине** — **права** дошла **својина** — **дужност**. А нарочито писац нам не казује како би се путем закона и учешћем власти могло постићи да својина, у сваком случају, постане **дужност** власника да ствар ужива онако како би то професор **Duguít** желео. Баш и да се својина дефинише од стране законодавца као законом прописана и заштићена дужност власника да своју ствар искоришћује у свом интересу, а с обзиром и на интересе целине, ипак је апсолутно немогуће да власт контролише власника да ли он сваку своју ствар употребљава и ужива у смислу својине социјалне функције. Колики би огроман апарат чиновнички био за то потребан и каквим би непријатностима један власник под таквом контролом био изложен! Прописати пак само да је својина дужност власника у смислу социјалне функције, а не моћи ефикасно извести санкцију оваквог законског прописа, значило би донети један пропис, за који законодавац у напред зна да се у пракси не може остварити. Најзад, овакав генералан пропис није ни потребан, јер у погледу многих ствари друштву је равнодушно да ли ће и како ће власник уживати своју ствар. Мора се дакле остати при правилу да је својина право потпуне власти над ствари с тим да се, у извесним случајевима и под нарочитим погодбама, у интересу целине, она може ограничавати, било забрањујући власнику извесне радње у погледу његове ствари, било наређујући како да је ужива, било допуштајући експропријацију. Јер ако хоћемо да се индивидуална својина, као правна институција, одржи, а ми сматрамо да је она још потребна друштву, и да не уступи место колективној својини по социјалистичком и комунистичком схватању, мора се индивидуално право својине реформисати у смислу још већег сужавања власникових права у појединим случајевима.

ма. Својина над извесним стварима у данашњем друштву може остати везана за појединца као власника само тако, ако се још више у појединим случајима одступи од начела да је она неограничено право власника да располаже стварју како хоће, да је ужива како хоће, да је не ужива, да сваког другог искључи из уживања своје ствари и да је, евентуално, уништи. Својина не може остати тако апсолутно право, нарочито својина земљишта. Индивидуалистичко схватање својине, које је већ у многоме напуштено у току времена, мора још више жртва поднети. Наш законик већ предвиђа могућност законских ограничења својине, али којима се наше законодавство није тако обилно користило, кад у § 211 прописује, да је сопственик властан своја добра по својој вољи уживати, с њима по вољи располагати и свакога отуда искључити, наравно по пропису закона. Не дирајући у принцип да је својина неограничена власт над ствари, јер га не можемо рационално другим заменити, ако нећемо колективну својину, морају се установити све многобројнији изузетци од овога принципа за поједине случајеве или нарочите прилике, у којима би се једна друштвена заједница налазила. Држава се, дакле, мора умешати и путем закона, у још већем обиму него што је до сада чинила, наметнути власнику извесне обавезе у интересу целине. Пре свега власнику се не може оставити у сваком случају неограничено право да **не ужива ствар**. С ове тачке гледишта оправдани су на пр. прописи, који, у времену опште оскудице у животним потребама, власницима ових ствари забрањују гомилање њихово и наређују им продају истих по одређеним ценама. Закон о помоћи невољнима у рату, који о овоме садржи одредбе, потпуно одговара правној свести друштва. У њему је садржано руководно начело, које се има применити, у извесном обиму, и за прилике после рата. У смислу горњих излагања власнику се мора наметнути обавеза, под

претњом експропријације, да извесна своја добра, нарочито важна за друштво у извесном времену, искоришћује сходно њиховој намени. Излишно је инсистирати на томе, да правна свест не би одобрила на пр. власницима зграда у Београду, да данас не уживају своје зграде, да их држе неупотребљене. У ком обиму, када и којим редом држава при томе треба да поступи, зависиће од околности у датом времену. Ако се, можда, за сада власницима пољских добара, због великог броја имања, која су остала без радних руку, и не може наређивати да сва своја имања обрађују, као што би то у општем интересу требало да буде, за подизање зграда у вароши већ се осећа потреба, а може се и у дело привести, да се власницима ограничи право својине у томе смислу, што неће моћи не уживати своју ствар, него што ће бити принуђени да зграде морају подизати. Пропис § 216 грађ. зак. да власник **има права** и не употребити и не уживати своју ствар, није више за данашње прилике у овако апсолутном облику, бар што се тиче извесних ствари. Ко је држалац једнога добра мора га уживати и у своме и у друштвеном интересу, кад законодавац, као израз целине, то за умесно нађе. Својина се мора изменити и у томе смислу, што ће се власницима великих комплекса, уз правичну накнаду, одузети законодавним путем извесан део земљишта и уступити потребитим земљорадницима, у колико се то не би могло постићи давањем државних и општинских земљишта. Правна свест већине народа, ако и не одобрава потпуну депосесију власника великих имања, захтева да се у корист целине смање велики поседи, кад је то потребно ради обезбеђења опстанка многобројних сељачких породица, на којима у главном наша државна зграда почива. Социјално-политички разлози захтевају да се смањује број пољопривредних пролетера, који на великим поседима као надничари раде, да се од њих створе самостални

власници малих домаћинстава. У једној земљорадничкој земљи као што је наша, земљорадничком staleжу мора држава, у интересу свога одржања, обратити највећу пажњу. И зато законодавац мора код нас пре приступити експропријацији великих поседа него оној покретних ствари. *Salus publica suprema lex esto.*

Они исти разлози, који по нашем законодавству правдају експропријацију добара „ако би то опште-народно благо изискивало“, „ако то општи државни напредак захтева“ по речима законодавца, говоре и у корист делимичне експропријације великих поседа. Одобравајући експропријацију великих поседа, путем законодавним и уз правичну накнаду, ми се не слажемо с тим да се овако капитална питања уредбама решавају, па чак и без накнаде. Експропријација великих поседа је уништење права својине великих поседника, и за њу је потребан ауторитет једнога закона, а не наредба управне власти. Али с овом резервом ми сматрамо да се уопште експропријација мора, у данашњем времену, допустити у већем обиму, у интересу целине, но што је то по позитивним законима могуће. О укидању кметства својине на земљишту каква постоје у Босни и Маћедонији не може бити ни говора као о проблему који би се имао дискутовати. И правници и економи слажу се у томе, да таква својина не може више у једној модерној држави остати. Питање је само о томе треба ли овим власницима феудалнога порекла дати накнаду за одузето им право својине. Моје је мишљење да то треба учинити. Држава не може допустити да се читав један ред грађана остави да пропадне. Њима треба омогућити да се оспособе за привређивање у новим приликама, да буду у стању својим радом осигурати своју егзистенцију. Друштвена солидарност, која захтева заштиту радника од експлоатисања, захтева такође да се и ови власници феудалног порекла заштите од пропадања.

И неограничено право власника да **ужива ствар** како он за сходно нађе, мора претрпети измене, бар за извесне категорије ствари. Једно такво ограничење, диктовано социјалним схватањем права својине, већ постоји за Београд у грађевинском закону, по коме власници земљишта, кад хоће зграде да зидају, морају их градити по прописима закона. Својина претрпела је овде измену, диктовану схватањем својине као социјалне функције, као што се изражава професор *Duguit*. Правна свест потпуно одобрава овакво поступање, јер оно обвезује власника да своје право врши и с обзиром на опште интересе. У том реду, мислим, оправдано је и правнички нагонити путем закона власнике страћара, какве се виђају по Београду у најлепшим улицама, да подигну на место њих угледне грађевине, или ако то неће, да своја имања уз накнаду уступе општини или држави. Оваква ограничења постоје и у другим законодавствима, а сада се намећу и за наше прилике. Ово ограничење власника треба проширити и на још друга места и на друга непокретна добра. Власници земљишта, у крајевима где се земља може обделавати рационалније с обзиром на врсту усева, који могу ту успевати, не могу задржати неограничено право да своја земљишта искоришћују увек како они за сходно нађу. Држава, у интересу целине, па дакле у крајњем реду и у интересу власника, који је њен део, не може допустити да се, због незнања, немара или каприса сопственика, од његовог земљишта извлачи мање користи но што је то могућно. Пред привредним невољама, које нам прете, право власника мора бити ограничено. Са истога разлога не може се власнику у сваком случају оставити ни право да по својој драгој вољи може и **уништити** сваку своју ствар. Својина је богатство за власника али богатство и за целину. Ко хоће тога богатства да се лиши, слободно му је то учинити и на тај начин, што ће га уступити целини, ако она нађе да јој је то потребно. Напоследку, интересима дру-

штвене целине и одржању социјалног мира одговара пропис § 226 немачког грађ. зак., по коме је „вршење права недопуштено, ако оно може имати само тај циљ да другоме штету наноси.“ По томе власнику се имају забранити оне радње са његовом ствари, којима је једини циљ да другога штете. Примеру немачког законодавства треба и друга законодавства да следеју.

Можда ће се рећи да ће овакво схватање права својине, како из горњих разлагања следеје, одвести управо уништењу приватне својине. На ову се примедбу може одговорити да би на против и сувише индивидуалистичко схватање права својине, по коме би власник ствари могао увек са својом ствари радити шта хоће, без обзира на целину, пре одвело, пред све већим нападима на њу, њеној пропасти, него предложене трансформације у интересу њеног одржања. Кад својина није само право власника, него и извесна **дужност** његова да ужива ствар у свом интересу али и с обзиром на целину, онда је положај приватне својине као правне институције много јачи. Пре свега, кад и сами власници буду прожети схватањем да је њихова својина и дужност искоришћавања своје ствари не само у сопственом интересу и по сопственом нахођењу, него и с обзиром на целину, онда ће и они са мање егоизма а са више осећаја друштвене солидарности вршити своје право. Васпитно дејство оваквога схватања својине несумњиво је. За тим кад свет види на пр. да на једном плацу постоје нездраве страћаре кога богаташа, онда је много теже бранити његово право својине, него кад би на истом земљишту постојали здрави и удобни станови. Трансформација својине у смислу, у коме се она, и ако лагано, врши, пре ће дакле спасти ову правну установу од претварања у колективну, но њено схватање као права на потпуну и неограничену власт индивидуе на ствари, како то прописују многи грађански законици, кроз које провејава рим-

ско схватање *dominium-a*, врло мало подесног за данашње друштво. Јер свест о друштвеној солидарности данас је много јача но што је икада била. Паметније је попуштати пред оправданим захтевима времена, него опирати се и њима, и дочекати насилне промене, које често збришу поред онога што треба мењати и оно што је добро и што може опстати.

* * *

Да се законодавним путем врше трансформације својине у смислу да она, бар у неколико, постане за извесне ствари и дужност власника да своју ствар ужива онако, како законодавац буде наредио, налази оправдања и у томе што законодавства ограничавају у интересу целине и друга правна добра, исто тако важна као својина, те према томе и она може и мора бити ограничена. Тако ми знамо да је слобода уговарања загарантована свима грађанским законцима. Па ипак се данас у индивидуалистичком друштвеном уређењу ни једно законодавство, па и наше, не устручава да ограничи слободу уговарања у погледу трајања раднога времена између послодаваца и радника и да у интересу одржања радне снаге радника пропише максимум раднога времена, да забрани рад малолетницима испод извесних година, да забрани рад у недељне дане, у нездравим радионицама. Даље готово сва законодавства ограничавају на пр. индивидуалну слободу својим прописима о обавезној настави, о радничком осигурању у несрећним случајевима, у случају старости. У многим законодавствима одступа се у велико од традиционалнога правила приватнога права да се одговорност за накнаду штете рађа само ако има кривице до учиниоца штете, т. зв. субјективна одговорност, па се прописује у нарочитим случајевима да проузроковач штете, без обзира на кривицу, има штету да накнади, т. зв. објективна одговорност, која се н. пр. намеће великим транспортним предузећима жељезница, аутомобила, фабрикама итд. за штете, ко-

је из обављања рада потеку. (В. Др. Д. Аранђеловић, О одговорности за накнаду штете). Све су ове трансформације строго индивидуалистичког система диктоване интересима целине, па се тим разлозима мора данас још више подврћи и право својине, као једно од најважнијих индивидуалних права. Колико пак и сама данашња јуриспуденција у Француској доприноси ограничењу слободе уговарања и трансформацији права, нека послужи овај пример, који наводи професор *Duguit*. У члану 1965 Наполеоновог законика има ова одредба: „Закон не даје тужбу за дуг од коцке или за плаћање опкладе.“ Али ова одредба, вели наш писац, односи се очевидно само на сам дуг од коцке и некада се једнодушно пресуђивало да је зајам, закључен у намери да се добије новац за коцку, потпуно пуноважан. Данас на против стална је судска пракса да је зајам без дејства, кад је учињен у намери да се да и прибави новац ради коцкања. Чак се пресуђује да је ова намера утврђена, кад је зајам учињен у месту где се коцка или на каквом месту у близини а нарочито од лица, која професионално узајмљују новац играчима. Друго је питање је ли овакав начин тумачења закона оправдан. (О овоме види Ж. Перић, Један поглед на еволуционистичку правну школу и Предговор Никетићевом Грађанском Законику).

* * *

Да завршимо ова излагања о изменама у појму права својине у данашњем друштву речима једнога нашег млађег колеге, Др. Нинка Перића, у његовој интересантној књизи „Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство,“ који врло лепо вели: „Сва приватна права садрже два елемента, један индивидуалан, а други социалан. С једне је стране инстинктивна тежња човечја да сам, искључиво, и на начин нормалан, присваја спољне ствари и врши своја права тако да из њих

извлачи максимум добити; а с друге стране вршење тих права ограничава се. С обзиром на друштвени морал и на то што човек живи у једној уређеној социјалној заједници сужавају се тежње ка искључивости и безграничности. И цео је проблем законодавца тај да се нађе пропорција, у којој би се та два елемента комбиновала, да се нађе извесан компромис између та два интереса¹⁾. Да, треба наћи пропорцију између принципа социјалног и индивидуалног, у томе је вештина законодавца. А то није ствар лака, и не може се добро решити без дубље студије. Међутим како се незгодно решавају оваква суптилна питања код нас, најбољи су докази разне уредбе, које су, у погледу ограничења својине, у последње време код нас доношене. Реквирати на пример станове у времену опште оскудице станова, јесте мера која, начелно, потпуно одговара оправданој идеји, да се власник има ограничити, у интересу целине, да не може уживати свој стан како хоће. Али, одредити на пр. власнику за реквирирани стан једну несразмерно малу цену с обзиром на општу скупоту која влада, а што тако често у пракси бива, значи извршити једну врсту депосесије власника, која ничим није оправдана, а која ни у колико не одговара социјалној правди, ради које је реквирирање извршено, а на коју имају права и власници станова. Заузети стан ономе који има мање просторија, а ослободити онога који има више, значи упропастити једну социјално оправдану меру и изазвати оправдано незадовољство противу данашњег друштвеног уређења и код оних, који треба да му буду стубови. Најзад решавати тако деликатна питања уредбама и правилницима местом законом, значи отворати пут самовољи која никад не сме бити руководна мисао у управним круговима.

О оштећењу преко половине код теретних уговора

Објашњење §§ 559. и 560. грађанског закона

§ 1. У законнику Јустинијановом усвојена је једна конституција цара Диоклецијана и Максимијана, која овако гласи: *Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente judicis, vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*¹⁾ (с. 2 С. 44,4).

Као што се из текста овога законског наређења види, њиме се даје продавцу земљишта право, да тражи раскинуће уговора продаје, ако је продајна цена испод половине праве вредности продатог земљишта. Диоклецијан и Максимијан хтели су спречити продавање земљишта у бесцење, које је, услед несрећних привредних прилика у римском царству за време њихове владавине, узимало све више маха концентришући огромне просторије најплодније земље у руке незнатног бро-

¹⁾ Ако ствар од веће вредности ти или твој отац по мању цену отуђите, правично је да или цену купцима вратиш, а продану земљу натраг добијеш по одлуци судској, или, ако тако купац хоће, да ти доплати онолико, колико недостаје до праве цене. Сматра се да је цена мања онда, ако није плаћена ни половина праве вредности.

ја капиталиста. Тако је исто стање владало и за време владе Јустинијанове, што га је и побудило да ову конституцију унесе у свој законик.²⁾

До појаве глосатора сматрало се да ово право тражења раскинућа уговора услед оштећења преко половине има само продавац земљишта; њиховом пак објашњењу овога законског наређења има се захвалити, што је оно признато и купцу, а за тим што се почело примењивати при свим теретним уговорима, без обзира да ли им је предмет покретна или непокретна ствар.³⁾

Овакво тумачење овога законског наређења изазвало је оштру критику правних писаца. Тврдило се, да се у конституцији помиње само продавац непокретне ствари, да је она сингуларне природе, те се према томе не сме примењивати и на купца, а још мање при осталим теретним уговорима.⁴⁾ Али исто тако било је угледних писаца, који су тврдили да одговара духу законског наређења примена његова и на купца покретне ствари као и на друге теретне уговоре.⁵⁾ Нарочито пак судска пракса усвојила је ово екстензивно тумачење.

За наше приватно право нема велике важности питање, да ли је оправдано екстензивно тумачити ово наређење из Јустинијановог законика. По моме мишљењу судска је пракса добро чинила, што је раширила примену и на остале те-

²⁾ В. Weisseneck, Arch. f. civ. Praxis, B. 14 S. 44., Puchta, Pand. § 32.

³⁾ Чувени глосатор Ацо ставио је крај с. 2. С. 44, 4, ово објашњење: „Такође и преварени купац. Што сам рекао односно продаје, односи се и на ма који други уговор *bonae fidei*. Противно важи за уговоре *stricti juris*“ (код којих се није пазило да ли одговарају правичности).

⁴⁾ Weisseneck на н. м. стр. 411, Windscheid, Pand. 7. изд. II. св. стр. 448. пр. 2., Puchta, Pand. § 364.

⁵⁾ Тако: Windscheid н. нав. м.

⁶⁾ В. Unterholzner, Schuldverhältnisse, св. 2, стр. 245 Chambon, Beiträge z. Oblig. R. св. I. стр. 111.

ретне уговоре, осем куповине и продаје, и на тај начин поставила границе оштећавању и експлоатисању сиромашних и слабијих од стране богатих и моћнијих.⁷⁾

§ 2. О оштећењу преко половине говори се у нашем законiku у §§ 559. и 560. Пропис § 559. нашег грађан. законика, одговара § 934. аустријског а § 560. одговара § 935 аустријског грађан. законика.⁸⁾ Међутим § 559. замењен је законом од 5. маја 1864., и првобитно је гласио овако: „Ако је једна уговарајућа страна преко половине оштећена, т. ј. ако ни пола онога, што је другоме дала и што се од другог добити надала, у вредности добила није, онда оштећена страна има

⁷⁾ И француски грађански законик садржи наређења о оштећењу преко половине, али он даје само продавцу непокретне ствари право, да тражи раскинућа уговора, што је оштећен за више од $\frac{7}{12}$ вредности. В. Code civil чл. 1674 и сл. У немачком грађанском законiku нема никаква специјална наређења о оштећењу преко половине, али у њему постоји пропис § 138., по коме је ништаван онај правни посао, којим неко, користећи се невољом, лакоумношћу или неискуством другог, прима такве имовне користи, које оно, што је он другој страни дао, толико својом вредношћу премашују, да стоје једно према другоме у очигледној несразмери. Према томе би, према околностима, и оштећење преко половине чинило уговор ништавним.

⁸⁾ У преводу гласи § 934. аустр. грађ. зак. овако: „Ако при коме двострано обвезном послу једна страна није примили ни половину обичне вредности онога што је она другој дала, онда закон даје оштећеној страни право, да захтева раскинуће и повратак у пређашње стање. Она друга страна овлашћена је, да посао одржи у важности тиме, што ће пристати да надокнади онај недостатак, који до обичне вредности недостаје. Несразмера вредности одређује се према моменту закљученог посла“. А § 935. гласи: „Овоме правном средству нема места, ако се ко њега изречно одрекао, или је изјавио, да узима ствар по ванредној вредности зато, што му се особито омишља; ако је на несразмерну вредност пристао и поред тога, што му је права вредност позната била; затим, ако се по односу лица може претпоставити, да су хтела закључити мешовити уговор, са накнадом и без накнаде; ако се права вредност не може више сазнати; најзад ако је ствар судским путем продана.“

права захтевати, или да се недостатак попуни или уговор потпуно разреши (раскине). И онда ако противна страна недостатак не попуни, уговор ће се разрешити. Вредност пак судиће се по онм времену, кад је уговор закључен.“ У редакцији од 5. маја 1864. године гласи § 559 овако: „Ако при теретним уговорима једна страна није примила ни пола обичне вредности онога, што је другој страни дала, онда оштећена страна има права захтевати, да се уговор раскине и у пређашње стање поврати. Но друга страна има права одржати уговор, ако оштећеном допуни онолико, колико до обичне цене недостаје. Вредност се узима она, која је била у времену када је уговор закључен.“ По упоређењу старога текста § 559. са новим види се, да између њих има велике разлике,⁹⁾ јер по староме тексту оштећени је имао право захтевати или да се недостатак попуни или уговор разреши. Њему стоји на вољу да изабере једно или друго право. По новоме тексту оштећена страна има права само захтевати, да се уговор раскине, она дакле не може захтевати, да јој се тај недостатак у вредности попуни, већ друга страна има права да тај недостатак попуни и на тај начин одржи уговор у важности. У овом случају имамо пред собом тако звано **алтернативно овлашћење**, *facultas alternativa*, по коме је друга страна власна да, уместо пристања на раскинуће уговора,

⁹⁾ У писму Министра Правде од 11. априла 1864. године, којим је спровео на решење Државном Савету свој предлог о изменама и допунама у грађанском законик, вели се односно § 559: „За овим се предлаже замена § 559. не због тога што би се овим предлогом нешто ново постављало, него што је састав овога §-а тако начињен, да се развој толковати може и судови га развој толкују, па да би се то избегло, предлаже се само нова редакција“. По горе изложеном пак види се, да је погрешно тврђење Министрово, „да се овим предлогом не би ништа ново постављало“, јер је новом редакцијом § 559. оштећени лишен права, да тражи допуну недостатка, а остављено му је из старога текста § 559. само право, да тражи раскид уговора.

исти одржи у сили допуњујући недостатак.¹⁰⁾ Нов текст § 559. бољи је од старога због тога, што више одговара правници. По староме тексту могао је оштећени, тражећи да му се недостатак у вредности попуни, у сваком случају одржати у важности уговор, па баш и онда, кад би он за другу страну био посве штетан, ако би она морала допунити недостатак у вредности. Неко је на пр. купио једну скупоченију ствар само зато, што ју је добио по несразмерну јевтину цену, а не би је никако купио, да је морао за њу платити њену обичну вредност. Натерати сада купца, да попуни недостатак у цени до обичне вредности купљене ствари, а на то је продавац по староме тексту имао права, значило би нагонити човека да се излаже излишним трошковима и штети, која према околностима може бити врло осетна. Много је правичније допустити оштећеној страни, да тражи само раскинуће уговора, те да тиме примора другу страну на повраћај ствари или допуну недостатка у вредности.

§ 3. Односно величине оштећења које даје права да се због њега тражи раскидање уговора, § 559. прописује да ово оштећење мора бити толико „да једна страна није примила ни пола обич-

¹⁰⁾ Ако страна, која није оштећена, хоће да одрже уговор у важности, онда она има оштећеној страни да допуни онолико колико до обичне цене недостаје — § 559. други одељек. Према томе ако је оштећени, испуњујући сада раскинути уговор због оштећења преко половине, дао противној страни новаца, онда ова страна има оштећеноме да врати онолико, за колико плаћена сума премаша обичну вредност примљенога предмета. Ако је пак оштећена страна примила новац, онда противна страна има да му накнади толико колико је потребно па да оно што се оштећеноме даје достигне обичну вредност онога, што је он противној страни дао. Напослетку, ако ниједна страна по уговору није имала да даје новаца, онда се има проценити вредност онога, што су стране једна другој договале и дале, па онда према нађеној вредности оној страни, која је преко половине оштећена, има се дати диференција.

не вредности онога, што је другој страни дала.“ Треба дакле оценити вредност онога, што су стране једна другој дужне дати по уговору, па ако примање једне стране не износи ни половину онога, што је она другој дала, онда постоји оштећење преко половине. За оцену величине уговорних давања меродавна је обична вредност њихова у моменту закључења уговора, дакле вредност, о којој је реч у почетку § 194. Треба дакле изнаћи колику су вредност обострана давања представљала у моменту закључења уговора, кад се узме у обзир обична корист њихова по месту, у коме је уговор закључен. Тужилац, који подиже тужбу за раскидање уговора, дужан је доказати колико износе вредности обостраних давања, и да према томе постоји за њега оштећење преко половине. Не могадне ли он вредност обостраних давања доказати, онда нема места ни тражењу његовом да се уговор раскине — § 560.

Аустријски грађански законик садржи у § 935 наређење, да оштећени нема права тражити раскинуће уговора, „ако је на несразмерну цену пристао, и ако му је права вредност била позната.“ По аустријском грађ. закону дакле оштећени има само онда права тражити раскинуће уговора, кад се налазио у заблуди о несразмери вредности обостраних давања; да би имао права тражити раскинуће, он није смео знати у моменту закључења уговора, да његово давање више од два пута вреди од еквивалента што га од друге стране прима. Срећом ово наређење није прешло у наш § 560. који одговара аустријском § 935. Јер онда би ово правно средство било у већини случајева илузорно. У огромној већини случајева оштећени врло добро зна колику вредност представља оно што он даје своме саговорачу према ономе, што он од њега прима, и само љута моментана невоља гони га да на штету своју закључује уговор. Аустријски грађан. законик, тражећи да оштећени није знао

за несразмеру обостраних давања, ако хоће да раскинуће тражи, лишава највећи број оштећених лица права да због оштећења траже раскинуће уговора. По нашем грађан. закону дакле та околност што је оштећени знао, да је закљученим уговором преко половине оштећен, не искључује његово право да због оштећења тражи раскинуће уговора.

По § 560. грађ. зак. оштећени нема права да тражи раскинуће уговора, кад се он тога права изречно одрекао. Одрицање овога права може бити учињено при закључењу самога уговора или доцније. Овим је наређењем готово сасвим илузорним начињено право оштећенога, да тражи раскинуће уговора. Јер иоле безобзирнији уговорач, кад види свога саговорача у невољи, тражиће од њега при закључењу уговора да се одрекне права, да због оштећења тражи раскинуће уговора. Кога нужда натера да у бесцење продаје неку своју скуповену ствар, тај ће јамачно пристати да се одрекне и горе споменутог права! Иначе ће му купац изјавити, да без тога одрицања неће у куповину ни да се упушта! Много би боље било, да је законодавац прописао, да такво одрицање неће имати важности, ако се докаже да је уговор закључен услед нужде, у којој се оштећени налазио.

Тражењу, да се уговор због оштећења преко половине раскине, нема места ни онда, кад је уговорач ванредну цену — *pretium affectionis* — платио зато, „што му се ствар особито омишља“ као што вели § 660., што је у осталом сасвим оправдано. У овом случају управо и нема оштећења, јер кад неко ради задовољења неких својих жеља, без икакве нужде, плати више но што ствар вреди, онда за њега онај вишак плаћене вредности нема никаква значаја. То исто важи и за случај, „кад се по одговарајућим лицима судити даје, да је ствар у пола поклоњена“. У првоме случају дужна је страна, која тврди да се његовом сауго-

вораху „ствар особито омилену“, услед чега је ванредна цена и плаћена, то доказати — по каткад се то може по околностима извести, на пр. онај коме је коњ парњак за презање угинуо, платиће и ванредну цену за коња парњака, или неки стра-сан ловац, који воли ловачке псе, платиће за доброг кера и ванредну цену, — а у другом случају дужност је онога, који тврди да се спорни уговор има у неколико сматрати као акт дарожљивости (либералитета) од стране онога, који вели да је тим уговором преко половине оштећен, то и доказати. По каткада се пак намера дарожљивости може извести и из сродничких односа, у коме сауговорачи стоје, или из других интимних веза, које између њих постоје (велико пријатељство, неки радостан догађај код сауговорача, љубавни односи, и т. д.). Као што се из овога излагања види, постојање оштећења, има доказати она страна, која тврди, да је оштећена, али тражењу: да се због оштећења уговор раскине нема места, и ако оштећење, објективно посматрајући, постоји, онда кад сауговорач оштећенога докаже, да је ванредна цена плаћена из особите наклоности према ствари или што му је сауговорач хтео учинити поклон.

Најзад, тражењу да се уговор због оштећења преко половине раскине нема места ни онда, кад је немогућно пронаћи праву вредност узајамних давања, или једнога од њих, јер онда је немогућно утврдити оштећење, које је једна страна претрпела. Осем тога и кад је ствар јавно продана или у опште кад је давање једне стране другој страни следовало по наредби или посредовањем власти, не може се уговор нападати због оштећења преко половине. У § 560 вели се: „ако је ствар судским путем продана“, али то исто важи кад би продају наредила или извршила друга нека власт, на пр. полицијска, пореска или царинска. Такође и онда, кад би продају извршио неки кредит-

ни завод, који је овлашћен да без посредовања власти продаје код њега заложене ствари. У свима овим случајевима интерес јавнога кредита за-тева, да се продаје не могу обарати услед оштећења преко половине. У § 560. није споменуто да се ни код уговора о поравнању не може тражити раскинуће услед оштећења преко половине, али то се види из § 859. грађ. зак. Ни код уговора одважних или на срећу нема места због тога нападати закључени уговор, као што се види из § 790. грађанског законика.

§ 4. Раскинућу уговора због оштећења преко половине има места код свију теретних уговора, вели § 559. Теретни уговори јесу они, код којих свака уговорна страна прима на себе обавезу, да другој страни нешто даде или учини или не учини. (Теретни су уговори на пр. куповина и продаја, кирија и закуп, промена, најам, зајам с обавезом плаћања интереса). Код ових дакле уговора постојање обавезе једне уговорне стране условљено је постојањем обавезе друге уговорне стране.¹¹⁾

Али да ли баш код свију теретних уговора има места примени § 559. грађ. зак.? Хоће ли се на пример уговор о кирији неке зграде или покретне ствари моћи раскинути услед тога, што је, рецимо, кирајџија преко половине оштећен, што је два пута већу кирију обећао, него што је вредност оне користи, коју би он, употребљујући под кирију узету ствар, имао? Или: има ли места раскинућу уговора о најму, кад се неко на пр. погоди да нешто изврши, рецимо окопа башту, за награ-

¹¹⁾ Наш грађански законик, и ако у §§ 303. а и 559. спомиње теретне уговоре, не даје њихову дефиницију. Њу налазимо у § 864. аустр. грађан. законика: „Уговори су једнострано или двострано обавезни, све према томе да ли само једна страна нешто обећава, а друга то прима, или обе стране преносе једна другој права и узајамно примају. Први се дакле закључују без накнаде, а други са накнадом“.

ду, која не одговара ни половини вредности онога труда, коју би најамник, испуњујући своју уговорну обавезу, морао уложити. У нашој литератури, у колико је мени познато, ово питање није расправљано. И Ђ. Павловић у своме делу, „О обвезностима и уговорима у опште“ (2. изд. стр. 311—325) тврди, да раскинуће уговора због оштећења преко половине има места код свију теретних уговора, наводећи у целом разлагању за пример само два теретна уговора: куповину и продају и промену, дакле само уговоре, код којих се обе уговорне стране обавезују, да једна другој пренесу у својину извесну ствар. Питање је у толико интересантније, што се баш код оних уговора, код којих једна страна даје своју радну снагу, а друга за то плаћа извесну цену, врло често дешава, да наступи несразмера између вредности онога, што једна уговорна страна даје према вредности онога, што она за то од друге прима. Ја мислим да треба § 559. применити на све теретне уговоре, без обзира на предмете, које би уговорне стране једна другој договале, и без обзира на особености, које се појављују, кад је уговор, чије се раскинуће због оштећења преко половине тражи, испуњен, па услед тога настане обавеза да уговорне стране врате оно, што су једна од друге примиле. Међу тим примени §§ 559. и 560. нема места, кад је у питању уговор о зајму с обвезом плаћања интереса, јер о овоме уговору постоје специјална наређења у §§-има 593—608.

§ 5. Да видимо сада на који начин може оштећени вршити право признато му §-ом 559.

Најправилнији пут да се оштећени користи овим правом јесте да своме сауговорачу изјави како од њега захтева пристанак да се између њих закључени уговор раскине због тога што сматра да је уговором преко половине оштећен. Пристане ли сауговорач на то, онда се сагласношћу воља оба уговорача, дакле новим уговором, раскида о-

нај, којим је један уговорач преко половине оштећен. Али оштећеном стоји на расположењу и тужба, којом може тражити да се судском пресудом уговор за раскинут огласи. Јер овај је уговор рушљив и оштећени је услед оштећења добио право, да га као рушљивог напада и његово раскинуће тражи. Остварење тога права оштећени постиже подижући против сауговорача тужбу, којом тражи, да се судском пресудом огласи уговор за раскинут. Рушљивост уговора због оштећења преко половине није такве природе да је за произвођење ништавности његове — раскинућа његовог — довољна једностранна изјава оштећенога сауговорача да он закључени уговор напада и за раскинут сматра, већ је за наступање тога дејства потребно или сагласност обе уговорне стране, да се закључени уговор раскине, дакле нов уговор, или нападање уговора средством подизања тужбе пред судом. Пропусти ли оштећени да у прописаном року од три године од дана закљученога уговора подигне тужбу за раскинуће, онда му је право да напада уговор по § 937. застарело. Уговор ће и поред оштећења бити пуноважан, ако се противна страна на застарелост позове, и оштећени се неће моћи на то позивати, да је вансудским путем изјавио сауговорачу да уговор због оштећења преко половине напада, и да га за раскинутог сматра¹²⁾.

¹²⁾ По немачком грађан. законнику §§ 142. и 143. рушљив правни посао сматра се да је од почетка био ништав, ако га нападне лице за то овлашћено. Нападање рушљивог посла бива код уговора изјавом на то овлашћеног уговорача (на пр. онога који је услед преваре или заблуде закључио уговор) према другом уговорачу да уговор због извесне мане у вољи (рецимо преваре, заблуде, плашње, напада. Ако противна страна налази, да нема места нападању уговора, ако дакле сматра да уговор и није рушљив, онда она подиже тужбу ради остварења потраживања, које за њу из закљученог, а од стране другог уговорача нападнутог, уговора истиче. Пред судом се дакле сада има да расправи питање:

У аустријском праву спорно је питање: да ли се оштећени може својим правом користити и путем приговора на тужбу, подигнуту против оштећенога ради испуњења уговора, којим је он преко половине оштећен. Угледни писци Унгер (Систем II. страна 495. пр. 7.) и Штубенраух, (Коментар II, стр. 122) тврде, да тужени може у одбрану своју на тужбу из таквог уговора истаћи, да је преко половине оштећен, и том приликом, чинећи употребу од свога права, захтевати да се уговор раскине. Аустријска судска пракса решавала је ово питање и да тужени може путем приговора на тужбу издејствовати раскинуће уговора, и да се раскинуће може постићи само подизањем тужбе. За наше право, ја мислим, да оштећени и путем приговора може тражити раскинуће уговора, само мора на то пазити да му то право по §937. не застари. Јер ако се он на оштећење преко половине позива онда, кад је од закључења уговора већ три године прошло, онда се тужилац може по-

постоји ли уговор или не: ако је нападање уговора од стране уговорача умесно било, ако је дакле уговор рушљив био, онда се тужилац одбија од тражења, пошто му се оно оснива на рушљивом уговору, који је услед нападања од почетка још био ништав. Нађе ли суд, да је нападање неумесно, да дакле уговор и није био рушљив (да није на пр. било ни преваре ни заблуде) онда према уговору осуђује туженога на испуњење тужночевог истраживања: уговор је дакле у сили и важности и нападање сауговорачево остало је без дејства.

У аустр. грађан. законнику нападање рушљивог уговора бива по правилу подизањем тужбе, којом се од суда тражи да се уговор, за који се тврди да је рушљив, раскине. Док је по аустр. грађан. законнику потребна одлука судска, којом ће се констатовати, да је рушљив уговор раскинут — ништав — докле дакле до одлуке судске рушљив уговор, и поред изјаве овлашћеног лица да уговор напада, правно постоји, дотле по немачком грађан. законнику рушљив уговор сматра се за ништавог од почетка, чим овлашћено лице изјави сауговорачу, да уговор напада (претпостављајући наравно да је уговор збиља рушљив био, да је на пр. при закључењу било преваре или заблуде). Наш се законик није бавио ни мање суптилним питањима, а камо ли оваквим финесима.

звати на застарелост, и на тај начин приговор обеснажити.

Али, ма да оштећени има права да раскинуће уговора тражи подизањем тужбе и приговором, да је преко половине оштећен, на тужбу сауговорача, ипак је за њега боље да он претходно покуша вансудским путем отклонити штету, коју је закљученим уговором претрпео. Оштећени треба овим своје сауговорачу да омогући вршење права из другог одељка § 559. Извештавајући вансудским путем свога сауговорача, да је закљученим уговором преко половине оштећен, и да због тога намерава да тражи раскинуће уговора, оштећени ставља свога сауговорача у могућност, да овај одржи уговор у снази, допуњујући оштећеноме онолико, колико до обичне цене недостаје. И онда се уштеђује парницење и парнични трошкови. На сваки начин, да сауговорач може и у спору, покренутом ради раскинућа уговора, изјавити да он хоће оштећеноме да допуни онолико, колико до обичне цене недостаје, и да на тај начин одржи уговор у важности, али парнични су трошкови већ учињени, и онда се појављује питање: ко ће их сносити? Тужени може изјавити да би он и без подизања тужбе дао допуну и на раскинуће пристао, као што сада у парници на то пристаје. Оштећени дакле треба да пре подизања тужбе прибави доказно средство да ту допуну сауговорач није хтео дати или да није хтео добровољно пристати на раскинуће уговора, па ће онда исти сауговорач и за парничне трошкове одговарати. Иначе није право товарити на њ излишне парничне трошкове, већ њих треба оштећени да сноси. И ако оштећеноме стоји на вољу постићи раскинуће уговора вансудским путем, престанком противне стране, или подизањем тужбе код суда, дакле употребом признатог му права, да код суда тражи раскинуће уговора (§ 22. грађ. зак.), ипак би употреба тога његовога права била пако-

сно оштећење саговорача, кад би га он ради раскинућа уговора тужио, не покушаваши претходно да исти резултат постигне вансудским путем. А у праву се шиканирање и пакосно оштећење не трпи. Још је у римском праву важило правило *Malitiis non est indulgendum*¹³⁾, па то има да важи и за наш грађански законик.¹⁴⁾

Најзад потребно је још споменути да оштетени може тужбом само тражити раскинуће уговора а не и допуну недостатка у вредности. Тужбени петит има дакле садржавати само захтев тужиоцев да се уговор због оштећења преко половине раскине и да се у односима уговорача све у претходно време поврати. У пресуди пак има се напоменути да је туженој страни слободно допустити тужиоцу онолико, колико до обичне цене недостаје, и на тај начин одржати уговор у важности.

§ 6. Да видимо сада какве последице наступају кад оштећено лице учини употребу од свога права, да путем подизања тужбе или приговором тражи раскинуће уговора, или кад се услед пристанка оба уговорача уговор раскине. Правило је да се односи између уговорача имају да регулишу тако као да између њих тај уговор никад није ни био закључен. Раскидање уговора дакле важи *ex tunc*, дејство раскидања простире се и у назад до момента закључења уговора. Услед тога, кад се сматра да раскинути уговор никад није ни био закључен, онда он не може ни производити каква правна дејства, а ако их је већ произвео, онда се та дејства имају паралисати. На првом месту треба имати у виду да ли је уговор, који се за раскинут сматра, испуњен или није. Ако уговор није испуњен, онда раскидање његово чини да више не постоји обавеза ни за једну уговорну стра-

¹³⁾ Пакости не треба трпети.

¹⁴⁾ Немачки грађ. зак. садржи у § 226. врло хумано наређење: „Вршење права недопуштено је, ако је том вршењу једини циљ да другоме штету причини“.

ну. Оне по томе уговору не дугују једна другој ништа. Међу тим ако је на основу раскинутога уговора нешто од ма које уговорне стране или од обе на име испуњења тога уговора дато, онда треба у односима странака да се поврати оно стање, које би постојало, да уговор никако и није био закључен. Сваки дакле уговорач има да врати саговорачу оно, што је примио по раскинутоме уговору. Тако ако је једна страна примила какву телесну ствар, онда она њу има саговорачу и да врати заједно са свом користи, коју је од ствари имала. Ту долазе не само природни плодови од неке плодноне ствари, већ и накнада за употребу ствари све до момента враћања. Ко од уговорача има да враћа по раскинутом уговору примљени новац од саговорача (на пр. продавац купцу), тај мора платити и законски интерес (6% — § 601.) од дана пријема па до враћања. Али ако је једна страна имала извесних трошкова око обдржавања ствари, (на пр. за исхрану купљене стоке) или ради побољшања, онда јој противна страна и те трошкове мора надокнадити. Уговорач, који има да врати ствар због раскинућа уговора, налази се у положају сличном положају савесног купца, коме по § 220. грађ. законика припада право тражити накнаду за учињене на ствари трошкове.

Кад се уговор, на основу кога су уговорне стране примиле једна од друге извесне телесне ствари, раскине због оштећења преко половине, онда се има сматрати, као што је малочас речено, да тај уговор никад није ни постојао. Према томе стране, које држе примљене ствари, нису више власници истих. Њима недостаје правни основ — титулус, који је по §§ 225., 226., 227. грађ. зак. потребан, па да се на извесној ствари прибави својина. Међу тим, кад је уговор раскинут, онда се има сматрати као да никад и није био закључен, и онда немамо правнога основа. Уговорне

стране остају дакле власници предатих ствари, и могу их својинском тужбом (§ 218.) натраг тражити. Овако је исто и по аустријском грађ. закону који за прибављање својине такође тражи пуноважни основ и закони начин. (§§ 425. и 426). Друкчије стоји ствар у немачком грађ. зак. Кад се уговор као рушљив нападне, онда се он сматра као и да није био закључиван. Међу тим оно што су стране примиле једна од друге на основу тога рушљивог уговора (на пр. на основу уговора куповине и продаје), остаје и даље њихова својина, т. ј. својина оне стране која је примила ствар, јер по § 929. нем. грађ. закона предајом се само по себи преноси својина на пријемника, без обзира на основ, услед чега је предаја ствари следовала. У § 929. вели се: „Ради преноса својине на некој покретној ствари потребно је да власник преда ствар прибављачу, и да су обе стране сагласне, да својина треба да се пренесе“. У нем. грађ. зак. нема дакле разликовања на закони основ и пуноважан начин прибављања. Међу тим стране, које су предајом добиле својину ствари на основу некога рушљивог и нападнутога уговора, **облигаторно** су по § 812. обавезне једна другој, да примљене ствари врате у својину. У осталом у немач. грађ. зак. не може се се тражити раскинуће уговора, због оштећења преко половине, али се услед других чињеница може уговор као рушљив нападати (на пример услед заблуде или преваре).

Мало је више комплициран одношај између уговорача онда, кад је по раскинутом и испуњеном уговору једна страна дуговала другој или обе једна другој не давање неке ствари, већ неку радњу, на пр. кад се раскинутим уговором једна страна обвезала другој, да јој нешто изради (разнолики уговори о најму) за извесну награду у новцу или за неку радњу друге уговорне стране. У овоме случају немогућно је у односима уговорача успо-

ставити пређашње стање, стање које је пре закључења испуњеног уговора постојало. Јер односно рада који је једна страна, испуњујући уговор, на корист друге стране учинила, не може се учинити, да се он уговорачу који га је дао, натраг врати (ко је на пр. некоме окопао башту за извесну награду, па је за тим тај уговор због оштећења преко половине раскинут, томе се уговорачу, раднику, не може у натури вратити учињени рад натраг, ма да он може примљену награду у новцу вратити своме саговорачу). И онда би изгледало да код оваквих уговора, кад су испуњени, нема места раскинућу због оштећења преко половине. Али ово би мишљење било погрешно, јер § 559. допушта раскинуће код свију теретних уговора, и тенденцији законског прописа не би одговарало тумачење да код споменutih уговора нема места раскинућу, јер баш код ових уговора највише се дешава да слабија страна, она која даје своју радну снагу, буде закљученим уговором преко половине оштећена. У оваквом случају не остаје ништа друго до тежити да се по раскинућу успостави пређашње стање не у природном смислу, већ у томе да ни једна страна не буде закљученим уговором оштећена. Ако страна која није оштећена хоће један од горе изложених уговора да одржи у важности, онда она има да попуни противној страни онолико, колико до обичне вредности недостаје, (раднику, коме је плаћена надница за окопавање баште испод половине наднице у томе месту, има се дакле допунити до обичне наднице), чиме ће се уговор одржати у важности, или, ако противна страна неће да допуни, уговор се има раскинути. И онда се налазимо пред оваквом ситуацијом. И једна и друга страна примиле су једна од друге извесну корист (рад, новац). Како је уговор, на основу кога су оне до те користи дошле, раскинут, то су оне неправедно обогате једна на штету друге. Ту

корист немају оне сада на основу уговора, пошто је овај раскинут. И сад се рађа узајамна обавеза да једна другој врате оно, чиме су неправедно обогате. Како се пак радна снага, којом је по раскинутом уговору једна страна на рачун друге обогате, не може у натури вратити, то та страна има другој страни да даде за тај рад накнаду у новцу, којим се, у крајњем реду, све имовинске обавезе могу испунити. Вредност рада процениће се по времену и месту, кад је и где је учињен, и с обзиром на обично плаћање такве врсте рада. Страна пак, која је по раскинутом уговору примила новац, мораће исти другој страни да врати са законским интересом. Ако су пак по испуњеном раскинутом уговору обе стране једна другој неки рад дале (обавезе *facio ut facias*), онда се има проценити вредност оба рада, и свака страна има другој да врати вредност онога рада, који је њој противна страна дала. У практичном резултату своде се обавезе уговорних страна у овим случајевима на то, да она уговорна страна, која је по процени примила већу вредност, но што је дала, онај вишак, као неправедно обогатење противној страни врати.

§ 7. До сада смо имали у виду само међусобни одношај уговорних страна по раскинућу уговора због оштећења преко половине. Односно трећих лица важи ово: право тражити раскинуће уговора због оштећења преко половине прелази и на наследнике оштећенога лица (§ 394. грађ. зак.) било законске било тестаменталне. Исто тако оштећени или њихови наследници могу подићи тужбу за раскинуће уговора и противу наследника сауговорачевих. И противу правопримјеника по закљученом уговору има места тужби за оштећење преко половине, а такође њу може и правопримјеник подићи — § 867. грађ. зак.

Ако се ствар, до које је један сауговорач дошао на основу уговора, раскинутог због оште-

ћења преко половине, налази у рукама трећег лица, онда настаје питање: каква дејства производи раскинуће према том трећем лицу?

Ми смо у § 6. видели, да се према § 226. грађ. зак. лице, које је прибавило својину неке ствари на основу уговора, који је због оштећења преко половине раскинут, не сматра у опште ни да је постало власник примљене ствари, пошто му недостаје законски основ прибављања. Према томе и пренашање својине на примљеној ствари на друга лица није могло имати дејства. Власник ствари остао је и даље уговорач, који је пренео ствар на сауговорача на основу уговора, који је доцније због оштећења преко половине раскинут, и он ту ствар може тужбом за својину (*rei vindicatio*) тражити од свакога, у чијим се рукама ствар налазила буде.¹⁵⁾ Наравно да лица, која би тиме била оштећена, имају право тражити накнаду од својих претходника. Међу тим у овом случају ваља имати на уму изузетке, побројане у § 221. грађ. зак. Тужба за својину неће имати успеха, ако се по раскинутом уговору због оштећења преко половине подигне против оних лица, која су ту ствар, дату од једног сауговорача другоме на основу раскинутог уговора, прибавила на јавној продаји или од трговца, који обично са таким стварима тргује, или од занатлије, који такве ствари прави, или од онога коме је господар исту на послугу или на оставу или у залогу дао, или коме би ствар иста под каквим год видом поверена била тако да купац о њима није могао зло помислити, или

¹⁵⁾ Трећа лица на која би сауговорачи преносили својину ствари, примљених једно од другог на основу уговора, при коме је било оштећења преко половине, налазе се у томе непријатном положају да им једнога дана, услед раскинућа уговора, ствар буде одузета, само за време од три године. Јер ако би се раскинуће уговора тражило после тога рока, онда би сауговорач, са којим је оштећени преко половине

о поштењу њиховом посумњати. У свима дакле овим случајевима треће лице постаје власник прибављене ствари, и онај, који је предао ту ствар своме сауговорачу на основу раскинутога уговора због оштећења преко половине, може од њега тражити само накнаду за изгубљену својину.

Кад уговорачи остају власници ствари, које су један другоме дали, испуњујући раскинути доцније уговор, онда ни стварна права, која би они на истим стварима конституисали у корист трећих лица (н. пр. залог, плодуживање) не би имала опстанка — § 29. грађ. зак. „што ко сам нема, он не може ни другоме дати“. Кад пријемник није постао власник предате му ствари, онда не може на њој уступати другоме никаква стварна права. Али овде је наш законодавац био недоследан. Кад је већ у § 221. допустио, да се може прибавити у извесним случајевима својина ствари и од лица које није њен власник, онда је следствено томе ваљало прописати да и савесни прибављачи других стварних права прибављају иста права у извесним случајевима и од лица, која нису власници ствари, на којој се хоће неко стварно право да конституише. Кад на пр. трговац А прими од трговца В неку ствар на основу с овим закљученога уговора о куповини исте ствари (I), па ту ствар прода другоме (C) онда по § 221. овај купац постаје власник купљене ствари, и ако је онај ранији уговор о куповини те ствари (I) раскинут због оштећења преко половине, услед чега се сматра да А никада и није био власник продате ствари, те је исту као невласник на C. пренео. Међу тим кад А. исту ствар да некоме у залог онда

уговарао, могао одржати уговор у важности позивајући се на застарелост — § 937. Ако се пак то треће лице, које од сауговорача изводи своје право па ствари, која је била предмет уговора, раскинутог због оштећења преко половине, боји да се сауговорач неће на застарелост позивати, онда се оно може према § 65. грађ. суд. пост. умешати у парницу и истаћи застарелост права.

би по нашем грађанском законик у изгледало да заложно право нема дејства; услед раскинућа онога уговора о куповини (I) на основу кога је А. дошао до ствари, сматра се да он никад није ни био власник те ствари, и као невласник није могао ни конституисати право залог на туђој ствари (§ 314. грађ. зак.)¹⁶⁾.

Међу тим, овакво схватање не би било правилно. Кад по § 221 грађ. зак. може да се од невласника пренесе на другог својина, онда могу да се пренесу и друга стварна права као мања од својине. И за то § 314 грађ. зак. у овом случају остаје без дејства.

§ 8. На послетку да размотримо односе између уговорача који наступају кад су пропале ствари, које су уговорне стране једна од друге примиле на основу уговора, чије се раскинуће због оштећења преко половине тражи. Овде се могу разликовати два случаја:

Ако је пропала ствар, која је по уговору предата оштећеном преко половине, онда он није у стању, да ту ствар врати сауговорачу, ако се уговор због оштећења преко половине раскине. Овде се дакле по раскидању уговора не може успоставити стање, које је пре закључења уговора постојало, чему се у првом реду раскинућем уговора и тежи. Претпоставимо ли случај, да противна

¹⁶⁾ Доследнији је био у овом погледу аустријски грађ. законик. У § 456. прописао је да и заложно право на туђој ствари остаје у важности, ако се је заложни поверилац налазио при прибављању заложног права у истом положају у коме се налазио прибављач права својине на некој ствари, који је исту од невласника прибавио. У § 367. пак прописано је да се својина може и од невласника прибавити и то онда кад прибавилац ствари докаже да је ствар прибавио на јавној продаји или од трговца, који тргује тим стварима или за накнаду од онога, коме је власник дао ствар на употребу, чување или у ма каквој другој намери. Ко под оваквим околностима прибави на некој ствари право својине или залог, тај не губи то право ни онда, кад онај који је та права уступио није ни био власник ствари.

страна неће да оштећеноме понуди допуну вредности, и да се према томе мора уговор раскинути, онда оштећени не би могао одговорити својој обавези да примљену ствар врати сауговорачу, док би овај могао њему вратити од њега примљену ствар. Према томе, кад оштећени не би могао одговорити својој обавези, која се рађа услед тога, што он тражи раскинуће уговора, онда се њему и не допушта да тражи раскинуће уговора. Буде ли пак ствар, коју је он примио, само погоршана, онда би оштећени имао ту ствар да врати и да даде накнаду сразмерну погоршању.

Други је случај, кад је пропала ствар предата оное сауговорачу, који уговором, на основу кога држи ствар, није оштећен. Том околношћу, што је ствар пропала, не може се искључити право оштећене стране, да тражи раскинуће уговора. Оштећени, кад по његовом захтеву буде уговор раскинут, може испунити обавезу, која услед раскинућа наступа, он може од противне стране примљену ствар вратити, а кад његов сауговорач не може примљену ствар да врати, онда је он дужан дати оштећеном за њу накнаду, сразмерну вредности пропале ствари.¹⁷⁾

¹⁷⁾ Тако и Hasenöhr: Das oesterreichische Obligationenrecht II. св. стр. 430.

Clausula rebus sic stantibus

и

Недостижност давања*

.....

§ 1. Општа посматрања.

Ратни и поратни догађаји изазвали су, сасвим природно, силне пертурбације не само у политичком него и у привредном животу народа на целом земном шару. Многи уговори нису могли бити никако испуњени услед ратних сметњи, други су, услед непредвиђених околности, могли бити испуњени само уз страховито скупе жртве од стране уговорача. Нагло скакање цена роби и падање вредности новца у појединим земљама у односу, нарочито, према новцу земаља, из којих се роба имала повући, доводили су поједине уговораче пред сигурну пропаст.

У такој ситуацији није могло ни законодавство оглушити се о потребе привреднога живота. Показало се, у појединим земљама, да позитивно законодавство не даје могућности да се поведе рачуна о тешкоћама, на које испуњење уговора наилази услед ратних и поратних догађаја. Ту је било потребно новим законом отклонити тешкоће. У другим земљама помогло се тумачењем постојећих већ закона на начин, који и о тим догађајима води рачуна, узимајући у обзир познату

* Предавање држао 1 јануара 1922. год. на састанку Правничког Удружења у Београду.

из пандектног права *clausulam rebus sic stantibus* и оперишући са тако званом „недостижношћу давања“. (*Unerschwinglichkeit der Leistung*).

1. Француска.¹⁾

Према чл. 1302. француског *Code civil* дужник се ослобођава обавезе, ако, без његове кривице, пропадне дуговани предмет, или, у опште речено, ако је испуњење обавезе постало немогуће. Међу тим дужник се не ослобођава услед наступелих тешкоћа око испуњења. Односно тешкоћа услед рата суд сенског департмана донео је 15. јуна 1915. године ову одлуку: „Ратно стање само по себи не укида уговоре. Начелно шта више они остају потпуно у снази са свима обавезама, које из њих потичу за странке, па и онда када услед тога обавеза постаје тежа и незгоднија. Само кад догађаји чине испуњење немогућим, може се уговор укинути или одложити.“

Овакво схватање суда изазвало је велико негодовање. Пребацивало се судовима да неће да воде рачуна о великим финансијским и трговачким потресима услед рата, да се више држе слова духа закона. Најзад се умешало и законодавство, те је донесен закон 21 јануара 1918 године (*Loi Failliot*²⁾) који има осам чланова, од којих су најважнији ови:

¹⁾ B. Dr. Albert Wehli, *Der Einfluss des Krieges auf Verträge*, Wien 1918.

²⁾ Wehli, у навед. спису, стр. 6., вели да су тежње, изражене у закону, налазиле јаку потпору у чињеници да је француски *Conseil d'Etat* у једном спору између општине у Бордоу и тамошњег друштва за производњу гаса, које се било обвезало на лифровање светлећег гаса по извесној тарифи, одлучило да је друштво овлашћено, услед изванредног скакања цене угља, да тражи од општине одмерену накнаду. Ова одредба, која се оснивала на начелу постављеном од стране државног

Члан 1. За време рата и за три месеца по обустави непријатељства, вреде за уговоре пословне природе, закључене пре 1. августа 1914. године, чији је предмет лифровање робе и друга сукцесивна или одложена давања, следеће изузетне одредбе.

Члан 2. У члану 1. именовани уговори могу бити — независно од раскидних основа, који потичу на општем праву или потичу из уговора — раскинути по захтеву ма које уговорне стране, ако се утврди да би испуњење обавеза једне стране, услед ратног стања, било скопчано са теретима или би проузроковало штету, које би далеко надмашало у моменту закључења уговора разумно предвидљиву меру.

Раскид ће се изрећи према околностима са накнадом штете или без накнаде.

Ако се досуди накнада штете, онда ће судија умерити суму, ако штета услед ратног стања знатно надмаша предвидљиву штету.

Ако је купац, сходно условима и обичајима трговачким, прибавио нелиферовану робу на трошак и ризик продавца, онда ће се сума накнаде штете умерити под претпоставкама одређеним у претходној алинеји.

Судија може по захтеву једне странке изрећи да се испуњење уговора одлаже за одређено време.

Члан 7. ал 2. Овај се закон не примењује на послове закључене на ефектним берзама (који остају подвргнути дотичним законима, декретима и правилницима), на најамане уговоре, уговоре о кирији и закупу.

савета још у доба мира (*Théorie de l'imprévision*), била је ипак предмет напада. Један јој је правник пребацивао да она изврше сва правна начела.

II. Енглеска.

Енглески судија има одрешене руке при тумачењу уговора с обзиром на околност да је енглеско право „неписано право“, да не постоји писани законик. Судији се признаје право да смаatra као уговорене и оне одредбе, које од странака нису изражене, ако то следује из природе и циља уговора (т. зв. *implied terms*, одредбе које су *implicitae* садржане у уговору). Према томе вреди у енглеском праву начело: ако је један уговор закључен под претпоставком, коју су имале на уму обе стране, да ће извесно стање трајати, да ће извешан догађај наступити, онда се — претпостављајући невиност обе стране — уговор радоскида услед престанка стања, услед ненаступања догађаја. *Clausula rebus sic stantibus* — још и данас вреди у Енглеској.

Али и ако енглески судија има тако велику власт у овом погледу, ипак енглески судови, с обзиром на конзерватизам енглеског права, нису тако лако склони да уговоре допуњујући их тумаче. Тако је један суд 1915. године одлучио, да се продавац не може ослободити обавезе за то, што је цена услед непредвиђених околности изванредно скочила. Ипак је 1916. године други суд заузео сасвим супротно гледиште. Стога се и у Енглеској морало законодавство умешати, усвојивши начело, да услед рата проузроковано изванредно отежавање испуњења ослобођава уговорача од обавеза. Донесен је закон од 10. јула 1917. године, који ипак не иде тако далеко као француски. Његове су главне одредбе ове: ¹⁾

1. Уговоре о изради какве зграде или дела или о лифровању материјала за њих може суд

¹⁾ В. Wehli у нав. делу стр. 14. и сл.

суспендовати или раскинути под условима, који му се чине погодним, ако се њихово испуњење не би могло изнудити, услед ратом проузрокованих тешкоћа при набавци материјала или радне снаге, без озбиљне суровости. Суд ће узети у обзир околности случаја, и евентуалне од странка учињене предлоге за измену уговора.

2. Иста овлашћења има суд и у погледу свију других уговора, ако се њихово испуњење не би могло услед наредаба власти у циљу земаљске одбране изнудити без озбиљне суровости.

3. Последице неиспуњења уговора не наступају, ако је неиспуњење наступило услед наредбе власти у циљу земаљске одбране.

За све друге случајеве, које закон не предвиђа, остаје отворено питање какав утицај има рат на даљи опстанак уговора.

III. Немачка.

У Немачкој није се услед ратних и поратних тешкоћа у привредном животу осећала потреба за доношење новог закона, који би дужницима олакшао положај, у који су стицајем околности запали. Правосуђе је успело, ослањајући се на прописе §§ 157. и 242. немач. грађ. зак.¹⁾ од 1896. године, да дужника изведе из незгодне ситуације. Немачки Царевински Суд још је 1904. године поставио начело да се испуњење дуга о предмету по роду одређеном (*genus*) има сматрати као немогуће, ако је набављање предмета дотичнога рода постало тако тешко да се то, правилно гледа-

¹⁾ § 157. гласи: „Уговори се имају тако тумачити како то поштење и савесност с обзиром на схватање саобраћаја захтевају.“

§ 242. гласи: „Дужник је обавезан извршити чинидбу тако како то поштење и савесност с обзиром на схватање саобраћаја захтевају.“

јући на ствар, ни од кога не може тражити. И у току рата донесено је више одлука, којима се раскидање уговора тиме правда да је чинидба (*Leistung*), услед промењених околности, променила своју природу, и да се с тога не може више захтевати. Ма да се узима да немачки грађански законик није усвојио *clausulam rebus sic stantibus*,¹⁾ ипак се тиме не одриче могућност ослобођења дужника услед промењених околности. У мотивима за немачки грађански законик вели се: „Одбијање *clausulae rebus sic stantibus* ипак не искључује у поједином случају испитивање да ли по мишљењу странака, услед промењених околности, не припада право на одустанак од уговора једној или другој страни.“ Немачки Царевински Суд у једној одлуци од 1916. године вели: „По немачком праву, не може се на сваки начин признати да, уопште узевши, у приватно-правним уговорима прећутно постоји *clausula r. s. st.* Али ипак увек треба испитивати да ли треба путем тумачења уговора, као и с обзиром на §§ 133. и 157., или према циљу и природи појединог уговора, као смисао односа узети да постоји право одустати једнострано од уговора услед промењених околности.“²⁾

IV. Аустрија.

И у Аустрији прискочило је дужнику прво у помоћ правосуђе. У својим одлукама Врховни Суд полази од мисли, да се од дужника, по схватању поштенога саобраћаја, не могу захтевати необичне жртве, које не стоје ни у каквој сразмери према

¹⁾ Ипак најновија тажња немачких правника иде на то да из § 157. немачког грађ. зак. изведе важност *clausulae r. s. stan.* и за немачко право. В. Dr. Klang, *Die Unerschwinglichkeit der Leistung*, Wien 1921. стр. 18.

²⁾ В. Hellmuth Leetz, *Die clausula rebus sic stantibus*, Marburg 1919. стр. 10

његовој привредној моћи, да се од њега не може тражити да своју сопствену егзистенцију жртвује ради испуњења своје обавезе. То је тако звано учење о „недостижности чинидбе, давања“, које се увршћују у појам немогућности испуњења обавеза, услед које и по прописима аустриј. грађ. законика (§ 1447.) наступа ослобођење дужника.¹⁾ Међу тим поремећене аустријске прилике услед рата и његових последица, а нарочито валутарне невоље, побудиле су аустријског законодавца за доношење једног закона од 4. априла 1919. године. Њиме су за уговоре о лиферовану робе, закључене у времену од 1. јануара 1915. до 1. новембра 1918. године, створени нарочити судови за поравнања (*Einigungsämter*), који при својим одлукама нису везани законским правилима и садржином уговора, него су овлашћени да овај у толико измене, у колико им се то чини потребно да би се избегла несразмерна или неправична штета за једног уговорача. Важност овога закона накнадно је продужена до 30. јуна 1921. године.

¹⁾ В. Dr. Heinrich Klang, *Die Unerschwinglichkeit der Leistung*, Wien 1921, стр. 5.

В. Одлуку бечке трговачке коморе од 1916. године:

„Под немогућношћу чинидбе подразумева се не само физичка немогућност, већ и несразмерност чинидбе, то јест потреба за једног уговорача да ради испуњења уговора жртвује или доведе у питање свој сопствени интерес, који се према интересу другог уговорача има привредно сматрати као несразмерно већи“.

В. Krainz, *System*, 5. издање, 1. стр. 299. „Недостижност може се према околностима упоредити са немогућношћу, Она постоји када чинидба (давање, *Leistung*) захтева жртве, које се, разумно, од дужника не могу тражити“. В. и Rabel, *Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österr. Recht*, стр. 844. у *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgem. bürgerl. Gesetzbuches*: „Под „прекомерном тешкоћом“ или „недостижношћу“ чинидбе подразумевамо положај кад би дужник, ради испуњења уговорне чинидбе, морао жртвовати или довести у питање свој сопствени интерес, који се, према интересу повећаном, има, у смислу правног поретка, ценити као нешто више.“

V. Наше законодавство.

Пред сличним тешкоћама услед ратних и поратних догађаја налазило се, а и сада се услед валутарних невоља, налази и наше законодавство. Грађански законик није давао могућности, да се дужнику помогне. За уговоре двостране, закључене пре рата, била је очигледна неправичност захтевати њихово стриктно испуњење и поред таквих измена привредног живота, које је дугогодишњи светски рат са собом донео. За то је уредбом о ликвидацији стања створеног ратом (чл. 83—89) покушано да се, за уговоре пре рата закључене, олакша дужнику, водећи рачуна о „несразмерним жртвама“, које би он морао поднети, ако би се строго тражило испуњење уговора онако како гласи.¹⁾ За уговоре после рата закључене у нашем законодавству нема нових прописа,

Чиница није немогућа, али претпоставља један напор, један трошак, који се од њега, према околностима, не може захтевати“.

И писци који се не слажу са владајућим схватањем да се, по аустријском грађан. зак. „недостижност давања“ упоређује са „немогућношћу давања“, ипак налазе да овај законик пружа могућности ослобођења дужника услед околности ратом изазваних, само на други начин, о чему ће доцније бити говора. На том гледишту стоји Sperl, Der Einfluss des Krieges auf laufende Bauverträge, 1918, кад у том спису тврди да су прописи аустр. грађ. зак. донесени за нормалне прилике привредног живота, те се на оваке катастрофалне прилике не могу применити онако како то чини владајуће мишљење. Sperl вели; „Законодавац и уговорачи узимају у обзир, при стварању своје правне норме и својих уговорних изјава, и неизвесности, колебања, непредвиђене случајеве и промене, и сматрају их тиме као уређене и свршене. Али ипак у њима познатом свету искуства. Ни један приватно-правни законик и ниједан уговор није срачунат за наступање катастрофа у човечанству, нико се њима не може одупрети, ни једна законодавна ни уговорачка воља није се простирала на непозната дејства неслућених катастрофа“.

¹⁾ В. о овом питању Ђ. Несторовић. Две судске уредбе Београд 1921., стр. 58—70.

ма да су привредне и новчане прилике такве, да испуњење уговора доводи често дужнике у очајну ситуацију, а на основу постојећег законодавства не може им се помоћи.¹⁾

Из горњег прегледа види се да је у многим земљама продрло начело: ако је ратом створено тешко стање за дужника толико повећало тешкоће испуњења, да би оно за њега било везано са прекомерним жртвама, онда се испуњење не може изнудити.²⁾

§ 2. Историски поглед.

С погледом на тешкоће, које данас изазива испуњење закључених уговора, правници се сећају старог учења о *clausula rebus sic stantibus* пандектнога права. Оно је постало из потребе да се помогне дужнику, ако би, услед промењених околности, строго испуњење уговора за њ врло тешко било. За то се узимало да постоји прећутна клаузула у уговору, да обавези неће бити места, ако се промене околности, које су постојале при његовом закључењу.³⁾ Ако се промена околности није могла предвидети, онда је дужник само на то обавезан, што би се било хтело, да се је она предвиђала *Omne pactum omnis promissio rebus sic stantibus intelligenda est*, вели Leyser у својим Me-

¹⁾ У Холандији правосуђе полази од начела да се испуњење уговора не може захтевати, ако је оно за дужника скопчано са жртвама, које се од њега не могу захтевати према начелима правичности, која у саобраћају вреде. Ипак при томе скакање цена не сматра се увек као довољан разлог за ослобођење. Слично вреди и за Швајцарску.

²⁾ В. Wehli, на нав. месту стр. 22.

³⁾ Наравно да се исти циљ може постићи изречним уговарањем, да обавеза не постоји, ако се прилике промене. Али, вели се, ко је могао предвиђати рат и његове катастрофалне последице, па да настојава да се *clausula rebus sic stantibus* унесе у уговор?

ditiones ad Pandectas¹⁾. За тим је ова *clausula* нашла места и у законцима. Тако је унесена у *Codex Maximilianus Bavaricus civilis* (IV, 15. § 12.) с тим ограничењем, да промена околности није наступила ни услед доцње (mora), ни услед кривице (culpa) ни услед дела дужниковог (facto debitoris). За њу зна и пруско опште замахско право (*Allgemeines preussisches Landrecht*). 1. 2. §§ 378. и сл., па и аустријски грађански законик од 1881. године, истина у ограниченијем облику.²⁾

§ 3. Стање по нашем и аустријском грађан. законнику.

И писци који се не слажу с учењем да се „недостижност давања“ изједначује са појмом немогућности давања, налазе да треба заштитити и праведне интересе дужника, доведених у претешку ситуацију услед промењених прилика, под којима је њихова обавеза постала. Очеvidно је, вели се, да се противи природно правном осећању захтев дословног испуњења уговора, под свима околностима, у времену кад су се преокренуле

¹⁾ Leyser, Med. ad. pand. 1772. vol. VII. Spec. 1520 de tacita condicione rebus sic stantibus med. III. B. Leetz, у нав. делу, стр. 6. и прим. 3.

²⁾ С учењем о cl. r. s. st. сродно је учење Windscheid-ово о „претпоставкама“ (Voraussetzung). Виндшајд вели: „Претпоставка је неразвијен услов. Ко изјављује вољу под неком претпоставком хоће, исто онако као и онај који даје условну изјаву воље, да правно дејство има да наступи само при извесном стању односа, али он не чини зависним постојање дејства од овог стања односа.“

Последица је тога да правно дејство, које се хтело, постоји и ако недостају претпоставке. Али то не одговара истинитој, правој вољи творца изјаве воље, и због тога је постојање правнога дејства, и ако формално оправдано, ипак материјално без оправданог основа. Због тога се може изјавом воље оштећени заштитити против потраживања, која из ње

све чињенице, које су при закључењу уговора биле меродавне за уговораче. Како наше право стоји у тако тесној вези с аустријским, то ћу овде изложити како се ово питање схвата у теорији аустријског грађанског права и од писаца, који се не слажу са владајућим учењем.

Већ споменути писац Klang, апелациони судија у Бечу, у наведеном спису „Unerschwinglichkeit der Leistung“ (стр. 17.), тврди да би се употреба учења о *clausula rebus sic stantibus* смела у толико пре узети у обзир ради решења овога сукоба интереса, што § 901. аустријског грађан. законика¹⁾ садржи последњи остатак старог учења о клаузули, који би могао дати погодну основу за узимање у обзир појма недостижности. Ипак овај писац неће да иде тим путем за решење појављене тешкоће, већ полази од констатације да уговорно право аустријског грађ. законика јасно изражава мисао: да између обостраних уговорних давања не треба да буде сувише велика несразмера. На овој мисли, вели, почива у првом реду пропис § 934. аустриј. грађ. зак. (нашег § 559) о дејству оштећења преко половине, пропис § 879.

потичу, како приговором, тако и истицањем свога захтева да се укине правно дејство према ономе, у чију је корист оно наступило... И даље: „Претпоставка се може изјавити изречно при изјави воље, али може се показати да се она хтела, и без изречне изјаве, према осталој садржини изјаве воље...“ За тим: „Али не само из остале садржине воље, него и из околности, које су њу пратиле, може следовати да се претпоставка хтела, и ако није изречно исказана.“ В. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, издање (1882), I. св. § 9, стр. 282, 283, 284, 285, 287. Немачки грађ. зак. није усвојио учење о претпоставци у смислу Виншајдовом. В. горње дело у редакцији Kipp-а страна 518 св. I. В. и Krainz-Ehrenzweig, *System* 1913., § 116.

¹⁾ § 901. гласи: „Ако су стране побуду или крајњи циљ свога престанка изречно као услов поставиле, онда ће се побуда и крајњи циљ посматрати као и други какав услов. Ван тога случаја таква изјашњења немају никаквог утицаја на важност уговора са накнадом. Код уговора без накнаде примениће

бр. 4. (нашег § 539. бр. 4) о искоришћавању тешкога положаја уговорача, пропис § 1336 о умеровању уговорне казне од стране судије ¹⁾ поред више осталих. И ако се мора признати, да се сви ови прописи односе на несразмеру уговорених давања у време закључења уговора, ипак аустријски законик предвиђа у §§ 1048. (нашег §§ 636 и 637. код уговора о промени) и 1064, (нашег § 658. за уговор куповине) раскидање уговора због доцније наступеле несразмере давања бар код промене и продаје индивидуално одређених ствари. Са ових разлога писац у случајевима недостижности напушта мисао да за решење питања нађе један одређен законски пропис, и задовољава се тиме, да престанак обавезе на давање, услед доцнијег наступања сувише велике несразмере давања, онда одговара правном систему, када је оно у исто време скопчано са таквим жртвама за дужника, чије се подношење од њега не може очекивати, с обзиром на поштење и савесност, имајући нарочито на уму § 7. аустријског грађан. зак., који при крају вели: „остане ли правни случај и тада сумњив, онда га треба пресудити по начелима природнога права с обзиром на брижљиво прикупљење и зрело расуђене околности.“ ²⁾

За наше право (а и за аустријско) ми се не бисмо могли сложити са мишљењем да позитивно законодавство (изузимајући случајеве регулисане у уредби о ликвидацији стања створеног ратом, чл. 83—89.) пружа могућност ослобођења дужни-

се прописи постављени за наредбе последње воље.“ У нашем грађ. зак. овом пропису аустријског законика одговарао би од прилике § 546: „Ако би при уговору особити услови стављени били, они се морају разумно у приврење узети“.

¹⁾ који није унесен у наш законик.

²⁾ в. §§ 8. и 10. нашег грађ. зак. који говоре о „основима здравога разума и природне правнице“ и о „разумном и савесном решавању“.

ка од обавезе због сувише велике несразмере давања. ¹⁾ Тврђење да је т. зв. недостижност давања равна немогућности давања изгледа нам и сувише натегнуто и извештачено; управо нетачно и неистинито. Расправити ово питање помоћу правне аналогije на основу § 10. грађ. зак. (.: „по општим у овом законуку постављеним основима... разумно и савесно решавати никако не испуштајући из вида законе прописе за подобне случајеве.“) не изгледа нам оправдано за то, што је правна аналогija средство да се **попуне празнине** у законуку, међутим у погледу нашег питања тих празнина нема. Оно је расправљено у §§ 13., 21., 538., 540., 547. нашег грађ. законика и, специјално, за уговор о куповини, који најчешће у овом погледу долази у обзир, у § 644. грађ. зак. Још би се једино ово питање могло расправити доношењем новог закона, као што је законодавац већ учинио уредбом о ликвидацији стања створеног ратом за предратне уговоре. ²⁾

И ако не делимо мишљење аустријске теорије и судске праксе, ипак сматрамо интересантним из-

¹⁾ В. Ж. Перић, О уговору о продаји и куповини III. стр. 321. прим. 1., који је такође истог мишљења. У осталом да је и наш законодавац тога мишљења види се и по томе, што је, не налазећи могућности за правично решење таквих питања у постојећим законима, донео горе споменуте нарочите прописе за уговоре закључене пре рата, а чије извршење пада после рата када су се прилике тако силно измениле.

Види и Х. Верк, Извршење предратних уговора, у „Архиву за правне и друштвене науке“, књ. XIX., стр. 64. који дужнику признаје тужбу за раскинуће уговора по основу неправедног обогаћења. Међу тим не би се овде могло узети да постоји неправедно обогаћење, пошто њега има онда кад неко без правног основа буде обогаћен, а у нашем случају обогаћење се заснива на уговору.

²⁾ Наравно да се онда законодавац ставља у опреку са принципом стеченог права у погледу већ закључених уговора у моменту доношења закона, као што је Перић, у споменутом делу, истакао. Али његова је ствар да, са гледишта правне политике, оцени да ли је невоља толика, да због ње треба повредити један тако важан принцип...

лагања њихова односно решења овога питања, бар у погледу *de lege ferenda*, и за то ћемо их изложити, држећи се горе споменуте расправе *Lang-ове*.

Узимајући као утврђено да доцније наступела отежавања уговорних давања могу имати за последицу ослобођење од дужности испуњења, писац се бави прво питањем утврђивања претпоставка, под којима горње дејство наступа или утврђивањем појма „недостижности“ (*Unerschwinigkeit*). Као знакове овога он означава:

1. Обим отежавања чинидбе (давања).

Правосуђе, које је развило начело ослобођења дужника од давања, која се не могу од њега очекивати, везује понајвише своје схватање за појам поштења и савесности (*Treu und Glauben*) тако, да ово ослобођење има тада да наступи, кад се давање, с обзиром на поштење и савесност (*bona fides*), не сме захтевати. Из тога прво следује да незнатне тешкоће, нарочито незнатна повишења цена, не долазе у обзир као разлог за ослобођење. Мора дакле заиста са испуњењем уговора бити скопчано знатно угрожавање или оштећење дужникових интереса, па да се он може ослободити обавезе. Дужник није обвезан да поднесе тешке жртве, које угрожавају његову привредну егзистенцију, да би повериоцу створио прекомерни, неочекивани добитак. С друге стране не може дужник тражити ослобођење, ако би отуда за повериоца настала штета била већа од оне, коју би дужник испуњењем уговора претрпео. Једно опште мерило за питање: када така несразмера постоји, не може се поставити, а нема места ни примени прописа о оштећењу преко половине, пошто је он сасвим произвољан и стога само тамо применљив, где то позитивни закон допушта. За то је најбоље оставити то судијској увиђавности

који ће се при томе руководити брижљивом оценом свију околности.¹⁾

2. Обзирање на целокупан имовни положај.

Недостижност или несразмерност давања може се утврдити или само с обзиром на поједини правни посао, који баш подлежи судијској оцени, или с обзиром на врсту и обим пословнога оборта и целокупно имовно стање дужниково. Аустријски Врховни Суд заузео је једно становиште да се имају узимати у обзир само околности појединог случаја, али не опште имовно стање уговорача, а у другој једној одлуци одбио је позивање на недостижност давања са разлога да јој нема места с обзиром на велики обим послова туженикових²⁾. *Klang* пак стоји на становишту да поред сразмерности обостраних давања треба на то гледати, да ли посао у питању има у већој или мањој мери да служи шпекулацији и какав значај припада губитку дужника, везаном с испуњењем, за његову радњу. При томе, наравно, треба узети у обзир не само капитал и обим ове радње, већ и ту околност: да ли је у питању поједини посао или читав низ послова, који су са губитком били закључени. Да ће при томе привредно слабији

¹⁾ Ово је врло незахвалан задатак за судију! Са колико би се тешкоћа судија имао да бори, колико би знања из трговачког, пословног и економског живота судија, чиновник и правник по занимању, морао да има, па да утврди да је оно што се од дужника тражи да испуни „недостижно“. Скоро би се могло рећи да је тај задатак за судију „недостижан“!

²⁾ Немачки Царевински Суд начелно прави разлику између послова велике трговине и трговине на мало, и за ону прву одбија обзирање на повишење цена све дотле док за робу, која се има лифировати, постоји у опште пијачна цена, а то се поглавито образлажева шпекулативном природом велике трговине.

лакше наћи заштите, но јачи дужник, одговара само правичности и мисли, која се мора узети као темељ целог проблема, а која се само у томе може састојати: да се последице великих привредних катастрофа што је могуће више ослабе. Према томе не може се ни овде дати један утврђен правац за то када има да наступи ослобођење од давања; и овде, дакле, има да одлучи судска увиђајност, ослањајући се на оцену стања ствари.

3. Предвидљивост.

Теорија и пракса слажу се у томе да се дужник у циљу ослобођења од своје уговорне обавезе може позивати и на недостижност само онда, ако се ова није могла предвидети у време закључења уговора. Ко је са знањем примио на себе тешку дужност, или је у најмању руку могао са њеном тешкоћом рачунати, не може се ње ослободити позивајући се на то, да му њено испуњење намеће жртве, које се од њега не могу очекивати. Са овога разлога Врховни Суд не допушта приговор, ако је продавац направио у време рата закључак и ако је знао за тешкоће око набављања сировог материјала, стање пијаце и за тенденцију лењања цена, али ако је уговор закључио, знајући да цене свакодневно скачу, у нади да ће се рат свршити пре рока лифровања. Са тога разлога тврди се да трговац има на себе да прими нормалне поремећају конјунктуре и да као разлог за ослобођење могу доћи у обзир само изванредне промене, са чијим наступањем пословна калкулација није могла рачунати. Постоји сагласност и у томе, да се предвидљивост мора ценити по једном објективном мерилу, по у саобраћају уобичајеним погледима и обазривостима, а не по личном пословном знању и способностима дужника. Дужник се дакле не може позвати на сопствено незнање околности, мерадавних за калкулацију. У тачном схватању за-

хтева непредвидљивости лежи заштитно средство против неоправданог ослобођења због недостижности давања. Стога је важно знати кад се сме говорити о непредвидљивим тешкоћама испуњења. У том питању може се рећи: није значајно да ли се по закључењу уговора наступело отежавање давања могло предвиђати у свакој конкретној форми појаве, **већ то да ли оно долази од неког непредвидљивог догађаја, који је произвео промену у времену закључења уговора постојећег привредног стања.**

4. Невиност.

Држећи се свога основног гледишта, да је овде у питању ослобођења дужника од давања, која се од њега с обзиром на поштење и савесност не могу очекивати, наш писац сматра да ако је дужник крив што је давање отежано, онда то нема утицаја на садржину уговорне дужности. И сувише би противречило појмовима о поштењу и савесности, као и о свакој правичности, кад би се допустило позивање дужнику на своју сопствену кривицу у циљу ослобођења од своје досадне уговорне дужности. Ако је дакле дужник сам крив за свој тежак положај, онда се безусловно има остати при уговору.

Да је дужник крив због недостижности давања, има се увек онда узети, ако је она наступила за време доцње дужникове, за коју је он крив. Ако се обвеза могла испунити у времену приспелости њене без или са подношљивим губитком, и ако је он и поред тога пропустио то учинити, онда му ништа не помаже, ако су се после и још пре изрицања пресуде околности тако промениле, да се давање сада одиста има сматрати као недостижно. Дужник би био избегао последице ове недостижности, да је своју дужност био испунио, и сад је мора на себе примити.

Кривица несумњиво постоји и онда, ако је дужник дугованом робом или порученим делом располагао у корист кога другог а не свога сауговорача. Ако дужник има уговорни предмет на свом расположењу, онда он управо долозно поступа, кад га одузима повериоцу, да би употребом у корист кога трећег лица дошао до веће добити. И при поверилачкој доцњи може дужник другачије располагати уговорним предметом само онда, ако је пазио на прописе § 918. аустријског грађанског односно члана 354. трговачког законика.

Даљи случај кривице постоји у томе, што је дужник пропустио благовремено прибавити покриће, и ако је то било могуће. Баш да је и имао разлога веровати, да ће стање пијаце у коме доцнијем моменту допустити покриће под повољнијим условима, ипак се он не може на то позивати, ако ови услови, против његовог очекивања, постану неповољнији. Продавац не сме за цело са покрићем чекати на ризик купца, већ на свој сопствени ризик, ако му се овај пред очима указује.

У случајеве кривице продавчеве могао би се рачунати и онај, да се он сам при закључењу уговора налазио у неизвињавној заблуди о достижности давања. Тада би се, са гледишта учења о немогућности, дошло до тога, да се дужник ослободи давања уз плаћање негативног уговорног интереса, дакле штете која је настала услед поверења у уговор (arg. из §§ 878., 869., 1447., аустриј. грађ. зак.). Али овде питање о кривици није у опште од значаја. Мередавно је на против то да је недостижност била предвидљива за једнога продавца, снабдевнога потребним знањем и потребном пажњом, и стога се онај, који није имао ове особине, и који је нетачно калкулирао или шпекулирао, не може позивати на њихово недостајање. Строго схватање у овоме погледу управо се намеће данашњим приликама, јер оно би непозвана лица, која се сада увлаче у трговину, управо опоми-

њало на опрезност, и могло би на тај начин можда исто толико допринети сузбијању подвалација и трговине кришом колико и по нека претња казном, која само на хартији дејствује.

Остаје најзад још питање: да ли се продавцу може у кривицу приписати, ако он робу у време закључења уговора нити је имао у свом поседу, нити је био овлашћен, на основу закључених уговора или још обавезних понуда, очекивати да ће њоме моћи располагати у моменту испуњења уговора. Ко без покрића закључује послове лиферовања, тај мора под данашњим околностима с тиме рачунати, да ће му набавка покрића бити могућна само под тежим условима и по већим ценама; он не сме опасност шпекулације, која лежи у непокривеној продаји, пребацити на свога сауговорача и хтети ослободити се ако шпекулација на штету испадне. И овде се треба чувати и сувише благе оцене; ова може бити од користи само тако званом послу у ваздуху (Luftgeschäft) а не солидној трговини.

Ако сведемо разлагања о претпоставкама, под којима дужник сме тражити ослобођење од уговорне обавезе, због доцније наступеле тешкоће давања, онда излази ово: **недостижност, коју ваља узети у обзир, постоји само онда, ако је давање дужниково накнадним, непредвидљивим догађајем, који привредно стање измењује, тако отежано да оно према противдавању повериоца ни у каквој више сразмери не стоји, и његово испуњење за дужника, према размерама његове радње, једну велику жртву представља. Приговору нема места, ако ово отежање лежи у кривици дужника.**

Што се тиче дејства недостижности, која се узима у обзир, на обавезу, ваља истаћи ово:

1. Недостижност даје дужнику право на приговор на тужбу повериочеву, којим се он од своје обавезе ослобођава. Могућно је да постоје сметње, чији нестанак доцније може наступити; у том слу-

чају приговор има одложно дејство, — не наступа дакле коначно ослобођење дужника, већ само продужење рока за испуњење. Међутим, према данашњим привредним приликама, нарочито што се тиче скакања цена, практично посматрајући имаћемо посла само са трајном недостижношћу, која заснива раскидни приговор. Само се по себи разуме да у случају ослобођења од обвезе, дужник има да врати оно што је од повериоца примио, с обзиром на §§ 934., 877., и 1447. грађ. законика, који се овде по смислу имају применити.

Међу тим поверилац може у испуњењу обвезе имати тако јак интерес, да може имати разлога повећати своје давање у толикој мери, да искључи приговор несразмерности, на пр. да у најважнијем случају — скакању цене — уговорену цену попење до суме самокоштања дужниковог. Није потребно ни образлажавати да је целисходно и правично везати у овом случају дужника за уговор и против његове воље. Ако ослобођење дужника од недостижног давања на томе почива, што закон не одобрава искоришћавање једног уговорача од стране другог, онда право дужника да одрекне испуњење обвезе мора отпасти, исто онако као што се због оштећења преко половине нарушљиви уговор по § 934. аустриј. грађ. зак. има одржати у снази што се поверилац изјасни да је готов надокнадити што недостаје до обичне вредности.

2. Ако допустимо дужнику, да се под извесним претпоставкама ослободи обавезе, онда морамо од њега захтевати да повериоца без одлагања о томе извести, ако од овог допуштења хоће да чини употребу јер то следује, и без изречног законског наређења, просто из постојећег уговорног односа: поверилац се мора дотле ослањати на пуноважност уговора, док му дужник не јави да, услед промењених околности, неће уговор да испуни; стога савесност и поштење у саобраћају захтевају да се дужнику ова дужност наметне. Пазе-

ћи на ову дужност извештаја, судија ће у многим случајевима бити у могућности да одлучи: да ли се приговор недостижности у опште има озбиљно узети. Јер свакодневно искуство учи нас да није то баш недостижност, на коју се обично лиферанти, који су у задоцњењу, у првом реду позивају. Они се, на против, често бране читавим низом других приговора и неретко се дешава да се тако звана немогућност испуњења тек онда појави, кад поверилац докаже да су оспоравање активне и пасивне легитимације у спору, порицање обавезног закључења уговора и тврђење уговорних повреда сасвим без основа изнесени, и да се дужник пре упуштања у спор никако није позивао на немогућност испуњења. У том случају то може увек изазивати и сумњу да ли ствар одиста тако стоји као што дужник тврди, и дати повода да се нарочито пажљиво испитују претпоставке за ослобођење дужника од обавезе.

3. Дужности дужника да јави повериоцу да хоће да се ослободи обавезе, одговара дужност повериоца да се о томе изјасни. Поштење и савесност захтевају да поверилац у року, одмереном према околностима, изјави да ли пристаје на дужников одустанак од уговора. Ако он то не учини, онда се то неизјашњење за дуже време мора сматрати као прећутни пристака на ослобођење дужниково, поверилац не може више захтевати испуњење уговора. Да се повериоцу наметне дужност да се изјасни потребно је стога, што би му се иначе допуштало да на ризик дужника очекује развој пијачног стања, и да према падању и скакању цена при уговору остаје или од њега одустаје.

4. Безнакнадно ослобођење дужника од обавезе има у себи нечег, што не задовољава, јер оно отклања од њега опасност од шпекулације и пребацује је на повериоца који, исто као и дужник, стоји невин према накнадно промењеним околностима.

стима. Овој незгоди покушавало се помоћи разним начинима:

а) Повериоцу се признаје право на корист, која је дужнику припала другачијом употребом предмета уговора, а која се састоји или у за њ датој накнади или у праву на такву накнаду. У рату је ово питање имало већег значаја но сада, пошто су долазиле у обзир накнаде које је држава давала за узапћену и одузету робу и сировине. Ако је ова накнада већа од уговорене цене, онда је дужник у добитку, који се може употребити за изравнање штете повериоцеве због неиспуњења или изгубљене добити. Овако је решење могућно тумачењем § 1447. аустриј. грађ. зак. по коме дужник не треба да извлачи корист из штете повериоцеве, које је мишљење и Врховни Суд усвојио. За данашње прилике много је значајније решење питања: да ли поверилац, када дужник добровољно даље отуђи предмет уговора, може захтевати да му се изда део куповне цене, који премаша уговорену цену, или да му се уступи тражбина куповне цене. По аустријском праву може се у интересу повериоца донети решење и у случају добровољног даљег отуђења уговореног предмета од стране дужника, ако усвојимо екстензивно тумачење последњег става §-а 1447.

б) Покушавало се да се конструише за повериоца право на накнаду тако зване штете због повећања у испуњење уговора, негативног уговорног интереса, за случај да се дужник ослободи од своје обавезе због недостижности.¹⁾ За аустријско право не може се дужнику, у случају да није крив због недостижности давања, наметнути обавеза накнаде штете повериоцу. Исто тако ни *de lege ferenda* није потребно уводити ту обавезу, ако се само

¹⁾ За немачко право ово је могућно сходном применом прописа §§ 119 и 120. немач. грађ. зак. који ономе који је у заблуди допуштају да у заблуди закључени уговор напада уз накнаду штете, коју друга страна има услед свог повећања у уговор.

држимо утврђених строгих претпоставака за ослобођење од давања.

5. Раскидање уговора противно је често интересима оба уговорача, а сем тога оно има и ту незгодну страну што слаби осећај одговорности при закључењу уговора и осећање везаности уговором, чиме се штети пословни морал. Стога је појмљиво што су се тражила погодна средства да се уговор одржи, прилагођавајући му садржину промењеним околностима. Једно од тих средстава већ је споменуто: право повериоца да тражи од дужника тежим постало испуњење обавезе уз повишење давања по сопственој обавези. Настаје сад обрнуто питање: да ли се и дужнику може допустити да, без претходног споразума са повериоцем, испуни своју обавезу, а за то да тражи повишено давање од стране повериоца? Покушаји за развиће у овом правцу већ постоје у аустријском законодавству. Тако један законски пропис од 15. децембра 1919. године допушта осигуравајућим заводима да ради покрића својих повећаних административних трошкова ударају додатке на премије. За тим је узаконено 6. децембра 1919. године да друштва за издавање гаса и електрицитета могу, под извесним претпоставкама, тражити повећање цена, које су вишегодишњим уговорима о лифровању утврђене. Али ова су друштва под државним надзором и раде и у јавном интересу, тако да се не треба бојати злоупотребе овога права на једноставно подизање цена. Стога није допуштено ова специјална наређења аналого примењивати на приватно-правне уговоре сваке врсте, нарочито пак на такве, чија се садржина састоји у једном давању. Према томе дужнику не остаје ништа друго, него да повериоцу саопшти, да он неће да испуни обавезу под уговореним условима него само онда, ако му се призна одговарајуће повећање цена. Ако поверилац то одбије, онда је дужник ослобођен своје обавезе,

али не може изнудити веће давање од повериоца. На сваки начин од повериоца се сме тражити да на тако саопштење дужниково даде одређен и јасан одговор да одбија тражено повећање свога давања. Ако то пропусти учинити, па онда прими испуњење обавезе, онда ће за то морати платити и пригодну цену.

6. Друга погодна средства, која су овда онда прадлагана да би се избегло раскидање уговора, јесу: лиферовање друге робе у замену (*Ersatzware*) смањивање количине, која се има лиферовати, скраћивање отказног рока код уговора, који су на дуже време закључени, продужење рока испуњењу уговора и т. сл. Али сва ова средства служе више узимању у обзир праве немогућности него просте недостижности и тешко да имају велико поље примене под данашњим околностима, када је скоро увек у питању утицај скакања цена а не других препрека испуњењу уговора. Осим тога вреди за њих оно исто што је казано о праву лиферанта да тражи већу цену: сва ова олакшања за дужника не могу се наметнути повериоцу и за то могу довести до одржања уговора само онда, кад се странке сагласе о измени његове садржине; ако поверилац не пристане на измену, онда дужнику, који због недостижности неће да лиферује, не остаје ништа друго до одустанак од уговора.

7. Изузетак од горе под 6. реченог наступа по аустријском праву код оних уговора, за које је по закону од 4. априла 1919. године прописан нарочити поступак код судова за поравнање. Ови доносе, према § 4. закона, своју одлуку по начелима правичности. Суд може уговор сасвим или делимично раскинути или изменити, допустити одустанак уз плаћање одустанице или давање робе у замену, смањити давање или противдавање, као и накнаде штете, и т. сл. Ако се странке не подвргну одлуци овога суда, онда на редован суд прелази право да садржину уговора измени по начели-

ма првичности, коме се може поднети као мишљење предлог поравнања од стране суда за поравнање. Ово изузетно допуштење да се правни односи између странака уреде по нахођењу суда, још је један доказ више, да је суд у другим случајевима везан законом за од странака утврђену садржину уговора, да он може уговор одржати или раскинути, али не и изменити. У томе може често бити неправичности према повериоцу, на кога услед раскида уговора пада сва штета, која потиче из стања пијаце, по каткад може уз то бити још оштећен и дужник, који је учинио издатке за припремање испуњења обавезе, за које сада никакву накнаду не добија. Али и кад обе стране у поједином случају прођу без штете, ипак неиспуњење једног сразмерно великог броја уговора о лиферовању представља извесну штету за привреду. Расподела добара почива у нашем привредном уређењу на пуноважности приватноправних уговора; стога оно мора бити поремећено, ако испуњење ових уговора буде, у знатном обиму, сумњиво и несигурно. Није стога овде у питању само идеална вредност вере у уговоре, **него постоји и важан привредни интерес у томе, да се приговором недостижности цело наше уговорно право не избаци из колосека.** Необраћање пажње на идеалне вредности доводи, како то и иначе често бива, и у нашем случају на крају до материјалне штете. Стога се поставља питање: да ли нас обзир на општи интерес, који захтева што је могуће више одржање на снази уговора о расподели добара, не треба дотле да одведе да узмемо као опште правило оно првично право, које закон о судовима за поравнање судији само изузетно допушта? Ми мислимо да треба тако поступити и судију овластити да према приликама може и променити садржину уговора.

* * *

Из разлагања о претпоставкама оправдане недостижности и о дејству, које се њој има признати, потичу ове **руководне мисли**.

1. Променама околности после закљученог уговора признаће се утицај на испуњење уговора о лифровању само онда, кад би ово одвело до несношљивог оптерећења једнога уговорача, кад ово оптерећење није наступило сопственом кривицом и кад се промена околности приказује као последица кога непредвиђеног догађаја, који је произвео таку промену привредног стања, са којим уговорачи при закључењу уговора нису могли рачунати.

2. Ако ове претпоставке постоје, онда је оптерећена странка у праву да одустане од уговора.

3. Противни уговорач може погодним повећавањем свога противдавања одржати уговор у знаци; на против оптерећена странка нема права да за испуњење уговора тражи веће противдавање од онога које је уговорено.

4. Судија не може, према постојећем праву, изменити садржину уговора против или без воље странака; али жели је признати му променом закона ово право у случају где постоје под 1. наведени услови.

Резултат истраживања аустријскога писца у кратко се своди на ово: најстрожије испитивање претпоставка, под којима се може допустити ослобођење од примљене уговорне дужности — најслободнији положај судије при уређивању правног односа онде, где ове претпоставке постоје. Ако слобода овога уређивања лежи у правцу целисходног даљег образовања права, онда је јачање обавезне снаге уговора захтев за његово одржање. Ако не успемо да ову снагу опет утврдимо, онда са пропашћу поверења у уговоре, са пропашћу поштовања сопствене речи, срљају у пропаст и право и правни поредак...

* * *

Ми смо раније видели да по нашем грађанском законнику нема места примени *clausulae rebus sic stantibus* и да т. зв. „недостижност давања“ није исто што и немогућност давања услед које би, по § 912 грађан. законика, дужник био ослобођен обавезе.¹⁾

Међутим ни *de lege ferenda* не бисмо нашем законодавцу препоручили, изузимајући пре рата закључене уговоре, да пође трагом данашњег аустријског законодаваца. Јер закључци, до којих је дошао горе споменути писац, говоре против његове тезе да би обзирање на недостижност давања, услед које треба да наступи одустанак од уговора, имало да служи појачању вере у обавезну снагу уговора. Оптеретити судију да, под претпоставкама које је писац изнео, по оцени свију околности раскида односно мења садржину уговора због недостижности давања, значи, као што смо већ једном рекли у току овог излагања, тражити од судије скоро немогуће ствари. Да би судија могао правично решити ствар, требало би не само да је одличан правник, него и трговац и привредник, да познаје кретање домаће и светске трговине, тенденцију берза и валутне шпекулације.... Ако се странкама хоће да помогне, онда треба прво да оне саме буду обазриве. Паметан човек унеће, у данашње време, у уговор по својој иницијативи као услов изречан *clausulam rebus sic stantibus* што је могуће учинити и по нашем грађ. законнику (§§ 546., 13.). Како су у питањима ове врсте највише заинтересовани трговци и професионални предузимачи, то треба имати на уму да, бар у погледу на њих, вреди позната изрека *jura vigilantibus scripta sunt*. Ко је обазрив трговац, тај ће водити рачуна о привредним и валутним тешкоћа-

¹⁾ § 912. гласи: „Ако ствар једна опредељена, на коју се ко као дужник обавезао, случајно пропадне, престаје обавеза сасвим тако да ни у цени дужник ствар пропалу надокнадити дужан није“.

ма, па ће у уговору тежити да се и о томе поведе рачуна. Ко је необазрив, страдаће лично, али то може бити с једне стране корисно по елиминирање несолидних елемената из трговине, а с друге стране опомена за солидне елементе, да имају на уму и ризике трговине, а не само велику добит. Закони треба да имају, нарочито код нашег разузданог света и у овој нашој разграђеној земљи, где се тако много људи не боје ни Бога ни закона, и васпитно дејство. Један од начина за постизавање тога циља јесте и јачање вере у обавезност уговора, а то се постиже стриктном применом закона на испуњење уговора.

Гарантна писма.

У „Архиву за правне и друштвене науке“, књ. V. бр .2., саопштена је једна одлука шабачког првостепеног суда, оснажена Касационим Судом, која се односи на т. зв. **гарантна писма**. Чињенично је стање у овоме: Продавац је, приликом преноса свога непокретнога имања код суда на купца, изјавио, да је куповну цену примио у готову, јер је примио гарантна писма једне загребачке банке у износу куповне цене, са одређеним роком плаћања, те је то сматрао као готов новац, и зато није од купца узимао никакву исправу о дугу. Кад је стигао рок за исплату овог гарантног писма, банка је одрекла исплату са разлога што, вели, није добила довољно покрића од дужника, за кога је гарантовала. Шабачки суд није одобрио забрану на имовину банчину, коју је поверилац тражио, са разлога што поднесена писмена не могу бити доказ о постојању обвезе главног дужника по § 192. грађ. суд. поступка, пошто није ни поднет доказ да главни дужник ма шта дугује повериоцу. Па и кад би се узело да је у овом случају обвеза главног дужника потпуно доказана, ипак молилац нема права на тражену забрану, јер он ничим није доказао, да је наплату тражио од главног дужника, као и да је исти у немогућности да дуг плати, што условљава § 829. грађ. законика.

Као што се из представљеног стања ствари види, овде је у питању одговорност јемчева за исплату јемствованог дуга, или, другим речима, има ли јемац права на т. зв. *beneficium excussionis s. ordinis*, тј. право да одбије исплату јемствованог дуга све дотле докле претходно не буде тужен главни дужник и доказана немогућност наплате од њега — §§ 829. 830. грађ. зак. По нашем грађ. зак., као што се из наведених законских прописа види, јемац има права на тај *beneficium*, а тако је и по немачком грађанском законнику¹⁾, швајцарском²⁾ и француском³⁾ као и по црногор. и мов. законнику⁴⁾. По аустријском грађанском законнику⁵⁾ не тражи се да буде претходно тужен главни дужник, па да се може наплата од јемца захтевати, него да је на плаћање био **опомену**т, па дуг није платио. Поверилац, дакле, који тужи јемца, мора доказати да је опоменуо главног дужника на плаћање, а не и то да главни дужник није платио. (B. Krainz-Ehrenzweig, System des österr. allgem. Privatrechts, II. B. стр. 110)

Гарантна писма играју значајну улогу као врста банкарских операција, нарочито у овом послератном времену, и њихова употреба биваће све већа. По § 17. зак. о устројству трговачког суда закон сматра као трговачки посао свако делање или операцију банака. Према томе и јемствовање банака у виду издавања гарантних писама долази у посао трговачки и подлежи по тач. 2. § 16. за-

¹⁾ § 771. Јемац може одрећи исплату повериоца све дотле док овај није безуспешно покушао судску наплату против главног дужника (приговор претходне тужбе.)

²⁾ Art. 495.

³⁾ Code civ. art. 2021.

⁴⁾ чл. 457, 894.

⁵⁾ Аустриј. грађ. зак. § 1355. По правилу јемац може бити тек онда тужен, ако главни дужник на повериоцеву судску или вансудску опомену није испунио своју обавезу.

кона о устројству трговачког суда надлежности трговачког суда. У нашем трговачком законнику нема ближих прописа о овој врсти трговачког посла. Међу тим у законима других европских земаља не поступа се са јемствовањем у трговачким пословима по прописима грађанског законика, него постоје за то специјалне одредбе у трговачком законнику. Нарочито се јемцу у овом случају не признаје приговор претходне тужбе према главном дужнику. Тако по немачком трговачком законнику јемац, ако је јемство за њега трговачки посао, нема права на приговор претходне тужбе.¹⁾ Али може се **уговорити** да главни дужник има претходно бити тужен. По аустријском трг. законнику (чл. 281.) може поверилац такође тужити јемца и без претходне опомене главног дужника на плаћање. Исто тако и по хрватском (§ 270 чл. 3.) и босанском (§ 293.).

Да ли по нашем праву јемац, кад је за њега јемствовање трговачки посао, има права на приговор претходне тужбе (*beneficium ordinis*)? Одговор на ово питање требало би наћи у прописима нашег трговачког законика, као што је случај у другим законима. Међу тим ни наш трговачки законик ни закон о уређењу трговачког суда нема одредбе о томе. Али постоји **обичај трговачки** да банке редовно испуњавају обавезе своје из гарантних писама на просту презентацију писма, не чекајући, дакле, да буде прво главни дужник тужен, другим речима, сматра се у банкарском саобраћају као обичајна норма, да се банке одричу права на приговор претходне тужбе код гарантних писама. Питање је сада: хоће ли суд, у случају спора, попунити празнину трговачког законика,

¹⁾ § 349 тргов. зак. „Јемац нема права, ако је јемство за њега трговачки посао, на приговор претходне тужбе. То исто вреди, под означеном претпоставком, за онога који из кредитног налога као јемац одговара.“

нормом обичајног права, или ће тражити прописе грађанског законика да по њима спор пресуди? Ако би се ово друго узело у обзир, онда би био меродаван пропис § 829. грађ. зак., по коме „поверилац не може пре јемца тражити, док се не покаже да главни дужник није могућан платити“, према чему би банка као јемац имала права на приговор претходне тужбе.¹⁾

У нашем тргов. законнику нема прописа о томе: какву важност имају трговачки обичаји? У старом немачком трговачком законнику (од 1857. год.) био је пропис (члан 1.) по коме: „у трговачким законима примењују се, у колико овај законик (трговачки) не садржи никакве одредбе, трговачки обичаји, а кад њих нема опште грађанско право.“²⁾ Немачки писац трговачког права Heilfron (Lehrbuch des Handelsrechts, I. стр. 70.) сматра да је тиме било признато да трговачки обичаји допуњују (*praeter*) али не и да мењају закон (*contra legem*). Данашњи немачки трговачки, као ни грађан-

¹⁾ При овоме ваља имати на уму да ни јемчиво изречно (а још мање прећутно) одрицање од права на приговор претходне тужбе по нашем грађ. законнику не лишва јемца тога приговора. Јер је § 832. грађ. зак. који говори о јемцу и платцу, укинут тако да таква врста јемства у нашем законнику не постоји. Како је ова забрана овакве врсте јемства донесена и у јавном интересу (да се спречи лакоумно а тешко јемствовање), то странке својом вољом не могу изменити овај закон. пропис (§ 13. грађ. зак.) В. Д-р Л. Марковић, Грађански законик, објашњење код § 832. Аустријски грађан. зак. (§ 1357). и немачки (§ 773) допуштају установу јемца и платца, односно допуштају јемцу да се може унапред одрећи приговора претходне тужбе.

²⁾ У трговачком законнику за Босну и Херцеговину од 1883 год. члану 1. има ова одредба: „У трговачким стварима, у колико о њима овај закон не садржаје никаквих установа, примењује се трговачки обичај, а у недостатку тих обичаја опће грађанско право“. Иста одредба постоји и у хрватско-угарском трговачком законнику. (§ 1.) Види и § 291. босанског законика: „При просуђивању ваљаности и правне моћи чина и пропуста имају се у обзир узети навике и обичаји, који су примљени у трговачком промету.“

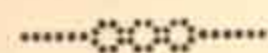
ски, законик, не садржи о томе никакве одредбе. Наведени писац ипак мисли да партикуларни трговачки обичаји немају значаја, међу тим да царевинско трговачко обичајно право има исту снагу као и царевинско законско право тако, да ово може бити тим обичајима како допуњено (*praeter legem*) тако и измењено (*contra legem*) ако су они доцнији.¹⁾ Спасоје Радојичић, у своме делу „Основи трговачког права“ (друго издање, 1920), вели: „Због тога се трговачки правни случајеви имају судити у првом реду по трговачком праву, т. ј. по трговачким законима или **и трговачким обичајима**, а по грађанском законнику само у колико дотични правни случај не би био потпуно обухваћен и уређен трговачким правом.“ И ми мислимо да суд треба при пресуђењу послова, који долазе у област трговачког права, да се прво обазире на прописе трговачког законика, па онда на трговачке обичаје, па тек онда на прописе грађанског законика. Јер као што се случајеви, регулисани грађанским закоником, по § 10. грађ. зак., имају расправљати по прописима грађанског законика, па онда „по познатом досадањем обичају“, тако ће се исто поступати и за случајеве из области трговачког права. Грађански и трговачки законик делови су једне правне области, приватног права, и како судија поступа при решавању правних случајева, који потпадају под грађански законик, тако има

¹⁾ И Dernburg, Das bürgerliche Recht I. стр. 80 сматра да „општи обичаји чине царевинско право чак и против објављеног закона“. О утицају обичаја на законско право види код истог писца наведено дело § 28. Питање је у теорији јако дискутовано. Школа природног права сматрала је само закон као нормален извор права. Са тога разлога аустријски грађ. зак., који је под утицајем те школе рађен, садржи одредбу § 10. у којој се вели: „на обичаје се може имати обзир само у случајевима у којима се закон на њих позива“. В. на. пр. §§ 389, 390, 501, 549, 1029, 1103. В. Unger, System des oester. allgem. Privatrechts I. § 5. Исто становиште заступљено је у француском грађ. законнику.

да поступа и код оних из трговачкога права који долазе под трговачки законик. Из овога следује да ће се у случају гарантних писама, издатих од банака, имати да утврди постојање норме трговачког обичајног права, по којој банка као јемац нема права на приговор претходне тужбе, па кад се то констатује, суд би осудио банку на плаћање и ако главни дужник није био претходно тужен за дуг. Међу тим како суд по службеној дужности не мора знати да постоји извесан трговачки обичај, него се то тек има у контрадикторном поступку пред судом утврдити, то је онај у почетку овог написа споменути случај, код шабачког првостепеног суда, правилно расправљен. Јер се овде тражила забрана на основу поднесеног гарантног писма, суд је о њој решавао без саслушања парничара, и није могао своју одлуку оснивати на норми трговачкога обичаја, чије се постојање тек имало да утврди.¹⁾

¹⁾ Случај, о коме је реч у почетку овога написа, могао је бити и другачије расправљен. Да је, на име, потражилац забране у жалби Касационом Суду поднео доказ о томе, (на пр. уверење трговач. коморе), да је норма трговачког обичајног права да банке исплаћују своја гарантна писма на просту презентацију истог, онда би Касац. Суд поништио решење првостепеног суда о одбијању тражене забране на основу § 323а грађ. суд. пост. и вратио ствар нижем суду да те доказе оцени (т.ј. да испита да ли такав обичај постоји) и ствар понова реши.

Ванбрачна мати и дете.



Кад ме је вредна Управа Материнског Удружења замолила да у корист Удружења одржим предавање, одмах сам помислио, да ће најбоље бити одржати предавање о предмету који стоји у најтешњој вези са циљевима Материнског Удружења.. Јер циљ је његов старање о оној новорођенчади, о којој се скоро нико не стара, а то су највећим делом ванбрачна деца.

У нас, у Србији нарочито, много што шта није као у другом свету. Па тако је и у погледу законодавства о ванбрачној матери и детету. Док се у другим земљама почињало од забране истраживања ко је отац ванбрачном детету, а завршавало са његовим допуштањем, дотле је код нас било обратно: године 1844., кад је био донесен грађански законик за Србију, допуштено је било истраживање ванбрачног очинства, али је 1868 године донесена измена § 130. грађ. зак., по којој се не сме истраживати и доказивати ко је отац ванбрачном детету. И тако је остало и до данас у 1925 години. У времену 1844 године, кад је број ванбрачне деце био врло мали, кад се питање о социјалноме значају ванбрачнога очинства није тако рећи ни постављало, могло се оно доказивати; данас кад број ванбрачне деце иде на хиљаде, кад је питање о значају толике ванбрачне деце постало социјални проблем, о коме се мора во-

дити рачуна, забрањено је истраживање ко је отац ванбрачног детета....

Са гледишта породичног и друштвеног морала, са гледишта добро схваћених државних интереса, који захтевају одржавање породице као основне друштвене заједнице и рађање брачне деце, најбоље би било кад би сваки младић, одмах по наступању полне зрелости, хтео и могао ступити у брак или кад би се могао полно уздржавати до момента ступања у брак, кад би сваки удовац и удовица хтели и могли одмах ступити у понован брак, или се одрекли полних односа, кад не би било неудатих женскиња, кад се ванбрачна деца не би у опште ни рађала, кад би дакле било само брачне деце. Онда би законодавац био ослобођен задатка да регулисава положај ванбрачне матере и детета. Али **глад и љубав**, два најмоћнија фактора људског живота, уз често оправдану немогућност ступања у брак, не воде рачуна о жељама законодавца и тако су се сви законодавци налазили пред фактом постојања ванбрачне матере и ванбрачног детета, и питање ванбрачног очинства морало је бити законски регулисавано.

Нећу вас замарати историјским разлагањем како су се разни законодавци држали према овом питању, али ће вас зацело интересовати да сазнате како данас поједина законодавства ово питање регулишу. Од европских законодавстава истраживање ванбрачног очинства допуштају ова: немачко, француско, швајцарско, ч-словачко, аустријско; угарско, пољско, финско, шведско, норвешко; данско; холандско, белгијско, шпанско, португалско, па и у нашој држави Срба, Хрвата и Словенаца, а у областима у којима важе аустријски и угарски приватно-правни закони (Хрватска, Словеначка, Војводина, Далмација) допуштено је истраживање ванбрачног очинства. За сада, али са сталном тенденцијом за поправком положаја ванбрачног де-

тета, није допуштено истраживање ванбрачног очинства у Грчкој, Румунији (старим крајевима), Турској и Луксенбургу.

Ми стојимо данас пред изједначењем нашег грађанског права. Које ће становиште заузети наш законодавац: хоће ли остати при систему србијанског грађанског законика, по коме се може истраживати отац ванбрачног детета само у случају кад постоје кривична дела **одвођења** женске особе (преваром или силом да се са њом венча или ванбрачно живи као и женске особе испод 15 година, макар и са њеним пристанком, без знања њених родитеља) или **силовања** или усвојити супротно становиште, примљено скоро од свију цивилизованих народа, да се у сваком случају може истраживати ко је отац ванбрачног детета? И одмах за тим имаће и наш законодавац да реши и друго не мање важно питање: хоће ли се ванбрачна деца у свему изједначити са брачном децом у погледу права према ванбрачном оцу и мајци и њиховим сродницима, нарочито у погледу породичног имена, наследног права и т. д. или ће им се дати нарочити положај?

Да би они, који о овом питању буду решава-ли, могли наћи најбоље решење, морају бити пре свега на чисто са тим да је питање ванбрачне матере и детета питање од велике важности. Јер у питању је огроман број ванбрачне деце у земљи, будућих грађана, чија судбина не може за државу бити равнодушна; у питању је такође огроман број ванбрачних матера, њихова будућност. Хоће ли од ванбрачне деце и ванбрачних матера држава имати корисне грађане или злочинце, разбојнике, проститутке, није од интереса само за дотичне индивидуе, него за целокупно друштво, које бива од неисправних грађана угрожавано. При томе ваља имати и то на уму, да се и модерна држава и друштво морају на неки начин старати и о ванбрачној деци и матерама и са гле-

дишта хришћанскога морала и хуманости, који не допуштају да та деца умиру као скотови, одбачена од својих матера, напуштена од својих очева.

Приступајући самом решењу питања мора се одмах мислити на то, да су овде у супротности четири разна интереса :детета, матере, оца и државе.

Ако се проблем посматра само са гледишта **детињих интереса**, онда би најприродније решење било да се са ванбрачним дететом поступа као и са брачним, да оно, дакле, и према оцу и према матери има иста права као и брачно дете. Али ту се природни закон истиче на супрот оваком поступању. Јер **зачеће** детета тајна је природе и док се о томе ко је мати детету увек може имати очигледног доказа, пошто се акт порођаја може видети, дотле је истинско сазнање о томе ко је отац детета увиђено у чулима нашим недокучљиву тајну. Код брачне деце законодавац се могао још у римском праву тиме што је изрекао да се за оца сматра муж матере, *pater est quem nuptiae demonstrant*, који то не мора увек бити. Он је, са гледишта закона, отац детета, а ако се, са гледишта природних закона зачећа, то не може утврдити онако као што се утврђује да је та и та женска мати детета. Постојање брака је јавно и у нарочито свечаној форми констатована животна заједница човека и жене, у којој се рађају деца. То што та заједница јавно констатована постоји, довољно оправдава гледиште да су у њој рођена деца од мужа матере зачета. Код ванбрачног зачећа нема тако сигурне полазне тачке, као што је брак, по којој ће се узети од кога је ванбрачна мати зачала, ко ће се сматрати као отац детета, кад се већ сам акт зачећа, као тајна природе, не може констатовати. И за то се код ванбрачне деце врло често дешава да се не може, ни посредним путем, утврдити чисто и јасно од кога

је мати дете зачала, па зато је тако дете у немогућности да према своме зачетнику остварује права која брачном детету према мужу матере припадају.

Интерес је матере да терете око издржавања и васпитања ванбрачнога детета подели са ванбрачним оцем. Али иста се тешкоћа и овде појављује. Често и сама мати не зна са киме је баш дотично дете зачала. И она може онда означити као оца баш онога од више наложника, који није отац детета, али који као имућнији може да издржава матер и дете.

Ванбрачни отац има интереса да се извуче од обавеза које ванбрачно очинство ствара. Он то може чинити или у уверењу да није ни отац детету и да онда није ни право да туђе дете издржава, а може то чинити, и ако верује да је отац, само зато што му је угодније и лакше да не прима обавезе на себе

Државни је интерес с једне стране да ванбрачна деца не пропадају ни физички ни морално, него да од њих постају ваљани грађани, а с друге стране опет да не прима на себе терете издржавања ванбрачне деце. Јер и држава, као и приватна лица, више воли да прима него да даје....

С обзиром на све ове тешкоће сасвим је природно што су у свима земљама била мишљења подељена о томе: треба ли допустити истраживање ванбрачнога очинства. Чак и у земљама где је законодавац то допустио има људи¹⁾ који тврде да је ипак најбоље решење Наполеоновог *Code civil*, који забрањује истраживање, и који налазе да сву бригу о ванбрачној деци треба оставити држави, и на тај начин олакшати положај ванбрачне матере. У Немачкој има писаца²⁾ који после искуства са немачким закоником 1897, који допушта

1) 2) Види: omforde, Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland, 1924.

истраживања ванбрачног очинства, отворено траже да се забрани истраживање а да се држави стави у дужност да издржава ванбрачну децу, која у Немачкој и сада, кад је истраживање допуштено, ипак мора да издржава велики број ванбрачне деце, за који се не може утврдити ванбрачно очинство, или чији су родитељи бедници, који ни за себе довољно не зарађују.

Ако разгледамо **разлоге**, који се износе **против** допуштања истраживања ванбрачног очинства, онда наилазимо прво на већ истакнути разлог да се не може утврдити ко је отац ванбрачном детету. Као што рекосмо **рођење** детета очигледан је факат, **зачеће** је детета тајна природе, која се — вели се — ни посредним путем са довољно сигурности не може утврдити. Због тога се, кажу противници истраживања, небрачној деци не чини неправда, кад им се не признаје право на тужбу за издржавање, јер не могу доказати основ из кога издржавање треба да потиче: очинство дотичног лица, против кога је тужба управљена. Ако се пак поставе претпоставке, да би се омогућио доказ очинства, онда то често води великим неправдама: подмеће се очинство човеку, који можда није отац детета, и товари му се дужност да издржава туђе дете. Уз то, вели се, придолази да се допуштањем тужбе за очинство потпомаже неморал. Отпорна снага женских према дражима неморала слаби се изгледом, да ће се ослободити бриге око издржавања детета, које је услед неморалног сношаја рођено. Тужба за издржавање ванбрачног детета наводи бестидне женске да се у времену зачећа детета подају неколицини мушкараца, па да онда од најимућнијег траже издржавање детета. Исто тако вршила би се изнуђавања и преваре према мушкарцима, позивајући се на њихову дужност издржавања. Даље поткопавао би се таквим парницама код судова домаћи мир и срећа многих породица већ жењених људи, стварали би се породични скандали, а безпрекорни људи, који

чак никаквог односа са ванбрачном матером нису имали, могли би бити изложени нападима бестидних женских и туђе деце. Није немогуће у једном морално посрнулом друштву да се и политички људи од стране политичких противника уплећу у парнице због ванбрачног очинства у циљу дискредитовања. Противно је, вели се, благонарављу допуштати скандале, који су везани са расправљањем таквих парница, нарочито кад се узме у обзир да у њима често до кривоклетства долази. Даље, огорчење које услед подизања тужбе за издржавање настаје између мајке и детета и туженога као оца, отежава, често, закључење брака између детињих родитеља. Ако се уз то узме у обзир велики број парница, који би настао услед допуштања тужбе за издржавање ванбрачног детета, као и с тиме везани губитак времена и трошак, и кад се с тиме упореди већином само незнатан резултат таквих тужаба за издржавање, то је онда паметније забранити истраживање ванбрачног очинства. Показало се даље да услед принципа (ранијег) француског права, које је садржавало ту забрану, број убистава ванбрачне деце и побачаја није се увећавао, док опет с друге стране повољни за ванбрачну децу прописи пруског општег земаљског права нису били у стању да спрече или смање број убистава ванбрачне деце. Принцип ранијег француског права није имао за последицу ни већу запуштеност ванбрачне деце. Утицај религије и морала доводио је дотле да је ванбрачни отац и без принуде потпуно испуњавао своје дужности. Шта више, кад би отац био по тужби осуђен на издржавање, он би сматрао да је плаћањем извесне суме ослобођен сваке даље дужности и према матери и према детету. Тврди се да би се савесни и религиозни људи и без тужбе заузимали за своју ванбрачну децу, кад би имали средстава за то, што се види и из великог броја добровољног признавања ванбрачног детета у земљама, где је важило раније француско право.

Али и ако се мора признати да истраживање очинства ванбрачног детета има извесних незгода, ипак су **разлози за допуштање** тога истраживања јачи, те су и побудили меродавна законодавства, па и француско (1912) године), да то истраживање допусте.

Стоји прво несумњиво да између ванбрачнога оца и детета постоји природна сродничка веза, из које следује за њега природна и морална дужност, да се и он стара за издржавање детета, а не да се сва брига због последица **и његовог** задовољства натовари матери, често такој бедници, која не може ни себе издржавати, или држави, т. ј. свима пореским обвезницима, па дакле и онима који већ имају да се старају о својој брачној деци. Нарочито се та дужност намеће кад је, као што врло често бива, ванбрачни отац имућан а мати сиромашна. Непризнавањем ове дужности издржавања право би се ставило у противност са законима природе и морала. Не може се признати, да је тачан приговор како се узрок ове дужности, очинство, не може доказати. Истина директан доказ очинства није могућан, али се исти зацело у највећем броју случајева може извести посредно: утврђивањем да је као отац означени мушкарац имао сношаја са мајком детета у времену које се поклапа са временом зачећа детета и да мати, у време зачећа, са другим мушкарцем није имала сношаја. Нека се остави на страну да није, по општим начелима о доказивању, довољно доказати прву чињеницу, и да је ствар као отац туженога мушкараца да противним доказом обеснажи ону чињеницу, из које се на први поглед изводи закључак о његовом очинству, доказавши са своје стране да је мати за време зачећа имала сношаја и са другим лицем. Баш и кад се изузму ретки случајеви изолирања матери, може се и у многим другим случајевима доказати да мати у време зачећа

није имала сношаја и са другима. Замислимо случај да је ванбрачно дете зачето у време вереништва матери са туженим мушкарцем, за којег је доказано да је имао сношаја са мајком детета. Замислимо даље да су мати и као отац тужени трајно ванбрачно живели, можда и заједнички стан имали. Али и у другим случајевима, који не показују тако јасно искључиви сношај матери са туженим, може се овај сношај доказати кад је мати веродостојна и доброг владања (на пр. кореспонденцијом између матери и туженога као оца).

Даље није тачан навод да се савесни људи сами старају о својој небрачној деци и без тужбе суду. Има и таквих људи, несумњиво, али је ипак чешћи случај не само у нижим него и у вишим друштвеним класама, да се после сношаја отац не стара ни о мајци ни о детету. Тако исто стоји и са тврђењем да допуштање тужбе за ванбрачно очинство потпомаже неморал и увећава број ванбрачне деце. Већи или мањи број ванбрачне деце зависи од економског стања у дотичној земљи, од друштвених назора, од моралног и религиозног васпитања, од домаћег васпитања и породичног живота, од материјалног положаја појединаца. Сразмерно мали број ванбрачних рођења доказ је о моралности дотичнога народа. Ако се тврди да недопуштање тужбе за очинство појачава отпорну снагу женскиња против дражи неморала, онда треба и то истаћи: да се опет недопуштањем тужбе појачава нападна воља мушкараца на женске, кад знају да за последице своје агресивности никоме не одговарају и да дете не морају да издржавају. На тај начин увећава се опасност да развратници, без страха, заводе беспрекорне девојке, нарочито из сиротнијег сталежа, варајући их лепим обећањима, закључењем будућег брака, или користећи се њиним бедним материјалним положајем, њином лакомисленošћу и разумљивом жудњом за лепшим животом.

Тачно је тврђење да судска истраживања ванбрачног очинства дају повода скандалозним процесима, да повлаче за собом и изнуђавања и преваре разне врсте од поквареног женскиња и да поткопавају породични мир и срећу. Али то не може, ма како било непријатно, да оправда забрану истраживања ванбрачног очинства, коме је циљ правном и моралном осећају одговарајуће право ванбрачног детета на издржавање. Незгоде које потичу из истраживања ванбрачног очинства труде се законодавства бар да ублаже, кад већ не могу да их сасвим отклоне, дајући права туженоме да доказује да је мати у време зачећа имала сношаја и са другим лицима. У осталом, расправљање питања о ванбрачном очинству врши се пред независним, колегијалним судом, за кога се претпоставља да увек схвата озбиљност ситуације, у којој се у оваким парницама налазе парничари, и да ће знати и умети да непристрасно пресуди о очинству само на основу свога уверења, црпљенога из целокупнога извиђаја.

С обзиром на горње разлоге огромна већина држава одлучила се да својим законодавством допусти истраживање ванбрачног очинства и да дужност издржавања ванбрачног детета натовари, поред матере, и мушкарцу, за кога се — у случају спора — судским путем утврди да се може држати за оца ванбрачног детета. Томе је најзад приступила 1912 године и Француска, земља већ класичне изреке: *la recherche de la paternité est interdite*

Зацело ће Вас интересовати и зато ћу Вам изложити како је питање ванбрачног патернитета регулисано у најновијим законима Немачке, Швајцарске, Француске. То нам може послужити као углед за наш будући грађански законик у погледу овога питања.

Немачки грађански законик од 1897. године у § 1717 прописује: „Као отац ванбрачног детета сматра се.... онај, који је с матером имао полнога

сношаја за време зачећа детета осим ако је у току овога времена и ко други имао са њом сношаја. Али ипак не узима се обзир онај сношај за који је, према околностима, очевидно немогуће да је мати дете услед овога сношаја зачала. Као време зачећа сматра се време од 180-тог до 302-ог дана од дана рођења детета, рачунајући 180-ти и 302-ги дан. Као што се из овога законскога прописа види, кад се за кога докаже да је, рачунајући од рођења детета у назад од 180-тог до 302-ог дана, имао полнога сношаја са матером детета, за тога се сматра да је мати дете са њим зачала, да је он отац ванбрачног детета. То време од 180-ог до 302ог дана од рођења детета, дакле 122 дана, то је време концепције, у то се време једнога момента дете зачело, и ко је у току тих 122 дана имао сношај са мајком детета, за њега се сматра да је отац детета. Али он може да се против те претпоставке бори, може са своје стране да докаже да је за тих 122 дана ванбрачна мати имала сношаја и са другим лицем, и ако то докаже, неће се сматрати за детињег оца. Допуштајући овај приговор више наложника, (*exsertio plurium consubentium*), немачки законодавац спречава да неваљале женске, које су за време могуће концепције детета имале сношаја са више лица, не изаберу да туже као детињег оца онога, који им се чини као најподеснији као најимућнији, а који можда у ствари и није детињи отац.

Швајцарски законик од 1907. године у чл. 307. прописује: да је мати ванбрачног детета овлашћена захтевати да се судским путем утврди ко је отац ванбрачног детета. А чл. 314. одређује да се за туженога мушкарца претпоставља да је отац ванбрачног детета ако се за њега докаже да је са мајком детета имао сношај у времену од три стотинитог до стоосамдесетог дана пре рођења детета. Међутим ова претпоставка отпада, чим се докажу чињенице које знатно доводе у сумњу очинство туженога. Швајцарски законик не допу-

шта тужбу за ванбрачно очинство, ако је мати била неморалног владања у време зачећа детета.

И **Француски законик** у чл. 340., који је измењен законом од 1912. године, допушта да суд може огласити кога за ванбрачног оца у овим случајевима: 1) у случају одвођења или силовања, кад се време одвођења или силовања подудара са временом зачећа; 2) у случају завођења помоћу недопуштених мановара, злоупотребе ауторитета, обећања брака или веридбе и кад постоји почетак писменог доказа; 3) у случају кад постоје писма или какво друго приватно писмено које потиче од мушкарца, за кога се тврди да је отац детета, и из којих се види јасно признање очинства; 4) у случају кад су онај за кога се тврди да је отац и мати детиња живели у јавном конкубинату за време концепције детета; 5) у случају да се лице, за које се тврди да је детињи отац, старало о издржавању и васпитању или припомагало у издржавању и васпитању детета у својству детињег оца. Међутим тужба за признавање ванбрачног очинства неће се уважити: 1) ако се утврди, да је мати детиња за време зачећа детета била неморалног владања или да је имала сношаја са којим другим лицем; 2) ако је лице, за које се тврди да је отац, било за време зачећа детета у физичкој немогућности да буде детињи отац било услед удаљености од матере или услед каквог догађаја.

Али најинтересантније је у овом погледу **норвешко** законодавство од 1915. године. § 6. закона од 1915. године прописује: Ако која женска ванбрачно затрудни, онда је она дужна, најмање на три месеца пре него што ће се породити, обратити се коме лекару или бабици и означити када је по њеном мишљењу остала у другом стању и ко је детињи отац. Њени наводи биће забележени и она ће их потписати, ако је могућно. Лажна изјава о оцу или суделовање у томе кажњава се новчаном казном или затвором до две године. Ако лекар

нађе да је она у другом стању, онда мора то одмах саопштити стараоцу њеног места пребивања. Ово саопштење мора садржавати извештај кад ће наступити порођај и шта је иста још саопштила. Лекари, бабице, који су у служби државној, општинској или болесничких каса обвезни су да ове дужности извршују, иначе бивају новчаном казном кажњавани. Дужност је родитеља, укућана и других лица у истим односима, који знају или сигурно морају знати да је која женска из њихове куће ванбрачно затруднела, да ту женску наговарају да учини горе споменуту пријаву. Иначе бивају за то кажњавани новчаном. § 7. закона вели: „Ако се мати пре порођаја обратила коме лекару или бабици, онда морају лекар или бабица, који су јој били од помоћи при порођају, позвати је да означи ко је отац детета. Ово означавање треба забележити и дати самој матери да га потпише ако може. Лекар или бабица дужни су што је могуће скорије да саопште порођај и име очево старатељу.“ Власт се даље стара да отац призна дете и да му издаје издржавање. Изради се прво решење, у коме се оцу, означеном од матере, ставља до знања да ће бити сматран за ванбрачног оца ако он то призна, а затим да ако неће да се сматра за детињег оца, да онда мора најдаље за четири недеље од достављеног му решења усмено или препорученим писмом тражити код суда матере одлуку (§ 8.). Суд ће онда пресудити да је од мајке означено лице ванбрачни детињи отац, ако нађе да је доказано, да је дотични са матером у таким односима био, да је по природном току ствари могао бити отац детета, и ако суд нема никаквих разлога сматрати да је мати на исти начин са којим другим општила, (§ 13.). Ако суд нађе да не може пресудити да је означени мушкарац отац детета, али се утврди да је с матером имао полног сношаја у време кад је она зачала, те би се по природном току догађаја могло узети да би и он могао бити отац, онда ће га осудити на плаћање издржавања за дете. Као што се види по норве-

шком закону може неко да буде осуђен издржавати ванбрачно дете само зато, што је полно општио са матером детета у време зачећа, и ако суд не може пресудити да је баш тај отац детета. Шта више по норвешком закону могу неколицина бити осуђени да издржавају исто ванбрачно дете само ако су у време зачећа његовог имали сношаја са матером детета.

* * *

Али тиме што би било допуштено истраживање ванбрачног очинства, још није решен и проблем **ванбрачног детета у породици с обзиром на оца и матер**. По нашем, србијанском, грађанском законуку **према матери** и њеној родбини ванбрачно је дете у сродству као и брачно (§§ 129, 131 грађ. зак.). Мати је дужна у првом реду старати се о ванбрачном детету. А такође и родбина материна. Отац пак само у случају кад је утврђено да је отац, дакле у случају одвођења или силовања и признања детета од стране оца — § 130. Али законско **наследно право** ванбрачно дете по нашем грађанском законуку нема ни према матери ни према оцу ванбрачном (ако је његово очинство утврђено у случају одвођења или силовања или је уписано по његовом пристанку у црквене књиге као његово ванбрачно дете). Тек кад би мати или отац **тестаментом** поставили за наследника своје ванбрачно дете, може и оно наследити, или кад постане то дете законито закључењем брака између његових родитеља. **Према оцу**, у колико је његово очинство доказано (у случају одвођења и силовања или признања од стране оца — § 130), дете ступа у сроднички однос, али не и према родбини очевој. По **Аустријском праву** такође ванбрачно дете не ступа у породицу очеву него само материну. Према матери и материним сродницима има ванбрачно дете исто право **законског наслеђивања** као и њена брачна деца. Али на заоставштину **очеву** и сродника с очеве стране немају небрачна деца право законског наслеђивања.

По **немачком** грађанском законуку не постоји сроднички однос између ванбрачног оца и детета, него само према мајци и њеној родбини: према мајци и њеним сродницима има ванбрачно дете исти положај као и брачно. Законско наследно право имају ванбрачна деца само према матери и њеној родбини. По **швајцарском** законуку ванбрачно дете ступа самим рођењем у сроднички однос према матери и њеним сродницима, а према оцу и његовој родбини кад отац дете призна или кад га суд огласи за оца детињег у случајевима кад је он обећао да ће ступити у брак с мајком детета или је злочиначким средствима издејствовао ванбрачни сношај са мајком или је према њој злоупотребио власт, коју је над њом имао. Ако је отац дете признао или га је суд у горњим случајевима за оца огласио, онда оно добија и породично име очево. У погледу **наследног права** према мајци и њеним сродницима ванбрачно је дете изједначено са брачном децом. Према оцу и очевим сродницима ванбрачно дете има законско право наслеђивања само онда, ако је признањем очевим или пресудом суда добило сталеж свога оца. Најдаље је отишао **норвешки** закон од 1915. године, јер он у § 3. прописује да деца, чији родитељи нису закључили брак, имају исто наследно право као и у браку рођена деца.

* * *

Ако се запитамо како би требало регулисати положај ванбрачног детета и матере у нашем новом грађанском законуку, ми мислимо да у првом реду треба допустити по захтеву матере истраживање ко је отац ванбрачном детету у свима случајевима ванбрачног рођења, а не само у случајевима силовања и одвођења женске, као што је по данашњем нашем грађанском законуку. Али, с обзиром на тајну природе детињег зачећа, треба допустити ономе, који је као тобожњи ванбрачни отац тужен, и **приговор више наложника**, т. ј. допустити му да доказује да је ванбрачна мати, у време зачећа детета, имала сношаја и са другим ли-

цима, у коме случају тужени, ако то докаже, не би могао бити оглашен за ванбрачног оца. Јер штитећи ванбрачно дете и матер, треба заштитити женске које су подлегле искушењу, љубави, оскудици или махинацијама ванбрачног оца, али не и оне које тргују својим телом, које лове мушкарце, и које и саме не знају ко је отац ванбрачном детету, него као таквог означају оног, који им се учини најпогоднији. Потребна је заштита и мушких према неваљалом женскињу. Међутим приговор да је још неко имао сношаја са ванбрачном матером у време зачећа не треба допустити ономе ко је са ванбрачном матером живео у конкубинату (трајној ванбрачној заједници), даље ономе ко је кажњивом радњом према женској успео да дође до ванбрачног сношаја са њом.

Према ванбрачном оцу, коме у сваком случају треба наметнути дужност да заједнички с матером издржава своје ванбрачно дете, дете треба да ступа у сроднички одношај али не и према очевој родбини. То би имало да буде само онда, ако отац призна дете или је са матером живео у конкубинату или кад је кажњивом радњом према женској дошао до ванбрачног сношаја са њом. И у погледу **наследног права** треба се држати истих начела: према мајци и сродницима материним ванбрачно дете треба да има иста права наследна као и њена брачна деца, према оцу и његовим сродницима само онда, ако је са матером живео у конкубинату, ако је ванбрачно дете признао или кад је кажњивом радњом према матери дошао до ванбрачног сношаја са њом, као и онда кад је матери обећао да ће са њоме ступити у брак. У свима овим побројаним случајевима ванбрачно дете у стицају са брачном децом свога оца да наслеђује у пола мање од брачне деце.

Правно изједначење свакога ванбрачног детета са брачном децом и према оцу и према матери, као

што неки захтевају, није могућно, јер ни фактички није једно исто да ли је дете рођено у браку, једној јавној, познатој и законом регулисаној животној заједници, која самим својим јавним постојањем показује ко се има сматрати за детињег оца, или је ван брака рођено. При томе не треба заборавити да држава, са гледишта одржања породице, као основе целокупном друштеном животу, не сме по последицама у погледу деце изједначавати брачне и ванбрачне, легалне и нелегалне, трајне и моментане заједнице између човека и жене, и да мора фаворизовати брак. Ако би се имало на уму само ванбрачно дете и ванбрачна мати, баш и кад је очинство утврђено, онда би и метресу требало сматрати као закониту супругу, ванбрачно дете као и брачно, али би онда брак као легална животна заједница био излишан. Мора дакле са гледишта закона бити неке разлике између законите жене и метресе, брачног и ванбрачног детета, и та разлика баш треба да подстиче и мушке и женске да ступају у брак, а не да ванбрачно живе. Што ће при тој разлици страдати ванбрачна деца — те је њихова неминовна судбина; њиховим потпуним изједначењем са брачном децом страдали би често законита супруга и брачна деца, а држава то не сме допустити, јер су јој пречи легална породица и породични мир њених грађана, брак као легална друштвена установа, него законом непризнате заједнице и ванбрачна деца.

Али ако држава не може увек признати ванбрачној деци и матери исти положај као брачној деци и брачној матери, може се и мора постарати да олакша положај ванбрачног детета и матери, нарочито у погледу издржавања ванбрачног детета и помоћи ванбрачној матери. Стога треба законом утврдити да је дужност државе старати се о ванбрачној деци, смештањем у нарочите заводе, или давањем издржавања за дете матери, а држава да има право накнаде према ванбрачном оцу. Систем,

по коме је општина дужна издржавати ванбрачну децу, која се нађу у њеном подручју, није добар, јер општине нису у стању да се како треба о томе старају. Чак ни београдска општина, као највећа, није у стању испуњавати дужности издржавања ванбрачне деце, а није ни право да она издржава ванбрачну децу и оних родитеља, који можда и нису житељи београдски, него су се моментано нашли у Београду у време детињег зачећа или мајке у време порођаја.

За ванбрачне матере држава је дужна постарати се да се могу бесплатно породити у државним болницама и породилиштима и ту пробавити потребно време пре и после порођаја. Ванбрачном оцу треба наметнути и обавезу да држави односно матери, ако се није у државном заводу породила, накнади трошкове око порођаја као и да даје материнужно издржавање за извесно време после порођаја.

Ако ове одредбе, које предлажемо за нови грађански законик, и не буду успеле да сузбију разврат, јер оне саме то и не могу учинити, ипак би оне имале бар то добро дејство да се учини правда према невиној ванбрачној деци, да се њихов материјални положај побољша, а тиме и њихово боље васпитање и спрема на самосталан позив у животу. Друштво и држава само могу добити тиме, што ће се мање ванбрачне деце и матера одавати пороку и злочину. Дужност је свију нас да у правцу побољшања положаја ванбрачне деце и матера у новом грађанском законик у радимо, ако сматрамо, као предавач, да данашње њихово стање, по грађанском законик у Србије, не одговара ни обзирима човечности ни добро схваћеном државном и друштвеном интересу. У циљу те пропаганде предавач и држи ово предавање, надајући се да ће и друге покренути да о питању ванбрачног детета и матере изнесу своје мишљење и са свију га страна расветле.

О укидању фидеикомиса.

1. У наследном праву постоје две установе: **фидеикомисарна супституција** и **породични фидеикомис**, или краће само **фидеикомис**. **Фидеикомисарна супституција** постоји кад год тестватор нареди да је наследник дужан пренети цело примљено наслеђе или неки део (квоту) истога, по смрти својој или кад други који непредвиђени догађај наступи, на друго које опредељено лице. Она се, дакле, састоји у постављању наследника, који треба да добије цело наслеђе или само извесни део (квоту) истога, али тек **после** неког другог наследника, који је на прво место позван да га заузме. Овај наследник, који први добија наслеђе, зове се претходни наследник (**Vorerbe**) или фидуцијар, а онај други наследник, који после њега и од њега има да прими наслеђе — панаследник (**Nacherbe**), **фидеикомисарни наследник** и чекалац фидеикомиса (**Anwärter**). (Види Ђорђевић, Наследно Право, 1904, стр. 45). О овој фидеикомисарној супституцији говори се у § 464. нашег грађанског законика, али не тако јасно и тако опширно као у његовом изворнику, аустријском грађан. законик у.¹

¹) В. мој превод аустријског грађан. законика §§ 608.—617. Тако § 608. гласи: „Завешталац може обвезати свога наследника да примљено наследство, по својој смрти или у другим одређеним случајевима, другега наменованоме наследнику уступи. Ова се одредба зове фидеикомисарна супституција. Фидеикомисарна супституција садржава прећутно у себи обичну.“

2. **Породични фидеикомис је имовина, која** има да прелази по наредби њенога власника (т. зв. осниваоца фидеикомиса) неокрњено и неотуђиво на његове или неког трећег лица потомке по реду, у сумњи док се не угаси колено и име. Тако се не-то зове и сама наредба. Циљ је овој установи одржање породичног сјаја. В. Krainz — Ehrenzweig, *System des österr. allgem. Privatrechts*, V издање I. св. стр: 549. У нашем грађанском зак: о породичном фидеикомису говоре §§ 465.—468. Аустријски је законик много опширнији о томе: в. §§ 618.—646.,¹ а значајна је разлика између нашег законодавства и аустријског, што се по аустријском грађанском закону (§ 627) „без нарочитог одобрења законодавне власти не може установити никакав фидеикомис“, док по нашем грађанском закону то није потребно.

3. По српском грађанском закону од 1844. године у начелу се забрањује фидеикомисарна супституција, а изузетно се допушта у случају који предвиђа § 464. грађ. законика, а који одговара прописима §§ 608., 609. и 616. аустријског грађанског законика.²) Ова фидеикомисарна супституција из § 464. има и после видовданског Устава о-стати у снази, јер се члан 38. Устава („фидеикомис се укидају“) односи само на породични фидеикомис (§§ 465.—468.) као установу различну од фидеикомисарне супституције.

Као што горе видесмо, установа фидеикомиса има да служи одржању породичног сјаја, и у земљама, у којима племство постоји, има да помогне одржању племићких породица. Али како се услед те установе велики комплекси најбољег земљишта извлаче из слободне циркулације, а уз то оснажу-

¹) § 618. гласи: „Фидеикомис (породични фидеикомис) јесте наређење, по коме је извесно имање оглашено за неотуђиво добро породично за сва будућа или неколика поколења.“

²) В. Ђорђевић у навед. делу, стр. 40.

је племство као аристократска установа, то је природно да јој демократске владе нису биле наклоњене. И чим је н. пр. у Немачкој, где су фидеикомиси били јако распрострањени, настала после светског рата влада демократије, у немачки устав од 11. августа 1919. године унесена је у члан 155. одредба: „фидеикомис ће се разрешити“. Поједине земаљске владе у Немачкој морале су овој наредби следовати и извести разрешење фидеикомиса. Тако се Пруска прво ограничила на то, да породицама нареди разрешење породичних добара, да им ово разрешење олакша и у томе надгледа, а за тим, ако се по овој наредби не би поступило, онда држава приступа принудном разрешењу. Што се тиче породичног фидеикомиса држава је чекала до 1. априла 1921. на њихово добровољно разрешење, а по том наступа принудно разрешење у смислу одредаба уредбе о принудном разрешењу породичног фидеикомиса од 19. новембра 1920. године, која у 42 параграфа регулише судбину фидеикомисног имања.¹

5. Разлози који су у другим земљама оправдавали установу породичног фидеикомиса, нису постојали у Србији у времену кад је доношен наш грађански законик (1844 године), па не постоје ни данас. Због тога није је требало ни уносити у грађански законик. Али како се фидеикомасом постиже обезбеђење будућих генерација осниваоца фидеикомиса, без обзира је ли он племићског или буржоаског порекла, то се она ипак дала разумети у Србији, земљи ситног земљишног поседа. И како се у пракси показало, да се од установе фидеикомиса није чинила велика употреба, нити је услед ње наступало нагомилавање имања у једној породици, то, гледајући само на Србију, није имало разлога ни укидати уставом породичне фидеикомисе. Међу

¹) Види: Modersohn, Die Auflösung der Familienfideikommisse. 1921. стр. 89 и сл. Sparr, Die Auflösung der Familiengüter in Preussen, 1921. стр. 62.

тим у земљама преко Саве и Дунава, које су раније припадале аустро-угарској монархији, има доста фидеикомиса, већином у несловенским рукама, и са тога разлога да се разумети укидање фидеикомиса, које Устав прописује.

На жалост законодавна се власт није постарала да донесе прописе, по којима ће се укидање фидеикомиса извршити. За то се и у Србији и у прекопавским крајевима наше државе поставља питање: да ли је уставотворац укинуо установу фидеикомиса само за у будуће с тим, да фидеикомиси, које је он затекао као већ конституисане, остају по начелу стечених права у снази, или су пак и ови фидеикомиси обеснажени? ¹ А за тим и питање: да ли се уставно наређење има схватити само као индикација за законодавца да нарочитим законом оствари уставну наредбу о укидању фидеикомиса, а док закон то не буде регулисао, да основани већ фидеикомиси остају у снази? ²

Касациони Суд у Београду стоји на гледишту, да је уставна одредба не само забранила оснивање нових фидеикомиса, него да је укинула и постојеће фидеикомисе, оснивајући то своје гледиште на члану 142. Устава, по коме по обнародовању Устава престају важити сви правни прописи који би њему — Уставу — били противни. Према томе престају важити и прописи грађанског законика о фидеикомису. И ми се слажемо с овим гледиштем, ма да признајемо тешкоће, на које наилази судска власт када има, у оскудици детаљних прописа, да разреши фидеикомисе који постоје. Држећи се овога гледишта, судови у Србији разрешују фидеикомисну везу и проглашују држаоце фидеикомисног имања за неограничене власнике истога. Међу тим судови у областима прекопавским сматрају да и поред уставног прописа постојећи фидеико-

¹) Види: Перић, Главне карактерне црте устава Краљевине С.Х.С. у „Мјесећнику“, бр. 11 од 1922, стр. 430, 431.

²) Види у „Архиву за правне и друштвене науке“ бр. 5. књ. V два случаја расправљена судовима у Србији.

миси имају да остану у снази све дотле, док се не поставе посебна правила о разрешењу фидеикомиса. И тако смо дочекали да су пре укинута фидеикомиси у Србији, у којој нису представљали никаку ни националну ни социјалну опасност, него у крајевима где је, са много разлога, требало што пре приступити њиховом укидању! И у овим крајевима они ће остати још дуже времена с обзиром на спорост законодавног тела, које би имало донети ближе прописе о начину разрешења фидеикомисне везе.

¹) Судбени сто у Вараждину, Хрватска, молио је Краљев-Бански Сто, у Загребу, за упутство „да ли се постојеће повјербе (фидеикомиси) имају уредити ради развргнути“. Бански Сто је молио Министарство Правде, у Београду, за наредбу како ће имати у реченом погледу поступати, јер Краљ. Бански Сто држи, да не може дати кр. судбеном столу у Вараждину никакве упуте на овај његов извештај и то из следећих разлога.

У §-у 38. Устава одређује се, да се фидеикомиси укидају. — Нити законодавна, нити која друга државна власт до сада ништа није одредила, шта има бити с повјербама, које услед ове одредбе Устава имају престати. — У грађанском пак закону нема никаквих прописа о том, како се имају разријешити повјербе, ако имају престати услед особите одредбе законодав. власти, јер се на тај случај престанка повјербе не могу примјенити ни § 644. о. г. з. који садржаје прописе о разријешењу повјербе, кад нема наде, да ће придоћи потомство позвано на повјербу, нити § 645, о. г. з., који говори о престанку повјербе, ако су изумрле свеколике позване лозе, а нема наде да ће бити потомака.

Овај потоњи случај јасан је и једноставан. Последњи посједник повербе постаје овде врховним и користовним властником повјербинске имовине и може код повјербенског суда тражити брисање повјербинске свезе у јавним књигама или издање и девинкулирање повјербенских задужница. — Разријешење па §-у 644 о. г. з. није тако јасно и једноставно. — Ова уставна додуше одређује, да су за разријешење повјербинске свезе потребне привола користовног властника и привола свих чекаоца, али нема никаквих прописа о том, кому има припасти повјербинска имовина, да ли посједнику повјербе или чекаоцима или једном и другом заједно, а ако им припада заједно у којем размјеру.

Бит ће оправдано мишљење, да се у том случају мора доћи до нагоде међу интересентима то јест међу посједником

6. Како судови према уставном пропису имају приступити разрешењу фидеикомисне везе,¹ а за сада немају изречних законских прописа, којих ће се при томе држати, то наступа велика тешкоћа како да се до тих прописа дође. Најприродније би било помоћи се законском аналогijом, то јест гледати како је законодавац регулисао сличне случајеве, па то законско правило применити и на разрешење фидеикомиса. На жалост у срп-

повјербинског добра и чекаоцима, а ако не дође до споразума да се онда повјерби не може ни разријешити.

Других установа о разријешењу односно престанка повјербе нема ни у грађанском законик у ни у изванпарбеном поступнику. — Нема дакле никаквих законских прописа, а нити аналогних прописа (§ 7. о. г. з.) по којима би наши судови могли поступати у случају, када повјербе престају услед одредбе законодавне власти, као што је то учињено у чл. 38. Устава

Дд судови узмогну поступати, требат ће најприје ријешити питање, кому ће повјербинско добро припасти као слободно власништво. Ту су могућа три случаја, наиме да повјербинска имовина припадне у слободно неограничено власништво само последњему посједнику повјербе, или 2) овому и свим чекаоцима заједно и 3.) не само посједнику и чекаоцима повјербе, него и осталим особама (н. пр. женски чланови), које додуше нису чекаоци, али би им по рдбинској свези припадало насљедно право.

У последња два случаја требало би уједно одредити и размјер, у којем ће интересанти судјеловати код раздиобе повјербинске имовине.

Ова питања не могу ријешити судови, јер немају за то како је већ речено, никаквих законских прописа, — Та питања мора ријешити друга државна власт и то по мишљењу кр. банског стола *законодавна власт*, јер се ради о промјени законом уређеног права насљедовања.

Такав закон има *предложиши Министар Правде* који је по чл. 142. Устава дужан старати се о извршењу његовом.

Док се не издаду прописи, по којему ће имати судови разријешити повјербе, имаги би повјербински судови по мишљењу кр. банског стола и даље *вршиши надзор над повјербинама, како су га вршили и до сада те обављали* и уредовања прописана у глави четвртој изванпарбеног поступника.

¹⁾ Јер се, с обзиром на § 120. кав. зак. не могу позивати на недостатак законских правила.

ском грађанском законик у нема ни регулисаних сличних случајева, те онда не остаје ништа друго него, с обзиром на особености појединог конкретног случаја, помагати се **правном аналогijом**, т. ј. из целокупног система грађанског законика створити правило, по коме би се дотични случај имао. расправити (§ 10. грађ. зак.) „Кад није случај прости празнине у закону, онда је судија дужан да сам створи норму за односни случај, за који нема правила. То је слободно тумачење. Судија у ствари сам конструише правило, трудећи се да оствари идеју правичности“. (Д-р Л. Марковић, Грађански Законик, примед. 3. код § 10).¹ Од велике помоћи при изналажењу тих правила биће судији ако буде стално имао на уму циљ, који је оснивалац фидеикомиса оснивањем хтео постићи. У највише случајева тај ће циљ бити да се прихотима фидеикомисног имања осигура издржавање особама, најчешће блиским сродницима осниваоца. И ако се, услед укидања фидеикомиса, тај циљ не може постићи у погледу будућих, још нерођених генерација, може се, зацело, постићи односно **савременика последњег држаоца фидеикомисног добра**. Та лица имају права на то издржавање, и уставна одредба није циљала зацело на то да последњег држаоца ослободи од тих обавеза. Према томе ослобођавајући држаоца фидеикомисног добра од фидеикомисне везе и стварајући за њега слободну својину, треба одржати у снази права сродника на издржавање, на давање мираза, помоћи за школовање и томе слично, а по потреби и осигурати их заложним правом и уписом у интабулационе књиге. Међу тим прости наде, оче-

¹⁾ У том смислу швајцарски грађански законик у § 1. садржи одредбу: „Ако се из закона не може добити никакав пропис, онда ће судија одлучивати по обичајном праву, а где ни тога нема, по правилу, које би он као законодавац поставио. При томе судија се инспирише решењима одобреним науком и јуриспруденцијом.“

кивања појединих породичних чланова нису још **права** и стога се на њих не треба обзирати. Исто би тако имале остати у снази и остале обавезе, које су, према трећим лицима, макар и несродницима, биле створене од оснивача у оснивачком писмену, и њих би последњи држалац фидеикомисног имања имао испунити и обезбедити. Нарочито то важи за добротворна и хумана удружења и задужбине, којима је оснивач фидеикомиса штогод завештао. Одржање ових обавеза лежи **и у јавном интересу** и уставотворац, укидајући фидеикомисе у јавном интересу, зацело није мислио да и њих укине. И ако услед укидања фидеикомиса имање постаје слободна својина последњег држаоца, из кога се његови повериоци могу наплаћивати, ипак све горе речене обавезе имају, у погледу измирења из фидеикомисног добра, да претходе његовим повериоцима.

7. Кад горе речене обавезе наследника фидеикомисног имања и даље остају у важности, и ако отпада фидеикомисно ограничење, онда је судија за неоспорна дела, у сваком случају тражења да се фидеикомисна имовина прогласи слободном од фидеикомисног ограничења, дужан поступити аналого члану 102. правила о поступању у неспорним делима, т.ј. позвати све оне који су у фидеикомисном имању, на основу завештања, заинтересовани да се до извесног дана са својим захтевима суду пријаве и да на одређено рочиште дођу. По свршеном извиђању а, евентуално, и после свршених парница, треба издати ново распоредно решење у смислу члана 126. тач. 3. правила о поступању у неспорним делима, у коме ће се изрећи да је држалац фидеикомисног имања слободан од фидеикомисне везе, али уједно и констатовати ко-

¹⁾ В. Sparr, у навед. делу, стр. 47.

је обавезе остају и даље на фидеикомисном имању у смислу онога што је горе већ речено.¹

8. У члану 38. видовданског Устава налази се у другој алинеји овај пропис: „Задужбине с опште корисним намењима признају се. Законом ће се уредити у којим случајевима могу бити промењени намена и предмет задужбине према измењеним приликама“. У завештањима, којима се стварају фидеикомиси, често се налазе одредбе да се фидеикомисна имовина завештава, у крајњем реду, држави или којој задужбини, кад нестане н. пр. потомака оснивача фидеикомиса. Кад се има на уму циљ укидања фидеикомиса, да непокретна имања слободно прелазе из руке у руку и да се у једној породици не нагомилавају непокретна богатства, онда је умесно поставити питање: да ли је уставотворац хтео да слободном својином последњег држаоца постане и она фидеикомисна имовина, која, у крајњем реду, има да припадне држави или којој признатој задужбини? Што год више непокретних имања доспе у државне руке, у толико је више држави могућно да или парцелисањем свога имања снабде земљиштем оне своје грађане који га немају или да га, као своју имовину, употреби на опште корисне циљеве. Ако има неке опасности по јавне интересе у томе, што ће се непокретна имања везати само за поједине породице, зацело те опасности нема ако се непокретна фидеикомисна имовина једнога дана нађе у државним рукама. То исто вреди кад фидеикомисно имање има да припадне којој задужбини. Кад држава признаје задужбине, јер су корисне по опште добро, онда може ли се узети да је она, укидањем фидеикомиса, који у крајњем реду имају да припадну,

¹⁾ В. и одлуку Касационог Суда од 29-III-1922 Бр 2458 у „Архиву“, књ. V бр. 5., стр. 360;

задужбини, хтела да их лиши једне имовине намењене задужбинским циљевима, а које она може, према измењеним приликама, законом променити? Ми сматрамо, дакле, да чланом 38. Устава нису укинута фиденкомиси, који у одређеним случајевима има да припадну држави или којој задужбини.

О изједначању мушких и женских сродника у законском наслеђивању*

Нема праве унитарне, јединствене државе без једног законодавства за целу државу за најважније животне одношаје. Прва брига свију државника при стварању држава из покрајина са разним законодавством била је: што пре унифицирати законодавство. Тако је радила Немачка при своме уједињењу, тако Италија, тако раде с успехом Чехословачка, Пољска, Румунија. И одиста стоји врло рђаво са државним јединством, кад се на пр. пресуде судова једне покрајине у држави сматрају као пресуде **иностраних** судова, кад се тражи њихово извршење код власти друге покрајине у истој држави.

Као што знате, у нашој држави важе шест разних законодавстава. Чим пређете из Београда у Земун или Панчево, ви сте под владом два разна законодавства, и ако живимо у јединственој, централистички уређеној држави. Једна аномалија, несумњиво, коју су увиђале и увиђају све наше владе од уједињења. И зато су се све владе и трудиле да се што брже сврше законски пројекти, који ће вредети за целу државу. По свима министарствима има маса израђених законских пројеката. Али, на жалост, ако су се све владе бавиле изразом

* Предавање у Правничком Удружењу 25. марта 1925. год

законских предлога, схваћајући правилно значај изједначења законодавства, није се довољно настојавало на томе да ти законски предлози постану законима. Наша Народна Скупштина је стерилна установа; законодавна функција њена скоро је сасвим престала. И ко зна, с обзиром на дезолатне парламентарне прилике, колико ће се још чекати да израђени законски пројекти постану **закони** и да у нашој држави Земун и Панчево у погледу законодавства једном престану бити **иностранство**....

Као и у другим министарствима и у Министарству Правде био је врло плодан рад у изради законских пројеката за целу државу. Израђен је кривични законик, закон о иступима, кривични судски поступак, закон о извршењу казне лишењем слободе, закон о уређењу судова, закон о судијама, закон о шеријатским судијама, о адвокатима, закон о грађанском судском поступку, закон о сузбијању корупције.

Успешно је рађено и на грађанском законнику. Готове су партије о облигационом праву, рачунајући ту и прописе о накнади штете причињене противправним делањем и закон о накнади штете причињене аутомобилом, а услед тога убрзаће се рад на изради трговачког законика, меничног и стечајног законика. Могли бисмо још сада, по примеру Швајцарске, имати један законик о облигационом праву за целу државу, а услед тога и један трговачки законик, за чиме се осећа велика потреба у трговачким и привредним круговима..:

Одмах после уједињења покренуто је питање о изради једног грађанског законика за целу нашу државу. Министар Правде, Г. Марко Трифковић, одредио је био једну комисију за израду законског пројекта. И Г. Министар Правде и цела комисија сложили су се у томе да се у циљу што бр-

жег доношења једног законика за нашу државу усвоји **хрватски** грађански законик, који је у ствари аустријски грађански законик од 1811 године, и да се у њему учине потребне измене, нарочито с обзиром на новеле за овај законик од 1914, 15 и 16 године. Ово је учињено и стога разлога што аустријски законик већ важи као позитивни закон у великом делу државе: Хрватској, Далмацији, Словеначкој, као субсидијерни закон у Босни и Херцеговини, као скраћен и рђав превод на српски у Србији, те не би наступиле велике измене у постојећем стању, а и зато што је аустријски законик законодавно дело првога реда и поред свију мана и недостатака.

Али и усвајање аустријског законика за целу државу има својих тешкоћа, а нарочито у погледу **наследнога права**, и комисија је одмах на те тешкоће наишла.

Тако по аустријском законнику, као у осталом и по другим европским законцима, **не постоји** при законском наслеђивању првенство мушке лозе над женском, нити првенство мушких сродника над женским, као што је то по грађанском законнику Србије и грађанском праву Црне Горе. Који ће се систем усвојити за грађански законик целе Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца? Хоће ли крајеви, у којима влада аустријски грађански законик, одбацити једнакост мушких и женских сродника при законском наслеђивању, и усвојити првенство мушке лозе над женском и првенство мушких сродника над женским, или ће Србија и Црна Гора усвојити једнакост мушких и женских сродника?

Зато је и редактор законскога наслеђивања за нови грађан. зак. Г. Ж. Перић, професор универзитета, упутио био једно питање приватно-правном одсеку сталнога Законодавнога Савета при Министарству Правде под 10. октобром 1921. године

и тражио одговоре, те да би могао изградити и дотичне законске прописе. Стални Законодавни Савет изразио је у томе погледу своје мишљење, и Г. Перић израдио је у томе смислу дотичне законске прописе. Али питање о законском наследном праву није само стручно правно питање те да би за његово решење било меродавно само мишљење једнога стручнога правничког тела. Оно се тиче широких слојева нашега народа, и зато је потребно да се за њ заинтересује што већи круг лица и о томе изрази своје мишљење. Са тога разлога ја сам мислио да о њему треба повести дискусију и у овом поштованом скупу, и зато сам се и одлучио да о њему говорим и дам могућности да и други о њему искажу своје мишљење.

У колико је мени познато, у српском делу нашега народа има врло мало бранилаца начела да у законском наслеђивању треба да буду изједначене мушке и женске особе. И у литератури о наследном праву преовлађује мишљење да је србијански законодавац добро урадио што је увео првенство мушких над женским у наследном праву. Године 1897. писао је пок. Јован Аћимовић у једној подужој студији „Кратак преглед наследнога права у Србији“, да се наш народ ове своје особине (првенства мушких над женским у наслеђу) и „данас чврсто држи и, вели, још се није чуо глас из народа да се ово стање измени.“ По уверавању Боггишића, Петрановића и других писаца и по западним крајевима нашега народа постоји као обичајно право првенство мушких сродника над женским. Из правне историје других народа знамо такође да је и код њих за дуго владало исто правно начело и да је данашња равноправност мушких и женских сродника у наслеђивању плод врло дугог историјског развитака...

Чиме се правда првенство мушких сродника над женским у нашем грађанском закону? Каже се,

прво, да то одговара правној свести нашега народа. И како законодавац мора да води рачуна о правној свести народа, то би ова неједнакост мушких и женских сродника у наслеђивању имала да се заведе у новом грађанском закону за целу државу. На овај аргуменат слободни смо одговорити да кад се говори „о правној свести народа“, треба имати на уму, да су се испитивачи те „народне свести“, готово искључиво мушкарци, при испитивању већином обраћали **мушком делу** народа и њега само о томе питали. Пошто у народ улази и **женски део** становништва, то је, у најмању руку сумњиво да ли би **данас** једна анкета у **целокупном становништву** по овом питању испала у корист првенства мушких над женским. **Друго**, вели се, да изједначење мушких над женским у наслеђивању води раздробљавању сеоских поседа, што је, опет, од штете по пољопривреду у једној претежној агрикултурној земљи као што је наша. И овај разлог није довољно убедљив. Јер, ако женска деца и женски сродници доприносе наслеђивањем на једнаке делове раздробљавању сеоских поседа, односећи, при удаји, своје делове у мужевљу кућу, она доприносе, истим начином, и повећавању сеоских поседа својих мужева, придодајући своје наслеђене делове као мираз мужевљем имању. У осталом и сама економска нужда при обрађивању земљишта стаје на пут и сувишном цепкању сеоских поседа. Ако је сеоско добро деобом при наследству постало и сувише мало, онда нерентабилност обрађивања тако малих парцела нагони власнике њихове да се погађају и да један другом, уз накнаду, уступи своју парцелу. Осим тога, ако је првенство мушких над женским у наслеђивању уведено зато да се избегне раздробљавање сеоских поседа, тај се разлог не може узети кад је у питању заоставштина, у којој нема непокретности,

него покретности: готовог новца, хартија од вредности, робе, намештаја и т. д.

Систем првенства мушких над женским, како је то начело спровео наш законодавац, чита је неправда, и против тога се буну и неразвијенији правни осећај. Као што знате то првенство иде код нас тако далеко, да не само **оца** наслеђују само мушка деца, искључујући кћери, него и **матер** наслеђују само синови, искључујући кћери њене, брат наслеђује сестру, искључујући сестре, стриц наслеђује синовца и синовицу, искључујући покојникове тетке по оцу и т. д. Једна кћи која је пазила и неговала своју стару мајку не може, по законском реду, да наследи матер, ако је син односно брат у животу! А по чему је син ближи мајци него кћи?

Каже се у том случају од оних, који хоће и оваку неправду да бране: та мати је могла тестаментом да изједначи у наслеђу сина и кћер, а кад то није учинила, онда је, вели се, хтела да буде онако као што закон прописује: да син искључи кћер из наслеђа. Али колико људи има у нашој средини, нарочито жена, које се одлучују да праве тестамент? Ако је у старом римском друштву било правило да скоро сваки грађанин прави тестамент, у модерном друштву, а нарочито у нашем, то је изузетак. Колико их има који знају законске прописе о наслеђивању? Ако се, са разлога правичности, узме да женске сроднике треба изједначити са мушким, онда им то треба признати и за законско наслеђивање, а тестатору оставити право да може дати првенство мушком сроднику над женским.

Из досадашњег разлагања могли сте се, господо, уверити да сам ја присталица гледишта једнакости мушких и женских сродника при законском наслеђивању. И оца и мајку треба да наслеђују и мушка и женска деца на једнаке делове. И брата

и сестру треба да наслеђују и браћа и сестре. Са истих разлога ту једнакост треба увести и код наслеђивања осталих сродника. Али, ако би се узело, да би ово према постојећем праву било и сувише радикална измена, онда за цело треба увести да **мајку** наслеђују и мушка и женска деца подједнако, а такође да **женску особу** наслеђују подједнако њени мушки и женски сродници. Чиме се може бранити одредба нашег законика: да мајку наслеђује син, искључујући кћер, или да сестру наслеђује брат, искључујући сестру? Или да сина, кад не остави потомство, наслеђује само отац, искључујући матер? Зар је љубав очева према сину већа од љубави матере према сину, зар је кћери ближи отац него мати? Зар су заслуге очеве у издржавању и васпитавању синова и кћери веће, него муке материне при рађању, неговању и васпитавању деце?

Али баш и да се узме да и **данас у 1925 години** наш народ мисли о праву наследства мушких и женских сродника као наши прадедови и прабабе из 1844 године, кад је донесен наш грађански законик, а у шта имамо право посумњати, ипак стоји за цело ова чињеница:

Наш је законодавац при доношењу одредаба грађанског законика о наследном праву имао поглавито у виду сеоску породицу, што је сасвим природно у земљи, где се огромна маса народа састојала из сеоског становништва, кад је дакле варошко становништво било по броју сасвим незнатно, а диференцијација класа такође врло незнатна. За те сеоске породице земља је била главни извор богатства, скоро једино средство за одржавање егзистенције. Тада се и могло водити рачуна о томе да се изједначењем мушких и женских сродника при наслеђивању не раздробљавају сеоски поседи. Али је данас друкчија ситуација. Поред сеоске породице, везане за земљу, постоје у нашој држави и многобројне варошке породице: трговаца, за-

натлија, индустријалаца, радника, чиновника и т. д. чија се имовина не састоји из земаља за пољопривреду, него из кућа, из готовог новца, хартија од вредности и других покретности. Те су **варошке породице** приближније варошким породицама на западу, где одавно већ постоји једнакост мушких и женских сродника у наслеђу, него нашим сеоским породицама. И ако правна свест народа и **данас** захтева првенство мушких над женским за сеоске породице, за цело не захтева то и за варошке породице. Отуда онда треба да постоје два наследна реда: **за сеоске породице**, где би се, ако се хоће, могло задржати првенство мушких над женским, и за **варошке породице**, где би се имала увести једнакост.

О овој разлици између сеоске и варошке породице водила је рачуна и комисија за израду пројекта новог грађанског законика, и, ослањајући се на њено мишљење, Г. Живојин Перић овако је редиговао прописе о законском наслеђивању:

Умрлога наслеђују његови сродници из законитог брака. Ови се сродници групишу у колена, којих има четири. **Прво колено** чине потомци оставиоца, **друго колено** његови родитељи (отац и мати) и њихово потомство: оставиочева браћа и сестре, **треће колено**: дедови и бабе оставиоца, како по оцу тако и по мајци и њихово потомство, стричеви, тетке и ујаци и њихово потомство, **четврто колено**: оставиочеви прадедови и прабабе како по оцу тако и по матери и њихово потомство.

Потомци оставиочеви први наслеђују и то најпре потомци првога степена, синови и кћери, а ако њих нема, онда унуци и унукe и тако даље. Примењује се право представљања, ако је који потомак умро пре оставиоца а оставио потомство.

У **градским** (варошким) **инокосним породицама** потомци истога степена наслеђују **на једнаке делове без обзира на пол**, у **сеоским инокосним по-**

родицама, ако међу потомцима истога степена има и мушких и женских (на пр. синови и кћери), онда ће се сва заоставштина поделити на онолико једнаких делова колико има свега тих мушких и женских потомака и сваком **женском потомку** даће се од заоставштине **половина** од онога што би му од заоставштине припало кад би био са мушким потомцима изједначен. Ако дакле има два сина и три кћери, онда се заоставштина подели прво на пет једнаких делова, пет петина, и свака кћи добија по $\frac{1}{10}$, а **синови** $\frac{7}{10}$, које они деле на једнаке делове. Ово вреди у сеоским инокосним породицама за сваки степен потомства.

Градска или варошка је породица она чији је домицил у граду (вароши), а сеоска је породица она чији је домицил у селу, према закону о административној подели земље.

Ако оставилац није оставио потомке онда наслеђују његови **родитељи** и њихово потомство (**друго колено**). Ако су оба родитеља у животу, и отац и мати, онда њима припада цело наследство на једнаке делове.

Ако су оба родитеља умрла, онда се цела заоставштина дели на једнаке делове међу заједничке потомке: браћу и сестре оставиочеви и по оцу и по матери, односно њихове потомке, без обзира на пол као и на то да ли је у питању инокосна градска или инокосна сеоска породица. Ако родитељи оставиочеви нису оставили заједничких потомака, већ је сваки од њих оставио само своје сопствене потомке, онда се заоставштина дели на два једнака дела, од којих ће један добити потомци очеви (браћа и сестре оставиоца по оцу односно њихово потомство) а други потомци матери (оставиочева браћа и сестре по матери) на једнаке делове, без обзира на пол и без обзира на то да ли је у питању инокосна градска или инокосна сеоска породица.

Кад је који од оставиочевих родитеља умро без потомства, онда сва заоставштина припада припада другом живом родитељу.

И у овом колену примењује се право представљања.

Кад нема ко да наследи из другог колена онда наслеђују сродници из **трећег колена**: деда и баба по оцу и деда и баба по матери. Заоставштина се дели на два једнака дела: један припада деди и баби по оцу, други деди и баби по матери. Једну половину дели на једнаке делове деда и баба по оцу, другу деда и баба по матери. Ако су они умрли, онда се њихови делови деле на њихове потомке, без разлике пола.

И у овом колену се примењује право представљања.

Кад нема сродника из трећег колена онда наслеђују сродници из **четвртог колена**: прадеде и прабабе по оцу и прадеде и прабабе по матери и њихово потомство по истим правилима која вреде за ранија колена.

Позакоњена деца познијим браком њихових родитеља наслеђују онако исто као и деца у законском браку рођена. Родитељи позакоњене деце имају на дечјој заоставштини исто право наслеђа као и родитељи брачне деце. **Милошћу владоца** позакоњено дете има законско право наслеђа према своме оцу (али не и према сродницима овога) само онда, ако је оно позакоњено на молбу очеву ради тога да би са брачном децом уживало једнака права законског наслеђивања према оцу.

Ванбрачна деца имају право законског наслеђивања само према ванбрачној матери и њеним брачним сродницима и то исто онако као и брачно потомство. **Ванбрачно дете**, ако нема потомства, наслеђује **само** ванбрачна мати; ванбрачни отац и сви његови сродници као и сродници матере искључени су.

Усвојена деца и њихово потомство наслеђују усвојоца као и брачна деца. Према сродницима усвојоца као и према супругу који није усвојилац, немају право законског наследства. Али усвојено дете и његово потомство имају право наследства према крвним потомцима усвојоца а и ови према њему. Усвојилац нема права законског наслеђивања према усвојеној деци и њиховом потомству.

Ако нико не наследи по горњим прописима, онда заоставштина припада држави.

За наслеђивање лица која умру у заједничком односу, донеће се нарочити прописи.

Као што сте из овога краткога прегледа видели, наследно право у пројекту новог грађанског законика води рачуна о начелу једнакости мушких и женских сродника бар у погледу инокосних **градских** породица. За потпуну једнакост и за инокосне сеоске породице, као и за једнакост у погледу наслеђивања заједничких лица, нема те једнакости, али је ипак боље него што је по данашњем грађанском законнику Србије.

У осталом како према истраживањима Богишића и других познавалаца наших сеоских породица и нема разлике између сеоске заједнице и сеоске инокосне породице, можда би најбоље било да се изради један нарочити закон за сеоске породице, којим би се одредило да се власником сеоског непокретног добра не сматра отац сеоске шире или уже породице (инокосне или заједнице), која на том добру живи, а ни сви чланови ове породице као сувласници, него само цела породица као **правна особа**. И тада би се, наравно, имали донети сасвим други прописи за наследно право у сеоским породицама; управо у погледу непокретних добара породице као правне особе не би ни било наслеђивања услед смрти оца поро-

дице, пошто би она као правна особа и даље по смрти оца, трајала. ¹⁾

Што се мене лично тиче, ја мислим да би се право законскога наслеђивања имало да заврши са сродницима из трећег колена, а, ако њих нема, да заоставштина припадне држави као општој народној заједници. И, збиља, ако још има разлога водити рачуна о сродству кад су у питању дед и баба и стриц и тетка по оцу, браћа и сестре од стричева и тетака по оцу, ујак и тетка по мајци, браћа и сестре од ујака и тетке по мајци, и њихово потомство, нема зацело разлога водити рачуна о сродницима из четвртога колена, изузимајући још само можда прадеду и прабабу. То се далеко сродство већ заборавило, ти су сродници, кад наслеђују, оно што Немци зову *lachende Erben...* Вођење рачуна при законском наслеђивању и о најудаљенијим сродницима оставиоца особина је аристократског државног уређења, што је врло лепо истакао А. Menger у своме чувеном спису *Das bürgerl. R. und die besitzlosen Volksklassen*, критикујући пројекат немачког грађан, законика где је ово начело неограничености степена сродства усвојено.

Али о још једној околности мора се водити рачуна код регулисавања законског наслеђивања. Има читавих крајева у нашој држави, где је једнакост мушких и женских у наслеђивању *communis opinio*, не само по прописима позитивнога права, него и по схватању самога народа. Народна правна свест, о којој се толико води рачуна у Србији, баш захтева у Словеначкој и Војводини, а можда и у још коме крају наше отаџбине, да се новим грађанским законом не дира у ту једнакост женских са мушким. Ако би се и за те крајеве увело оно, што сада у томе погледу вреди у Ср-

¹⁾ Тако и Dr. J. Strohal, O zakonu kojim bi se jedinstveno uredili imovinsko-pravni odnošaji Seljačkog Stališa u Hrvatskoj, Mjesečnik, 1905. стр. 497.

бији, онда би то за њих било једна *reformatio in re-jus*, коју сваки законодавац мора избегавати. И ако се са изједначењем мушких и женских у Србији не би успело, онда би нови грађански законик имао садржавати двојаке одредбе: једне за Србију и друге крајеве, где народна правна свест, како се тврди, захтева првенство мушких над женским, а друге за оне крајеве, где та једнакост сада постоји и где би и даље имала остати. У томе би случају имали т.зв. **покрајинско право**, а меродаван би био домицил *de cuius*-а у време његове смрти или који ранији домицил његов. Наравно да би таквим двојаким одредбама за наследно право грађана једне исте државе мисао народнога јединства нешто пропатила, а што би се избегло кад би се усвојило једино правично начело: да у наследству буду изједначени мушки и женски сродници...

Али, господо, последњу реч при регулисању наследнога права неће, наравно, имати комисија за израду пројекта грађанскога законика, него влада и Народна Скупштина. Њих треба убедити о томе да је изједначење мушких и женских сродника, при законском наслеђивању, како је комисија предложила за нови грађански законик, једна друштвена потреба и једно задовољење принципа правичности, који мора бити основа и нашем законодавству. Зато је потребно да се о овом питању чује и реч једне тако угледне и стручне установе, као што је наше Правничко Удружење. На овом тако лепо посећеном скупу има правника, који су много боље него предавач упознали живот нашега народа и његове обичаје и његову правну свест, вршећи разнолике службе у средини његовој. На њих ја апелујем, да учешћем у дискусији а, евентуално, и писањем у дневној и стручној штампи, изнесу своје мишљење и, на тај начин, допринесу оном убеђивању меродавних фактора, који ће одлучивати о новом грађанском законiku. А

треба да се чује и глас наших разних женских удружења, као најпозванијих заштитника нашега у грађанском праву толико запостављеног женског света. „Прегатоу Бог помаже,“ каже народна изрека, и стога је оправдано надати се да ће и прегаоштво нашег интеллигентног женскиња уродити плодом и у погледу изједначења у наследном праву друге половине рода људскога... Срећнији и од нас Срба практичнији народи, полазећи од једнакости жена у приватном праву као давно већ уклоњене чињенице, признали су жени грађанки и у јавном праву иста права као и грађанима. Јер велики светски рат, у коме су и жене суделовале, мучећи се на дому као и њихови мужеви, синови и браћа на фронту за одржање народне егзистенције, истакао је проблем равноправности жене са човеком у први ред друштвених питања. Имајући од нас развијенији осећај за социјалну правду и друштвене потребе, у којима је позвана и друга половина рода људског да суделује, од нас напреднији и зацело и практичнији народи нису се устручавали да од жене створе грађанку. И нису се ради те равноправности покајали. У нас, на жалост, о јавним правима жена још не може бити говора, ма да би, по мом дубоком уверењу, мизерија нашег политичког живота била у многостручно рашишћена, кад би у њему суделовао и реални смисао жена за потребе практичнога државнога живота. Али ако о политичким правима жена не може, за сада, бити говора, ништа нам не стоји на путу, да у приватном праву изједначимо жену и човека.

Последице недоласка тужениковог на рочиште.

1. Од имаоца једнога права зависи хоће ли употребити или не употребити своје право (§ 22 грађ. зак.). И за то од њега зависи и то хоће ли се ради заштите свога повређенога права суду за заштиту обратити. Према томе ствар је тужеће хоће ли се подизањем тужбе отпочети грађанска парница (§ 3 грађ. суд. поступка, у коме се вели: „где нема тужитеља, не може бити ни суђења“). Али питање се поставља: може ли бити суђења услед неактивности туженика, кад он неће на тужбу да одговори, кад неће на одређено, за суђење рочиште да дође?

У римском т. зв. формуларном поступку недолазак туженога пред судску власт (т. зв. поступак *in iure* пред претором)¹⁾ кажњаван је као непослушност, и тужени тиме принуђаван да пред власт дође, а недолазак пред судију — грађанина, кога је претор одређивао да парницу пресуди (*iudex* - а, поступак *in iudicio*), имао је ту последицу, да се суђење изводило са самим тужиоцем, који је могао уверити судију о својој праву, и на тај начин доћи до повољне за себе одлуке. У старом немачком и старијем канонском праву тужени је принуђаван казнама, екскомуникацијом, одузимањем имовине да се упусти у пар-

¹⁾ Пред којим се имало утврдити има ли места заснивању спора и о којим чињеницама тужилачке и тужене стране има *iudex* — грађанин судија -- по налогу претора парницу да пресуди.

ницу.¹⁾ Доцније се установила фикција да се сматра као да је изостали туженик дошао на суђење, да није истина никакве приговоре на тужбу чинио, али да је тужбено потраживање и тужбена факта **оспорио**. На тај начин могао је тужилац доћи до пресуде у своју корист, ако би пред судом доказао чињенице, на којима своје право оснива (принцип негативне литисконтестације). Овакав је систем несумњиво био бољи, али је, по мишлењу извесних писаца,²⁾ оптерећавао тужиоца једном излишном дужношћу доказивања, пошто туженик, који је уредно позван и могао доћи на суђење, не би изостао кад би био уверен да тужилац нема права. Отуда је под утицајем саксонског права усвојено у немачком,³⁾ а у неколико и у аустријском грађ. суд. поступку,⁴⁾ да се сматра да изостали туженик **признаје** тужбене наводе (принцип афирмативне литисконтестације) те их тужилац не мора доказивати.

¹⁾ И по старом српском праву употребљаване су против туженога, који није хтео доћи по позиву на суђење, принудне мере да на рочиште дође (Види Ст. Новаковић, Удава или апшење за дуг, Бранич 1892. стр. 14).

²⁾ B. Pollak, System des oesterr. Zivilprocessrechts I стр. 464.

³⁾ Немачког грађ. суд. пост. § 331 гласи: „Ако тужилац предложи да се против туженога, који није дошао на рочиште за усмену расправу, изрекне пресуда изостанка онда ће се фактички усмени наводи тужиоца сматрати као признати. У колико они оправдавају тужбено захтевање пресудиће се по њему. У колико то није случај, тужба ће се одбити“.

⁴⁾ Аустријског грађ. суд. пост. § 396 прописује: „Ако тужилац или туженик изостану са првога рочишта, онда ће се фактичко тврђење, што га у погледу предмета правнога спора изнесе странка, која је дошла, држати за истинито у колико не буде оповргнуто доказима, који су пред судом, те ће се на тој основи по предлогу странке која је дошла и тужбеном захтеву одлучити пресудом због изостанка.“ И у угарском грађ. суд. поступку од 1911 године налази се наређење: „Ако туженик не дође на рочиште за парничење, онда ће он, по предлогу тужиоца, бити пресудом осуђен сходно захтеву тужбе“.

2. Какве су последице недоласка тужениковог на рочиште по нашем законик? Ми апстрахујемо случај, да је тужени, у смислу §§ 130 и 131 грађан. суд. поступка, тражио и добио одлагање рочишта, и задржавамо се на томе, да се одређено рочиште, на које је тужилац дошао, има одржати. Хоће ли се у овом случају чињенице, на којима тужилац своје право оснива, сматрати као доказане самим недоласком туженика или ће их тужилац морати доказати? Мислимо да овде треба прво направити ову разлику: је ли туженик одговорио на тужбу и у одговору оспорио наводе тужиоца или није.

а) **Туженик је одговорио на тужбу.** У свом одговору на тужбу туженик може или порећи да стоје наводи тужиоцеви, или навести који приговор противу тужбених навода. У оба ова случаја постоји оспоравање навода тужиоцевих, којима је циљ да туженик буде осуђен да задовољи захтев тужиоцев, и због тога тужилац мора доказати своје наводе с обзиром на § 178. грађ. суд. поступка, по коме „парничар треба да докаже збиља, на којима оснива своје право.“ Недоласком туженога на рочиште, тужилац се не ослобођава дужности, да доказивањем убеди суд у истинитост својих тврђења, али положај тужиоцев у толико је повољнији, што туженик губи она права, о којима је реч у § 140, на име: што туженик не може бирати вештаке и против оних, које је противна страна изабрала, изузећа чинити, те ће тужилац моћи изабрати два вештака (ал. 5, § 248), што не може чинити изузећа противу форме и уредности исправе, коју је тужилац поднео, те ће се исправа, ма да не одговара свима законским прописима, ипак сматрати као уредна,¹⁾ што не може чинити изузећа противу поузданости тужиоцевих сведока,

¹⁾ Овај законски пропис није довољно јасан. Тиме што туженик није дошао на рочиште, он губи право „чинити изузећа“.

што не може доказивати да је тевтер неуредан, те ће се тужилац на њега моћи позивати баш и да је у ствари неуредан, што ће се узети да је главну заклетву повратио тужиоцу. Ако је туженик у одговору на тужбу поднео доказе за одбачај или одлагање парнице (§§ 107 и сл.), онда је суд дужан, и ако туженик није дошао на рочиште, да те доказе оцени и онда одлуку донесе. Пошто је тужилац присутан на рочишту, то он може тужениковим наводима чинити приговоре, дакле оспоравати њихову истинитост, и онда они, као оспорени, неће се при решавању по § 178 сматрати за истините, него њихову истинитост треба доказати. У колико се у одговору на тужбу туженик за доказ својих навода, којима поткрепљује своје приговоре, позвао на сведоке (§ 107) суд ће их, ако су дошли, саслушати, (§ 171) и исказ њихов оцени слободно (§ 213). Због недошавших сведока рочиште би се имало одложити и друго ради њиховог саслушања одредити. (§§ 173, 239). И поднесене исправе од стране туженика за доказ својих навода, суд ће оценити, при чему може ово наступити: да тужилац поднесену приватну исправу од-

веће противу форме и уредности исправе“. Значи ли то да ће суд свако писмено, које тужилац поднесе, сматрати као исправу са оном доказном снагом, коју исправе имају, зато што је туженик недоласком на рочиште изгубио право да чини изузеће противу форме и уредности исправе? Очевидно је да то законодавац није мислио. Ако на поднесеном писмену нема на пр. потписа издатеља, или оно потиче од ненадлежне власти, онда нема ни исправе. Писмено дакле мора испуњавати битне захтеве, који се за важност исправе траже, па да се оно може примити као доказно средство. То што се у § 139 вели да недошавши парничар губи право чинити изузеће противу форме и уредности исправе, може значити само то да ће суд услед недоласка парничара на рочиште сматрати као пуноважно доказно средство и ону исправу, која би имала мањих недостатака, а који би јој одузели доказну снагу, да је противник учинио приговор на њу. На. пр. облигација коју би дужник само потписао, узела би се као потпун доказ противу њега, кад он не би дошао на рочиште и тиме изгубио право да чини приговор против њене уредности (§ 192).

рекне, и онда туженикова чињеница, за чији је доказ исправа поднесена, остаје недоказана, пошто је по § 189 подносилац дужан доказати њену истинитост. Како он није дошао на рочиште, суд, због одрицања исправе, неће застајати са извиђањем парнице, него ће сматрати да чињеница није доказана, и пресудити парницу без обзира на њу. Само ако би се приликом оцењивања исправе појавило које кажњиво дело парничара, а од ислеђења овога дела и пресуде зависило би решење грађанског питања, суд ће од даљег извиђања и суђења парнице престати и отпочети криминално извиђање против кривца (§ 174). За случај да је туженик за доказ својих навода у одговору на тужбу поднео јавну исправу, њу ће суд у смислу § 188 узети као потпун доказ. Ако тужилац пориче њену истинитост, онда се појављује кривично дело, и тада према § 174 треба застати са грађанском парницом, док се кривично питање не расправи. Ако би туженик поднетим доказима у одговору на тужбу довео своје наводе до велике вероватноће, суд му може досудити допуњавну заклетву (§ 291.). Главну заклетву, коју би туженик у одговору понудио тужиоцу за доказ својих приговора, дужан је тужилац да прими или да поврати или да у смислу § 287 противно наводу туженога докаже.

Из свега овога излагања излази да по нашем закону тужилац мора доказати чињенице, које је навео ради оправдања тужбеног потраживања, и ако туженик није дошао на рочиште, само ако их је овај у одговору на тужбу оспорио.

б). **Туженик, који није дошао на рочиште, није на тужбу одговорио.** По § 106 тужени је дужан у течају одређеног му рока на тужбу потпуно одговорити и навести све оно што му за одбрану служи. Али закон не прописује санкцију овом наређењу сем оне у § 107 за случај да тужени не наведе који му је сведок болестан или стар да не може доћи суду, јер тада неће моћи на рочишту захте-

вати да се сведок код куће испита, за тим кад не поднесе у одговору доказе за одбачај и одлагање парнице: „јер иначе неће моћи то на рочишту тражити.“ Шта ће дакле постићи туженика, који није ни на тужбу одговорио ни на рочиште дошао? Ако тужилац не тражи да се због тога рочиште одложи (тач. 2. § 137), приступиће се извиђању, и недолазак туженика, који само губи права из § 140, неће ослободити тужиоца да докаже своје наводе, који ту дужност има по општем правилу из § 178 да је парничар дужан доказати збића, на којима своје право оснива. У § 178 истина после овог општег правила додаје се „иначе она (збића), у колико од противне стране буду оспорена, неће се при решавању спора сматрати за истинита.“ По овоме би изгледало, аргументом а *contrario*, да, у колико факта нису оспорена, да ће се за истинита сматрати. И како туженик није дошао да их оспори, то би се тужиочева факта имала сматрати за истинита, и он би био ослобођен дужности доказивања. Међу тим овако резонување не би било тачно. У нашем поступку нема изречног прописа, да ће се, услед недоласка туженика на рочиште, тужилачка факта сматрати, без доказивања, за истинита, какви прописи постоје у немачком и аустријском закону, као што смо горе изложили. Последице недоласка туженика на рочиште специјално регулише § 140, а у њему нема одредбе о томе, да ће се услед тога тужилачка факта сматрати за истинита. Парничар је у опште ослобођен да доказује факта ноторна, факта за која постоји законска претпоставка да су истинита (§ 179) и факта која парничарев противник призна пред судом да су истинита (§ 180). Према томе и кад туженик не дође на рочиште остаје у важности правило *actori incumbit probatio* (§ 94 тац. 3.). У осталом, да је тужилац дужан убедити суд доказивањем у истинитост сво-

јих наведених чињеница, види се и из § 171, по коме „ако која парнична страна на рочиште не дође суд ће ону која је дошла и дошавше сведоке преслушати и пресуду изрећи.“ Ови дошавши сведоци могу бити тужиочеви или туженикови (за случај да се он у одговору на тужбу на њих позвао). Њих ће суд саслушати, и ако која парнична страна, па дакле и туженик, не би на рочиште дошла. Међу тим законодавац не би прописивао да се сведоци у овом случају испитују, да је усвојен систем ослобођења тужиоца од дужности доказивања за случај тужениковог изостанка од рочишта. Зашто би се тужиочеви сведоци саслушавали да потврде наводе тужиочеве, ако би се ови самим недоласком туженика за истините сматрали? Из свега овога види се, да по нашем закону недолазак туженика на рочиште значи то исто што и изречно оспоравање тужилачких навода на рочишту, дакле прећутно оспоравање, а чим има оспоравања парничних навода од стране противника, наводи парничара не сматрају се за истините и он их мора доказати (§ 178).¹⁾

По § 159 „сваком парничару слободно је обстојатељства која је навео, попунити, исправити и поткрепити.“ Према томе тужилац може у погледу свога захтева навести нове чињенице и поднети нове доказе на рочишту, на које туженик није дошао. Те нове наводе и нове доказе суд не може узети у оцену, док се са њима не упозна туженик, коме се на основу начела обостраног саслушања мора дати прилика, да се о њима изјасне (§ 161).²⁾ Он у погледу ових нових навода и доказа не губи ни она права из § 140., јер и да је дошао, положај тужиочев не би био бољи; рочиште и тада

¹⁾ У овом смислу и одлука Касационог Суда од 19. 1. 1909. Бр. 679. В. Никетић, Грађански Судски Поступак, стр. 75.

²⁾ У овом смислу и одлука Касационог Суда од 13. марта 1907. Бр. 2684. В. Никетић, Грађански Судски Поступак, стр. 68.

имало би се одложити по захтеву туженика (§§ 160, 137). За то се оно и у овом случају, кад туженик није дошао, има одложити, и наведене нове чињенице, као и поднесени нови докази, доставити туженику на одговор у смислу § 104.¹⁾

3. Туженик, који није био дошао на рочиште, и против кога је пресуда изречена, има по нашем закону ова средства противу пресуде:

а) Туженик је до дана рочишта или на сам дан рочишта (§ 127) јавио суду, подносећи доказе или обећавајући заклетву, да услед важних узрока, без своје кривице, не може на рочиште доћи ни пуномоћника послати, и тражио одређивање другог рочишта (§ 130). Ми смо претпоставили у горњим излагањима да суд није овај захтев уважио, него одржао рочиште и пресуду изрекао. Против ове пресуде може туженик изјавити правно средство (§ 133), по прописима, који за то вреде (глава VII и VIII грађ. суд. пост.) и у њему жалити се и противу тога, што му рочиште није продужено. Ако виши суд нађе да је имало места продужењу рочишта, наредиће првостепеном суду да одреди рочиште. У том случају туженик има и она права, која је изгубио био, што на раније рочиште није био дошао (§ 140), јер услед оправданог изостанка са рочишта уништава се пресуда и њене последице (§ 141) и ствар се враћа у стање пре рочишта. Он дакле може чинити све оне приговоре, које услед недоласка на раније рочиште није могао чинити, и, с обзиром на § 159, може своје наводе попунити, исправити и поткрепити, па и нове доказе поднети, услед којих може доћи до одлагања и овог рочишта у смислу тач 3. § 137, ако дакле тужитељ неће на њих одмах да одговара. Ако виши суд нађе да је захтев тужеников за одлагање рочишта био неумесан, онда ће оце-

¹⁾ В. одлуку Касационог Суда од 19. октобра 1905. Бр. 7416. Никетић, стр 48.

нити, да ли је, с обзиром и на правно средство, пресуда на закону основана, и по томе донети о њој своју одлуку. Права која је туженик услед недоласка на рочиште био изгубио, остају у овом случају дефинитивно изгубљена, и ако би се туженик у правном средству хтео користити њима, виши суд то неће узети у обзир. Кад би пак виши суд поништио пресуду нижега суда, због таквих погрешака у поступку суда, на које виши суд по службеној дужности има пазити (на пр. ако је рочиште одржано без позива туженика, ако му тужба није била дата на одговор), па се услед тога нареди суђење пред првостепеним судом, онда наравно изостанак туженика са ранијег рочишта не може се узимати у обзир. Приговоре о којима је реч у § 140, туженик би могао чинити на овом другом рочишту, и ако на ранијем није био.

б) Туженик који је био изостао од рочишта, и против кога је пресуда изречена, није тражио друго рочиште. У овом случају он може у року од 15 дана по пријему пресуде, а по свом избору, или правдати изостанак, или противу пресуде правно средство употребити (§ 134). а) Правдање бива на начин прописан у § 135 пред првостепеним судом. Ако суд узроке изостанка с обзиром на поднесене доказе уважи, одредиће друго рочиште, а такође ако туженик положи заклетву да на рочиште није могао доћи, у случају кад је заклетву на ту околност досудио туженику, који није могао доказе поднети о томе да је био спречен доћи на рочиште ¹⁾ На овом другом рочишту туженик има,

¹⁾ Заклетву своју да без своје кривице није могао доћи на рочиште ни пуномоћника послати парничар има, према §135, да обећа у случају „где није могуће доказе набавити“. То значи да суд има да цени: да ли је парничару било могуће поднети доказ за онај узрок, за који вели да га је спречио доћи на рочиште. Ако суд нађе да је парничар у могућности поднети друго доказно средство за тај узрок, онда му неће заклетву досуђивати. У овом случају суд би имао наредбом да остави парничару рок, у коме има да поднесе доказ за узрок, који га је спречио да на рочиште дође. Ако овај рок протеће и парничар

онако исто као што смо видели у случају под а) права на оне приговоре, које раније није могао чинити због изостанка са рочишта. Раније изречена пресуда и њене последице уништавају се (§ 141). Ако туженик не оправда пред судом изостанак или ако досуђену му заклетву не положи, суд ће огласити пресуду за извршну (§ 136.).

β) Ако туженик изабере правно средство да војује против судске пресуде, која је донесена и ако он није био на рочишту, онда он не може у правном средству покретати питање о правдању изостанка са рочишта. Употребом правног средства изгубио је право да се користи установом правдања изостанка (ал 2. § 134). Изостанак његов остао је неоправдан, а тиме је дефинитивно изгубио она права на приговоре из § 140, која се услед изостанка са рочишта губе. Виши суд ће према правном средству оценити колико пресуда иначе одговара закону. Само ако се пресуда поништи са разлога што у поступку суда има погрешака, на које суд по службеној дужности има пазити (на пр. апсолутна надлежност), па се одреди ново рочиште за суђење, може туженик чинити на њему оне приговоре, у погледу којих је био изгубио право да их употреби због недоласка на рочиште (§ 140).¹⁾

доказ не поднесе, онда изостанак остаје неоправдан, и пресуда има огласити за извршну у смислу §§ 134 ал. 2, 135 и 136. А ако парничар донесе доказ, суд ће према њему одлучити дали је изостанак био оправдан, па ако нађе да јесте, одредиће друго рочиште, а ако нађе да није огласиће пресуду за извршну (§ 136).

¹⁾ По § 290 ако би се имала досудити парничару главна заклетва и он пристане да се закуне, суд ће изрећи пресуду и одмах га заклетити. Ако туженик није дошао на рочиште, претпоставља се да тужитељу враћа главни заклетву. Хоће ли суд у овом случају кад тужитељ пристаје да се закуне изрећи пресуду и одмах заклетити тужитеља? Мислимо да у оваквом случају не треба одмах заклињати тужитеља, него доставити пресуду туженику и чекати петнаест дана после пријема пресуде те

Да споменемо још да туженик, који није дошао на рочиште, али је писменим актом чинио употребу од права, о којима је реч у § 140, ипак та права губи, јер је претпоставка за вршење њихово долазак на рочиште, што се види из речи у § 140 „кад тужени не дође губи право.“

да се види да ли ће он у смислу § 134 правдати изостанак са рочишта. Ако би он изостанак оправдао, доћи ће према §§ 136 и 141 до новог рочишта. и онда пресуда може, евентуално, и другачије гласити, те ће заклињање тужитеља бити излишно. Јер ако се тужитељ одмах закуне, а туженик изостанак оправда онда се може десити да се у новом суђењу утврди неоснованост тужночевог потраживања или да се заклетва има досудити туженику, и онда би имали ситуацију да се тужитељ заклињао да стоји она чињеница, односно чијег непостојања туженик има да положи заклетву. Да оваке ситуације треба избегавати очевидно је.

О изазивачкој парници.

1. Природа ове парнице.

1. У грађанском судском поступку важи правило да почетак парнице зависи од титулара једнога права тако да суд неће, по службеној дужности, нагонити кога да своје право судским путем остварује. У § 22. грађ. зак. прописује се: „Ко има какво право, од њега зависи употребити га или не употребити. И ако не може или неће да употреби, за то само исто право не губи“. Несумњиво је пак, да под „употребом“ једнога права ваља разумети и судско остваривање његово, подизање тужбе ради констатовања, и, евентуално, осуде онога, против кога је право управљено, да га призна и потраживање титулара права задовољи. У том смислу постоји и пропис § 3. грађ. суд. поступка: „где нема тужитеља не може бити ни суђења.“ а тиме хоће да се каже да иницијатива за судско констатовање једнога права и осуда има да потиче од титулара угроженога права, који треба подизањем тужбе да парницу покрене. То исто важи и за права која се у виду екцепција остварују, јер суд, према тач. 3 § 304, пресуђује само о ономе, што се тражи, а не о другом чему, и према томе тужени, ако неће своје право пред суд да износи, ако неће да га употреби, суд га на то неће нагонити.¹⁾ **Имати** дакле једно

право значи, поред осталих овлашћења, и то да је титулар права овлашћен тражити судску заштиту свога права онда, кад он за умесно нађе, наравно трпећи све оне последице, које неподизање тужбе за извесно време може донети (застарелост права). Али од овога правила постоје и изузетци у томе смислу да титулар права може бити од стране суда позван да, и без обзира на своју вољу или и против своје воље, подигне тужбу код суда за остварење свога права. Ту долази на пр. судски позив поверилаца масе умрлог лица да се са својим тражбинама у одређеном року суду пријаве под претњом губитка права (чл. 102 правила о поступању у неспорним делима), позив повериоцима стедишнога дужника да се у одређеном року у стедишну масу пријаве под претњом да се не могу наплатити из пописане имовине стедишне масе (§§ 22. и 54. стец, пост.) Ту долази и случај т. зв. **изазивачке парнице** (*provocatio ex lege Diffamari*), о којој се говори у §§ 346—350 грађ. судски пост.

2. Да ли неко право постоји или не постоји интересује не само титулара тога права, него и онога против кога је то право управљено. Кад ми тврдимо да неко право према извесном лицу имамо, можемо му нанети штете, **ако то право не постоји**. Тврдити да имамо према коме неко тражено право, значи, често, смањивати кредит или углед тога лица. То исто важи кад тврдимо да имамо неко стварно или друго које право, услед чега дотично лице стоји у извесном правном односу према нама, који његову слободу кретања или положај у породици или друштву спутава или у друшчијој светлости представља. Али и кад тврдимо да имамо неко право, које нам **одиста** према одређеном лицу **припада**, ми задиремо по схватању

¹⁾ У том смислу и § 65. старог аустријског грађ. суд. поступка: „Нико нема права нагонити противника да подиже тужбу за своја права, осем у ова три случаја: 1. кад се његов

противник хвалио, да против њега има неко право; 2. кад намерава подизање неке грађевине; 3. кад има што да се потражује од стедишне масе“.

законодавца тим тврђењем у туђу правну сферу и излажемо га страховању и узнемирености да сваки час може бити тужено суду. Дотично лице, које је, сасвим природно, заинтересовано да зна да ли стоји у каквом правном односу према ономе, који своје право према њему истиче, не може дакле бити равнодушно према том тврђењу. Њему је стало до тога, да се то право, које се против њега износи, и судским путем констатује, те да једном буде на чисто са својим положајем према титулару тога права. Кад ималац једнога права већ изађе са својим претензијама према извесном лицу, па било да оне одиста постоје или не, онда законодавац сматра да није право допустити му да он свога противника у неизвесности држи кад ће тужбу подићи. Ако је од титулара права зависило, **док је о свом праву ћутао**, да подиже тужбу кад хоће, да своје право подизањем тужбе „употреби“ или „не употреби“ у смислу § 22 грађ. зак., од онога, према коме он своје право истиче, треба да зависи да га нагони, да и судским путем докаже и **реалише** оно што је тврдио, те да овај буде у стању испунити према изазваноме своју обавезу, за коју је доказано да постоји. Установа изазивачке парнице има и васпитно дејство: да сваки пази шта говори о другоме и да буде увек готов и доказати оно што тврди. Мир и спокојство грађана биће много боље загарантовани, кад сваки буде знао да судским путем може бити нагоњен, да своје правне претензије које тврди да има према извесном лицу, на суду доказује.

3. С обзиром на ове разлоге наш законодавац у § 346. прописује: „Ко би дознао да други говори да има према њему неко право, може судом тражити да онај то докаже, иначе да суд пресуди да тога права нема.“ **Говорити** да имамо неко право према једном одређеном лицу, значи не само речима тврдити да неко право имамо, него у опште изношење некога свога права према изазивачу. То

може бити дакле или говором пред већим или мањим бројем лица, пред судом или другом којом влашћу, пред самим изазивачем усмено или шилањем писма или рачуна, позивом преко новина. За наш законик није меродавно, да изазвани **нема** оно право, које је говорио да има. И кад би он доказао да то право **има**, ипак ће му суд наредити да за одређено време поднесе суду тужбу за право, које је говорио да има, као што се види из § 349.¹ Наш законодавац стоји дакле на гледишту, да и онај, који има неко право према одређеном лицу, не треба о томе ни пред ким да говори, а кад то чини нека очекује од противника тужбу изазивачку, којом ће бити нагоњен да своје право пред судом остварује. По старом аустријском грађан. суд. поступку изазивачка се тужба допуштала само онда, кад се неко хвали да има према коме неко право, и ако га у ствари нема, и ту је ова тужба средство за заштиту од присвајања извеснога права, које присвајање узнемирује изазивача у томе смислу што живи у страху да против њега не буде подигнута неумесна тужба, која га може оштетити. Циљ је дакле овде тужби изазивачкој да изазивачу створи чисту ситуацију судским констатовањем да право, према њему изнесено, не постоји, и да му пружи извесно средство обезбеђења, те да се хвалисање не понавља (пошто ће се осуђеном, под претњом новчане казне и притвора, судском пресудом наложити вечито ћутање). Изазивач је у тој тужби у том повољном положају, што није у положају тужиоца. Јер кад би он тужбу поднео суду да утврди да право, које се против

¹) Наш се законодавац не задовољава тиме да изазваног принуди да **само докаже** судским путем постојање права, које је говорио да има, него га нагони да тражи **осуду дужника** (изазивача) на испуњење своје обвезе, ако је право тако да има места осуди на испуњење. То се јасно види из § 349, по коме суд и ономе изазваноме који **докаже** да заиста има оно право, о коме је говорио, наређује да у смотрењу свога права има тужбу суду дати у одређеном времену.

њега износи, не постоји (т. зв. негативна тужба за констатовање непостојања једнога права), онда би он морао као тужилац доказивати да право не постоји, док подизањем изазивачке тужбе пребације се терет доказивања на изазваног, који је дужан доказивати постојање права, којим се хвалио. (Cannsteln, Lehrbuch des österr. Civilprocessrechts, 1 стр. 410 и сл.).

4. **Какво право треба изазвани да истиче према изазивачу, па да има места изазивачкој парници?** Законодавац вели само у § 346, да је потребно да је изазвани говорио да има неко „право“ **према изазивачу**. Али из природе ствари и из циља, ради кога је установа изазивачке парнице у законнику уведена (Види Несторовић, Правне Расправе, стр. 40.) следује ово: а) Изазвани треба да је говорио да има тако право које је тужбом заштићено, ради чијег се остварења може подићи тужба код суда, дакле **тужљиво** право. Према томе ко би тврдио на пр. да према коме има неко потраживање из усмено обећаног поклона (§ 564. грађ. зак.) или игре и коцке (§ 794 грађ. зак.) или у опште из односа, које право забрањује (§§ 13 и 539 грађ. зак.), или тужбом не штити, тај не може бити тужен изазивачком тужбом. Јер изазивачкој је парници у првом реду циљ да се изазвани принуди да поднесе суду тужбу за „право“ које је говорио да има, а он баш ту тужбу не може суду поднети, јер нема права на њу. Међу тим није потребно да то право, које је изазвани тврдио да има, буде тражбено право, и ако закон употребљава у §§ 348., 349., израз „право тражења“. Изазивачкој парници има места код свију права, која се могу тужбом према извесном лицу остварити. На пр., једно лице тврди да је власник једне ствари, која се налази у државини другог лица. Против њега се може подићи изазивачка тужба, да своје право својине докаже. Неко тврди да је у задружном односу са неким лицем. И он се

може нагнати изазивачком парницом да то докаже. Неко тврди да је брачно дете или супруг извесног лица и т. д. Али држалац једне ствари, који тврди, да је власник, не може се изазивачком парницом нагнати да своје право својине или право на државину доказује,¹ јер се по § 223 грађ. зак. „сваки у кога се у рукама или у чијој се државини ствар једна налази, држи за поштена држаоца докле год се противно не докаже“. Види и § 202. грађ. зак., где се вели: „Где се распра о праву на државину дигне, па се сумња роди, онда се држи да је на онога страни право, који управо ствар држи. Онај коме то драго није и противслови, нека противно докаже.“ И одиста допустити у овим случајевима изазивачку парницу, значило би пребацити терет доказивања о праву на онога, за кога постоји претпоставка, да право у његову корист постоји, и која га од доказа за његово право ослобођава, док се противно не докаже. Уместо да изазивач доказује да има права на државину ствари коју други држи и за кога војује законска претпоставка да има права на то, он би, кад би се допустила изазивачка парница, нагонио изазваног да то чини. Нормално је стање у друштву, да држалац једне ствари има права држати је, и ко тврди нешто ненормално, тај то треба и да доказује.

б) Изазвани треба да је говорио, да има према изазивачу тако тужљиво право, које се, у време кад је покренута изазивачка парница, могло судским путем остварити. У § 349 алинеја 2. вели се: „Ако (изазвани) докаже узроке, да своје право **сад** (т. ј. у времену покренуте изазивачке парнице) противу изазивача употребити не може, на пр. што рок обвезности још није протекао, суд ће изазивача пресудом од тражења одбити“. Према томе дакле праву изазваног, које он износи противу изазивача, треба да буде у време вођења

¹) В. А. Ђорђевић, Државна, стр. 23.

изазивачке парнице или рок истекао, или да то право није уопште за рок везано. Из овога излази да неко лице може износити да против некога има извесно право све донде док рок томе праву не дође. Чим рок дође, титулар права може очекивати изазивачку парницу, којом ће бити нагоњен да за своје право тужбу поднесе. То исто важи и за **условно право**. Ако остварење једнога права зависи од кога услова, (суспензивног), титулар нема то право дефинитивно док се услов не испуни. За то време неизвесности он може говорити да има право према изазивачу. По испуњењу услова, титулар може тужбу за своје право поднети, за то, ако га истиче противу свога противника, може изазивачком парницом бити доведен у положај, да своје право судским путем остварује. Ипак кад је право за рок или услов везано, изазивач може постићи изазивачком парницом то, да изазваног нагони да своје право прво пред судом докаже да постоји у опште, па за тим би морао доказивати да је оно везано за рок или услов, који га спречавају да подиже тужбу за реализање овога права.

II. Поступак.

1. Изазивачка парница покреће се подизањем тужбе од стране онога лица, које би дознало да је неко говорио да има према њему неко право. Тужилац се назива **изазивач**, а тужени **изазвани**. Питање је код кога се суда има ова тужба подићи? При овоме треба водити рачуна и о апсолутној и о релативној надлежности. Што се тиче **апсолутне надлежности**, за изазивачку парницу биће надлежан онај суд, који би био надлежан за тужбу изазваног противу изазивача, за тужбу изазвану коју изазивач изазива да се противу њега подигне. (Види Cannstein, I стр. 118.) Јер суд који суди о изазивачкој парници, оцењује и доказе, које изазвани подноси у циљу да докаже постојање свога права (§ 349.), а апсолутна је надлежност уве-

дена и са тога разлога, што се сматрало да је једна категорија судова погоднија за оцену доказа у извесним врстама парница него друга категорија. Узмимо да изазивач подиже изазивачку тужбу за то, што је изазвани говорио да према њему има потраживање од 150 динара. За изазивачку парницу биће надлежан општински суд, јер он је надлежан и да досуди оно право, које је изазвани тврдио да има. (Супротно мишљење заступа Касациони Суд у својој одлуци од 11-I-1883 год. Бр. 127. Види Г. Никетић, Грађански Судски Поступак, код § 347). Ако изазвана тужба спада у надлежност духовног суда (на пример изазвани је говорио, да је у супружничком односу са изазивачем), онда ће овај суд бити надлежан и за изазивачку парницу. Тешкоћа се појављује ако изазвана тужба долази у надлежност обавезног изабраног суда (§ 434.). Изабрани суд није перманентан, него се саставља од случаја до случаја, те су због тога могуће ове солуције: 1. Да изазивач позове изазваног преко полициске власти да изберу судије изабраног суда, који ће одлучити о изазивачкој парници. Ако изазвани на то не би пристао, изазивач би имао тражити да полицијска власт, у смислу § 437 алинеја 2, изабере судију за тужену страну. 2. Да се изазивач обрати првостепеном суду надлежном да решава о жалби на пресуду онога изабраног суда, који би судио о праву изазваног против изазивача по тужби изазваног. Она прва солуција изгледа правилнија. Што се тиче **релативне надлежности**, о њој имамо у § 43. овај пропис: „За парницу, којом се позвани тужитељ изазива, надлежан је онај суд, који је за изазивача надлежан.“ То пак значи онај суд, код кога би изазивач имао бити тужен, изазваном тужбом, за право, које изазвани према њему износи. По правилу то је суд домицила изазивачевог (§ 28), али, с обзиром на природу изазване тужбе, то може бити и други суд (на пр. *forum rei sitae*, § 36. или надлежност по §§ 35. 38).

2. Тужба изазивачка има садржавати оно што је у § 94 за тужбе у опште казано, у колико је то за изазивачку парницу потребно. Специјално изазивач мора у својој тужби, према § 347, навести:

а) Шта је противник његов говорио, дакле какво је право тврдио да има према тужиоцу, и поднети или позвати се на доказе о томе. Према томе ако је изазвани пред сведоцима говорио, потребно је именовати сведоке, и уопште поступити онако, како је у § 94 под б. казано. Ако за доказ има да служи каква исправа, онда ће је поднети у оригиналу или у овереном препису. Заклетва се обично не употребљава као доказно средство у изазивачким парницама по самој природи ове парнице. Јер или је изазвани пред киме говорио да има неко право, и онда ће то лице као сведок бити позвано да сведочи, или је тужени своје право износио у каквом напису (писму, рачуну, новинама), или пред влашћу, и онда ће се овај напис или протокол власти као доказно средство приложити. Ипак није немогућ и овај, иначе врло редак случај, да нам неко усмено досађује, без присуства других лица, тражењем некога права према нама. Тада може изазивач за доказ да је изазвани то чинио, понудити му заклетву на ту околност и изјаснити се да повраћену прима. Могућно је да се тужилац позове за доказ својих тврђења и на то, да ће тужени **признати** пред судом да је говорио о својој праву према изазивачу.

б) Навести: да није истина оно што је противник говорио, дакле порећи постојање противникова права. Није потребно да изазивач буде убеђен у непостојање противниковог права. Изазивачкој парници има места и кад би он само сумњао да ли оно постоји. Јер изазивачкој парници је циљ да створи чисту ситуацију у погледу права која се против изазивача износе. Ако једно лице **зна** да постоји право, које неко против њега износи, онда оно може понудити испуњење своје обавезе која праву одговара, односно депоновати пред-

мет обавезе код суда, ако дотични неће да га прими. На тај начин, кад би ималац права и даље тврдио, да то право има, друга страна може повести изазивачку парницу. Њоме би изазивач успео да суд наложи изазваноме ћутање и да у своју корист стекне приговор пресуђене ствари. Јер исплатом дуга, односно депоновањем дугованог код суда за повериоца, обавеза престаје и бивши поверилац говорећи да право има, тврди неистину, за то му се може и наложити ћутање.

в) Изазивач у тужби мора захтевати да суд одреди време за које изазвани мора поднети тужбу за своје право, које је говорио да има, а ако се утврди да га нема, да му суд нареди да ћути.

Ову тужбу суд ће доставити туженоме на одговор, остављајући му за то рок, као и за тужбу у осталим парницама (§§ 101. и 106). Кад одговор стигне, или без њега кад протече рок за то одређен, суд ће одредити рочиште за извиђање. На дан рочишта суд ће приступити извиђању, без обзира на то, да ли су обе стране дошле на рочиште. Нетачно се дакле изразио законодавац, мислећи на нормалан случај, да ће суд приступити извиђању, „кад обе стране на рочиште дођу“, јер би онда изашло на то, да би тужени недоласком на рочиште могао спречити извиђање и суђење. И ако нису оба уредно позвана парничара дошла на рочиште, суд ће приступити извиђању. Наравно ако није дошао ни један парничар, а до дана рочишта ниједан од њих није писмено захтевао, да се и без његова присуства суди, суд ће оставити акта у архиву (§ 172). Кад постоји писмени захтев, судиће се по поднесеним доказима у тужби и одговору на тужбу. Кад једна само парнична страна дође, суд ће саслушати ону која је дошла и, евентуално, дошавше сведоке, па по том изрећи одлуку према поднесеним доказима (§ 171).

3. Резултат судског извиђања у изазивачкој парници може бити, с обзиром на §§ 348 и 349, овај:

а) Изазивач **није доказао** да је изазвани говорио да према њему има неко право. Тада ће суд одбити тужиоца од тражења да изазвани подиже тужбу за своје право.

б) Изазивач је доказао да је изазвани говорио да према њему има извесно право. Овде сада могу наступити ови случајеви:

в) Изазвани, за кога је доказано да је говорио да има извесно право према изазивачу, поднесе одмах и доказе да он то право има **тако да се одмах може видети да то право постоји**. На пр. поднесе исправу, јавну или приватну, о дугу који му изазивач дугује или приведе исправне сведоке, који посведочавају да право изазваног постоји. У овом случају изазивач је стекао уверење о праву изазваног. Кад би изазивачкој парници, по нашем закону био циљ, да се само пред судом констатује, да ли одиста постоји оно право, које је изазивач износио, онда би она у овом случају имала бити завршена. Изазивач зна да изазвани није неистину говорио. Пресуда би имала гласити да се тужилац одбија од тражења да се туженоме наложи да о своме праву ћути. Ако би **изазвани** тражио, да се судском одлуком констатује да његово право постоји и тражио још и осуду изазивача на испуњење обавезе, која праву изазваног одговара, онда би суд и по томе захтеву пресудио. Али наш законодавац иде даље, па **изазивачу** даје право да он захтева од суда да овај нареди **решењем** изазваноме, да, баш кад то и не би хтео, поведе засебну парницу за остварење свога права у року од једног до шест месеци (§ 349). У овом законском пропису изречно се вели „ако изазвани докаже да према изазивачу заиста има право тражења суд ће... решењем одредити време од једног до шест месеци, за које мора изазвани противу изазивача у смотрењу свога права тужбу дати...“ Према томе по нашем закону са тога разлога, што је изазвани говорио о своме праву, он је дужан

под претњом губитка свога права (§ 350), да га парницом и реалише и ако он можда то не би за тај моменат хтео чинити. Ипак до ове нове парнице у остављеном року може и не доћи, ако се парничари сагласе да одмах воде парницу о праву, које је изазвани доказао да има. У овом ће случају суд, пред којим је вођена изазивачка парница, наставити рад, али поставити парничаре у њихове праве улоге. Пошто је изазивач успео у својој првој намери да изазвани покаже и докаже пред судом какво право има према изазивачу, и пошто сада хоће да постигне и други циљ: да изазвани подигне тужбу за остварење свога права, то ће суд у овој другој фази изазивачке парнице, која се претвара у парницу за осуду изазивача, третирати изазваног као тужиоца а изазивача као туженог. Нарочиту тужбу у овом случају изазвани не би био дужан подносити, пошто би свој захтев на осуду изазивача могао изнети на самом рочишту. У осталом у самој сагласности парничара да одмах воде и парницу, лежи и захтев изазваног, да његов противник буде осуђен. Поступак би се дакле имао наставити на основу већ изнесених чињеница једне и друге стране у изазивачкој парници. Као тужилац изазвани би имао да доказује постојање свога права, а тужени да се брани. У самој ствари, у овој фази понављало би се, у погледу нападних радња тужиоцевих, оно, што је већ у ранијој фази учињено, сем ако би се износиле нове чињенице и докази за њих. Исправе, које је изазвани подносио за доказ свога права у првој фази, поднео би он и сада, сведоке на које се позивао, привео би и сада и суд би по тим већ цењеним доказима имао да донесе одлуке о томе.

г) Изазвани је **довео само до вероватноће** своје право,¹ које је говорио да има права изазивачу.

¹) Наравно ако би изазвани довео до **велике** вероватноће своје право, онда би суд могао досудити му допуњавну заклетву (§ 291), и по положеној заклетви имало би се сматра-

Хоће ли суд сматрати да он није своје право доказао и по § 348 пресудити да ћути или ће му наредити да за своје право поведе редовну парницу? Ово је друго схватање правилније. Суд ће пресудити да изазвани ћути када овај не докаже, то јест кад не убеди суд да његово право постоји, кад суд дакле не зна ништа о њему. Међу тим кад је изазвани са својим доказивањем дотле довео, да је суд у неколико поверовао његовом тврђењу, онда га не може осуђивати да ћути, јер се за њ не може казати да није доказао постојање свога права. За то му треба одређивањем рока за подизање тужбе дати могућности да, евентуално, сасвим докаже своје право.

Санкција ове дужности изазваног, да у одређеном року поднесе тужбу за реализацију свога права, јесте у томе, што ће суд, ако изазвани то не учини, на захтев изазивача одмах пресудити да изазвани нема права (§ 350). Је ли потребно да суд, кад добије овај захтев изазивача, одређује рочиште и позива парничне стране на њ? Из речи „одмах“ следује да то није потребно. У осталом, на рочишту, које се одређује за извиђање и суђење, не би се имало шта **извиђати**, пошто је то већ учињено у ранијој фази изазивачке парнице. Евентуалне неправилности могле би се исправити у правном средству против пресуде суда, којом би се изрекло да изазвани нема права. Који је суд надлежан за правно средство против пресуде донесене на основу § 350? Пошто се овде води спор о постојању права изазваног, онда се не може у опште рећи да се спор води о непроцењивом предмету у свакој изазивачкој парници, те да би увек био надлежан Апелациони Суд. Питање о надлежности зависиће од природе права, које је изазвани тврдио да има. Ако је оно непроцењиво (на пр. код

ти да је изазвани доказао постојање свога права, те би се изазивач од свога тражења имао одбити.

статусних права), онда ће за правно средство против пресуде првостепеног суда донесене на основу § 350, бити надлежан Апелациони Суд (§ 309. тач. 1), а такође ако је процењиво и вредност његова прелази хиљаду гроша пореских (тач. 2 § 309). Иначе биће надлежан Касациони Суд.

Судска пресуда у овом случају има исто дејство као и кад би изазвани био одбијен од свога тражења као недоказаног. Неподизањем тужбе за судом одређено време (преклузивни рок) наступио је губитак права за изазваног онако исто, као што се губи право на правно средство, ако се у законом одређеном року не употреби (§§ 311, 312, 323). Кад би доцније изазвани ипак поднео тужбу суду за своје право, изазивач би се могао бранити приговором пресуђене ствари и на основу § 109 тражити да се парница одбаци.

в) **Изазвани није успео доказати** да има оно право према изазивачу, за које је доказано да је говори да има. Тада ће суд пресудити да изазвани односно тога права има да ћути (§ 348). То пак значи да је пресуђено да он то право нема, пошто није успео доказати га. Односно тога права он не може подносити тужбу суду, јер против њега постоји, у корист изазивача, приговор пресуђене ствари, на основу кога изазивач може тражити одбачај парнице поведене због тога права. Друге санкције против изазваног, који би и поред осуде да ћути, продужио и даље говорити да има „право“ према изазивачу, законодавац не предвиђа, ма да је имало места прописати, да суд има право наложити ћутање под претњом новчаних казни, које би овај имао платити у случају поновног говора о своме „праву“, у толико пре што наш законодавац наређује да се због непослушности судским наредбама може дужник осудити на новчану казну (в. § 300 за откривајућу заклетву). Овако изазивачу не остаје друго грађанско-правно средство да се од неоправданих

претензије свога противника брани, до тражења накнаде штете, ако би је, услед хвалисања свога противника, претрпео.

г) Изазвани је доказао постојање свога права, али је доказао и узроке, због којих још не може тражити осуду изазивача на испуњење обавезе (на пример што рок није дошао, или се услов није испунио). У овом случају суд ће пресудом изазивача од тражења одбити (§ 349).



Inv. br.
39155



САДРЖАЈ:

	Страна
1. О праву својине у данашњим приликама	3
2. О оштећењу преко половине код теретних уговора.	21
3. Clausula reius sic stantibus и недостижност давања	43
4. Гарантна писма	71
5. Ванбрачна мати и дете	77
6. О укидању фидеикомиса	95
7. О изједначењу мушких и женских сродника у законском наслеђивању	105
8. Последице недоласка туженика на рочиште	119
9. О изазивачкој парници	130

НАПОМЕНА. У сву су Збирку Расправа ушле расправе које су већ биле штампане у разним часописима.

