

Проблеми грађанског права, 1926.

Садржај

- I. Правна природа синдикалног најамног уговора
- II. Појам својине и појам злоупотребе права
- III. Покушај једне теорије уговорних статуса
- IV. Социолошка школа и њена објективна теорија о изворима облигација
- V. Правна природа одвојеног брачног живота

347

БИБЛИОТЕКА
ЗА ПРАВНЕ и ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

13.

ПРОБЛЕМИ
ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

I.

*„Верујемо да изнад нас и око нас
постоји једна природна солидарност
која нас опкољава са свих страна и
којој се не можемо оштећи. Још од
колевке сви смо ми дужници једни
других“.*

Леон Буржоа

(Musée Social. p. 83. éd. 1902.)

Д-р Драгутин Јанковић

адвокат

хон. проф. београд. правног факултета

БЕОГРАД
ИЗДАВАЧКА КЊИЖАРНИЦА ГЕЦЕ КОНА

1, Кнез Михајлова улица 1.

1926.

ИЗДАВАЧКА КЊИЖАРА ГЕЦЕ КОНА, Београд

Препоручује следеће књиге сопствене накладе:

Закони.

Дин.

Алимпих Ђ. Душан: Полицијски речник свију закона и расписа из административне и полицијске струке књ. I. од А. Е. П. Ж. Љ. у тврдом повезу	200.—
Алимпих Д. Ђ. Полицијска уредба	12.—
Аранђеловић Драг. Др. Аустројски грађ. законик исто у тврдом повезу	50.— 70.—
Аранђеловић Драг. Др. и Др. Душ. М. Суботић: Коментар закона о ликвидацији моратор. стања	15.—
Аранђеловић Драг. Др. и Др. Душан М. Суботић: Уредба о убрзању рада код судских и иследних власти	15.—
Живановић Др. Тома: Кривични законик и Законик о поступку судском	60.—
Марковић Богдан Ст. Др.: Коментар закона о земљорадничким задругама	12.—
Марковић Лаза Д-р: Грађански законик Краљевине Србије	—40
Никетић Гојко: Казнени Законик и Кривични Судски Поступак Протумачен и објашњен одлукама одељења и опште седнице Касационог Суда. Треће поправљено и допуњено издање	100.— 120.—
Никетић Гојко: Грађански законик Краљевине Србије исто у повезу	100.— 120.—
Никетић Гојко: Грађански судски поступак исто у повезу	60.— 80.—
Никетић Гојко: Полицијски зборник	50.—
Никетић Гојко: Збирка закона протумачених и објашњених од Држ. Савета, Касационог Суда ит.д.:	
Св. 2. Закон о штампи	6.—
Св. 3. Закон о порези	20.—
Св. 5. Привредни закон, књ. I.: Закон о уништавању штетних животиња и о заштити корисних животиња, 2. Закон о лову и упуство за његово извршење, 3. Закон о риболову са правилником за његово извршење	25.—
Св. 5. Закон Привредни књ. II.	12.—
Св. 7. Закон Привредни књ. III.	12.—
Св. 12. Закон о јавним зборовима	3.—
Св. 14. Закон о Заштити радника	12.—
Св. 15. Закон о организацији финансијске контроле	10.—
Св. 18. Закон о исплати ратне штете са правилником за његово извршење	15.—
Св. 20. Закон о водама	10.—
Св. 21. Рударско Законодавство. — Уредба о органи-	



ПРОБЛЕМИ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА

I.

„Верујемо да изнад нас и око нас постоји једна природна солидарност која нас опкољава са свих страна и којој се не можемо ошешти. Још од колевке сви смо ми дужници једни других“.

Леон Буржоа

(Musée Social. p. 83. éd. 1902.)

Д-р Драгутин Јанковић

адвокат

хон. проф. београд. правног факултета



БЕОГРАД

ИЗДАВАЧКА КЊИЖАРНИЦА ГЕЦЕ КОНА

1, Кнез Михајлова улица 1.

1926.

САДРЖАЈ

	Страна
I. Правна природа синдикалног најамног уговора . . .	1
II. Појам својине и појам злоупотребе права . . .	35
III. Покушај једне теорије уговорних статуса . . .	48
IV. Социолошка школа и њена објективна теорија о изво- рима облигација	65
V. Правна природа одвојеног брачног живота . . .	110



Ив. Ђр.
51108

ПРАВНА ПРИРОДА СИНДИКАЛНОГ НАЈАМНОГ УГОВОРА.

I

УВОД У ТЕОРИЈУ КОЛЕКТИВНИХ УГОВОРА.

Друштво и његови колективни делови могу се посматрати у два правца: као организам чије морфолошко стање представља читав низ установа и као покретан механизам чија динамика производи нарочите односе, који специјално дејствују на друштвену морфологију. И када кажемо друштвена динамика и друштвени покрети, ми не мислимо на једну просту миграцију маса, већ на оне колективне акте, који су у стању да произведу нове односе у склопу друштвеном, било између једне друштвене групе и индивидуа у њој, било између самих друштвених група.

Многи од тих колективних аката, које Диркајм назива друштвеним чињеницама (*le fait social*), интересују само социологију. Међутим има међу њима и таквих аката који, појављујући се са извесном тачношћу проводе стална дејства и заснивају између људи сталне односе и тиме већ засецају у област права. Несумњиво је да многи колективни покрет, који представља једну друштвену чињеницу, није самим тим и један правни акт. Међутим има много правних аката, који су колективни и који представљају једну друштвену чињеницу.

Данас су ти колективни акти, способни да произведу правна дејства, постали и велики по броју и зна-

чајни по вредности, да је правна наука неизбежно морала прићи њиховом проучавању. И ма колико да је индивидуалистичко, данашње право је приморано да тим новим правним појавама у колективном облику потражи једно место у својим системима или да свој систем прилагоди тим појавама. Једном речју колективни правни акти, изазвани било стањем социјалне нужде, било једном колективном вољом, представљају данас за правну науку једно ново и широко поље за проучавање. Систем приватног права обogaћен је једним новим правним субјектом и једном новом врстом облигација. И у тим правним пословима субјекат није више ни индивидуа, ни обично правно лице, већ један израђен социјални тип, који носи у себи све знаке једног колективног бића, које условљава један нов тип правног посла у својим правним односима.

И ако у науци још недовољно формулисан и прецизиран, појам колективних уговора је несумњиво одређен у погледу на његов каузалитет и његову правну конструкцију. На име познати су и довољно испитани елементи који су га условили и склоп његов регулисали.

Основни појам колективног уговора сачињавају три елемента: социолошки, економски и правни.

Прва два су условили његову егзистенцију, а трећи треба да му осигура сталност и обавезну примену.

Носилац уговорних односа у приватном праву била је до данас јединка: као човек или као правна личност.

Међутим друштвене групе и колективне заједнице, које немају иначе, строго узевши карактер правних лица, почињу постепено замењивати индивидуу и посведневно се појављивати као правни чинилац или правни субјект.

Тај социолошки елемент условио је постављање једне нове основе за формулисање тих нових правних односа по групама и природно изазвао реакцију на индивидуалистичко схватање приватног права.

С друге стране, снага кооперације, концентрација капитала, велики економски диференцирање друштвених група, поставили су јединку у положај уговорача, чија је слобода уговарања сведена на минимум. Слободна воља која би била основа данашње теорије уговора, нарочито

с погледом на принцип аутономије воља, изгубила је много од своје вредности, а уговори се све више на готово принудни пристанак економски слабијег уговорача, и на његово примање без дискусије, постављених услова од стране економски надмоћнијег саговорача.

С правом се може рећи, да је наступила криза у теорији слободног уговарања. Француска јуриспруденција већ је и формулисала о томе своје нове погледе, у тако званом „*contrat d'adhésion*“.

Несумњиво је, да у оваквом стању ствари слабија страна, а то је изолована индивидуа, бива приморана прибећи систему удруживања, да би донекле повратила паритет снага при уговарању, избегла наметање услова и сачувала принцип слободне воље. Тако је економска нужност постала нов елемент за развијање правних односа. Јуриспруденција је морала то стање прихватити и право, дужно да слеђује друштвеном развиту, пришло је регулисању тих нових друштвених односа.

У основи праву је овде постављен задатак, да нађе формулу погодну да довољно регулише колективне акте, с једне стране и да васпостави паритет у погледу независности уговорачке воље с друге стране. Тако је постао први појам о колективним уговорима, код којих се појављују као правни субјекти читаве друштвене заједнице, замењујући индивидуу колективним групама, а индивидуалну вољу једном колективном вољом.

а) Појам колективних уговора.

Колективни уговор је још и сувише рудиментарна појава у праву, да би се могла прецизно формулисати дефиниција његова. Да би се пак ушло у суштини самога проблема, било је нужно поћи од једне дескриптивне анализе, која би на неки начин могла задовољити основне услове за тражење новом уговору једног сталног места у систему приватног права. Опазило се пре свега за разлику од досадањих нормалних правних послова, где је основни услов њихове правне вредности слободна воља уговорача, да код колективних уговора постоји формалан изузетак томе општем пропису. Још више, колекти-

вни уговор је досадању формулу *res inter alios acta aliis* не продессе не посере potest, потпуно изменио. Лица која нису закључивала уговор постала су везана њиме; па чак и лица, која су изрично била против његовог закључења, остају у обавези за извршење његово. Ове овако крупне измене основних принципа позитивног права, могле су бити правдане само потребом да се задовоље интереси огромног броја лица, који чине једну колективну групу, у којој интерес појединаца мора одступити пред општим интересом. Тако се дошло до једног општег правила при колективном уговарању: да воља већине чини закон.

И ето ту је основна диференција између колективног и обичног уговора, а на тој разлици постављени су први основи теорије колективних уговора у приватном праву.

Па ипак и поред те јасно уочене разлике, до данас се није успело дати тачну деференцију колективног уговора, нити му се могло одредити право место у теорији уговора.

Тешкоћа је у овом двострука: одредити правну природу самог уговора и одредити у њему грађанско-правну одговорност и носиоце те одговорности. Нејасност правне природе колективног уговора долазила је највише услед немогућности да се тачно зна: ко је уговорачка страна и каква је правна природа њена; шта је то колективна група; ко је властан да у њено име уговара; на чији терет падају обвезе проистекле из колективног уговора; које су санкције којима се могу те обвезе загарантовати? То су била вечита питања, постављана непрекидно и са врло мало наде на један прецизан и од правне вредности одговор. Основна тешкоћа је дакле долазила од колективног карактера уговорачких страна у колективном уговору. Тај колективни карактер постављао је вечито проблем, како да се измири принцип слободног уговарања и индивидуалне воље са једном новином правном: да се може бити цивилно одговоран и без фактичног пристанка, и без учешћа у закључењу самог правног посла. И како је право већ створило у томе погледу извесне институције, где удружења у виду правних лица,

заменеју индивидуално правно делање, то се с правом упитало: да ли није могуће генерализовати ову супституцију група индивидуама и трансформирати већину наших уговора у један колективни уговор.

Идеја за ово припада француској јуриспруденцији и она је у томе најдаље отишла.

У погледу пак на питање изјаве воље, које је у осталом немачка теорија, у своме тумачењу уговора потпуно изменила, наступила је читава криза и пертурбација у правној науци. Цела досадања теорија уговора стављена је под једну строгу дискусију и критику, тако да се дошло до једног општег закључка: да многи уговори нису у ствари уговори, већ прости акти о престанку и да многи уговори не служе као извор облигација, већ као њихова постеријерна потврда. Тако би се уговори у приватном праву, уговори који би потпуно одговарали већ утврђеним нормама, свели на један врло мали број уговорних типова. Тако се дошло и до нових концепција о уговорима приватно правног карактера, закључених у општем интересу (*d'utilité publique*).

Констатујући да колективни уговори почивају на правилу да воља већине чини закон и да изјава појединачне воље није више битни услов за правне послове, који везују појединца у колективној групи, Планиол је нашао три типична представника новог уговора. То су: конкордат у француском стецном праву или принудно поравнање у стечају, колективни уговор о раду или синдикални уговор и квази уговор, који већина бирача закључује прећутно са својим кандидатима приликом избора. Ми ћемо у доцнијем излагању видети, колико су набројани уговори подобни да се назову колективним, а задржимо се за сада само на синдикалном уговору.

Несумњиво је да синдикални уговор, кога Французи називају *convention collective de travail*, а Немци *Arbeitsvertrag* или још *Tarifvertrag*, представља једну сигурну полазну тачку за изучавање колективних уговора. А ево зашто.

Ми смо напоменули да је питање правне природе колективних уговора, као и питање облигација које из њих проистичу, зависило у првом реду од правне при-

роде колективних група, које у уговору фунгирају као уговорачке стране. Осећало се неминовно, да се дефиницаја колективних уговора у ствари своди на дефинисање њихових аутора. „Колективан је уговор сваки онај уговор, у чијем је закључивању учествовала бар једна колективна група“ — гласио је од прилике, сваки одговор на постављено питање о дефиницији овог уговора. Међутим одмах се опажа тешкоћа овакве дефиниције. Дефиниција је наиме нејасна, јер се њојме поставља једно друго питање: шта је у опште једна колективна група?

Осим тога, право рачуна само са групама које могу бити способне за правне радње, са тако званим правним лицима. А између једне групе правних субјеката као правног лица и једне колективне групе у опште, разлика је толика, да је апсолутно немогуће применити појам једне на другу.

Исто толико је био неуспешан покушај дефинисања колективних уговора с погледом на један колективни интерес, у коме су циљу ти уговори закључени.

Колективни интерес је у праву исто толико неодређен појам, колико и појам колективне групе. Јер да би се тачно знало шта је колективни интерес, мора се најпре знати шта је то колективна група или у опште оно, што чини у опште један интерес колективним. Осим тога, факат да је један правни посао реализован у колективном интересу, поставља осим проблема самог бића колективне групе, још и проблем колективне воље. А са питањем о колективној вољи, ми излазимо дефинитивно из области права.

Разлог овим тешкоћама лежи у самој природи колективних уговора. Систем данашњег приватног права и сувише је узан за једну тако широку концепцију, као што су колективни правни односи. С друге стране тешкоћа је још и у самој апстрактности појма колективног уговора. И пошто данас колективни уговор представља једну правну апстракцију, то остаје једини начин за решавање овог проблема, да се нађе у правној пракси један реалан королер, чије испитивање може послужити као база опште теоријског разлагања о колективним уговорима.

И тако се у ствари мора поћи од колективног уговора о раду или синдикалног уговора, који је за сад једини реалан представник колективних уговора у позитивном праву.

Синдикални уговори у исто време представљају и једно прелазно стање у ново, по обиму шире, по схватању правичније, по интересу генералније стање, које је наговештено већ у појму колективног уговора.

И ако је несумњиво да постоји разлика између синдикалног уговора и уговора колективног у опште, ипак је испитивање његово једини пут којим се може доћи до тачне анализе општег појма колективног уговора.

И како нас интересује само позитивни карактер колективног уговора о раду, то се ми на ову разлику не можемо освртати, јер у испитивању непознатих чињеница, једино је могуће доћи до резултата, ако се пође од већ познатих факата и доказаних истина. У осталом, колективни уговор о раду исто је тако акт једне колективне групе, као и сваки колективни уговор у опште. Само је он ближи нашем сазнању и искуству, јер је ближи животу и стварности.

Па ипак и сам колективни уговор о раду носи у себи изворе свих оних тешкоћа за решење проблема, на који наилазимо и код колективног уговора у опште. И код њега су правна природа његова и питање облигација проистеклих из њега, толико тежак проблем, да је готово с разлогом Планиол могао рећи: да је колективни уговор о раду један недовршен правни посао, чије санкције, још једино почивају на штрајку и лок-ауту (lock-out.).

И код синдикалног уговора је исто тако тешко дефинисати теоријски његову правну природу, као што је тешко у пракси, наћи санкцију облигацијама које из њега проистичу.

Питање правне природе овог уговора и критику до садањих теорија о њему оставићемо за моменат и на њих ћемо се вратити, као на основни проблем колективних уговора, у другој глави ове расправе. Али пре преласка на то питање, потребно је учинити извесне напомене.

Дајући критику данашње теорије колективних уговора, ми смо се у нашем делу (*La convention collective de travail* — Lyon 1920) услед оскудице у простору и времену, уздржали од излагања која се односе на практичну примену колективних уговора и стварну вредност облигација њима створених. Питање је ипак од велике важности, јер је то у ствари питање правне вредности и егзистенције самог уговора.

С друге стране ни законодавства разних земаља у овом питању не координирају. И док је у Аустралији и Новом Зеланду, то питање решавано на принципу принудне арбитраже, у Немачкој до скоро посредно из цивилне установе *die Verbände* (неперсонификованих правних лица), у Швајцарској (*les lois genevoises* 1900, 1904) стварањем једне мешавине из приватног правног посла и установе јавног правног карактера, у Француској специјалним законом о колективном уговору о раду од 1919 год. и закону о проширењу способности синдиката за правне радње на једној недовољно широкој основи, у Италији тек скорашњим законима о установи радничке контроле у фабрикама, дотле су наука и сва правничка удружења у тим земљама давала сасвим друге основе за решавање овог питања. И проблем је остао нерешен, јер му није ни једно законодавство дало дефинитивно решење.

Ипак се две основе тенденције у решавању постављеног питања, јасно издвајају.

Прва је, у питању које се у главном своди на ово: како и на који начин наћи практичан излаз у примени колективних уговора на облигационе односе између радника и послодаваца, кад је несолвенција радничких група, одузела сваку реалну гаранцију облигацијама, за које су оне цивилно одговорне. И то је најтеже питање.

Разуме се да је ова тешкоћа дошла усред принципјалних установа данашњег права, које имају чисто имовинску базу и где се сви облигациони односи свode на егзекуцију приватне својине. И многи су писци тражили солуцију ове тешкоће у разним системима, који би проширили способност за правне радње свих професионалних група или би створили код тих група довољна средства да се осигурају гаранције за грађанску одговорност

чланова тих група. Такав је од прилике био и систем Жвресов о осигурању радника, којим би се гарантовале облигације произашле из колективног уговора; у том смислу иде и закон франц. од 13. Марта 1920. год. који осигурава ефикасност ових облигација проширујући способност за правне радње професионалних група, давши им нарочито, способност за стицање добара.

Међутим, наше је мишљење да сви ти системи премашају циљ и не одговарају постављеном проблему, као што мислимо, да има један систем много простији, много реалнији и најзад много правичнији, којим би се дале избећи све тешкоће, које су створене оскудицом текстова у данашњем законодавству, као и оне које су створене несолвенцијом радничких група. Треба на име дати радницима право на учешће у добити и установити обавезу патроната да призна то право. Јер кад се закључује један уговор о раду, у исто време може се закључити и уговор о учешћу у добити. Социјални ред неће бити поколебав овим другим уговором више но оним првим.

Ово учешће треба да представља једно јасно опредељено право, које ће се односити на сва предузећа, којима је опстанак условљен колаборацијом радничке класе, као што је то речено на II. интернационалном конгресу Кооперативног Савеза. Право на учешће у добити треба да произилази, као што је још речено, не из једне идеје милосрђа, већ из обавезног извршења уговора о раду.¹

Ово прво учешће у добити треба у ствари да представља једну тражбину радника према послодавцу, која ће кореспондирати са тражбинама властодавца према раднику. Најзад, та тражбина мора бити колективног карактера и припадати оној колективној групи, која је с радничке стране узела на себе обавезу извршења колективног уговора. Једном речју: право учешће у добити може постати једна правна стварност, као што то може постати и сам колективни уговор о раду.

На тај начин основна тешкоћа за практичну примену колективног уговора о раду ишчезла би. На тај би

¹ Ch. Robert: Rapport sur la participation aux bénéfices (conférence à l'Exposition universelle de Paris—1899.).

начин гаранције облигација уговорених од радничке стране биле осигуране квантумом тражбина истек из учешћа у добити у предузећу. И тако би колективни уговор о раду добио своју пуну практичну вредност. Законодавство и судска пракса пак, могли би с друге стране завести још већу праведљивост у односима друштвеним, где често и добра воља не успева, због оскудице у средствима.

II

ПРАВНА ПРИРОДА СИНДИКАЛНОГ УГОВОРА.

§ 1. Општа карактеристика.

Надмоћност капитала и индустријска концентрација у данашњем друштву, несумњиво су два главна проузроковача, да се колективна свест о класним интересима код радника развије, и да се она појави као мотор за један генерални покрет противу досадањег стања ствари у друштву.

Та је репрекусија, произведена у економском смислу, већ прешла и у домен специјалног законодавства, које регулише приватно-правне односе између радника и послодавца. Па је у место једностраног регулисања ових односа било законодавним путем, било једностраним уређењем са стране послодавца, створен један нов приватно-правни однос на бази колективној: једна еволуција у приватно-правном систему проузрокована је једном социјалном нужношћу. И зато се при изучавању колективних уговора о раду или синдикалних, мора имати у виду ова њихова социјална и економска основа. И због тога смо ми убеђени да ће тешко у опште, колективни уговор о раду моћи изаћи из домена индустрије, па ма колико се покушавло дати му један много генералнији карактер.

Истина је да се сви аутори слажу у томе, је да колективан уговор о раду у ствари један генерални уговор, којим су регулисани услови под којима ће се моћи

закључивати у будућности посебни уговори о најму. Али поред све своје генералности, он се ипак не може применити на све врсте индивидуалних уговора о најму. И ако то изгледа парадоксално с обзиром на правну униформност свих уговора о најму, он је на прилику неприменљив на уговор о најму послуге и ако је правни појам уговора о најму слугу и онога о најму једнога радника у индустрији, исти. Ова неприменљивост долази са разлике у економском и социјалном смислу, између та два уговора. У ствари, дакле, колективни уговор о раду остаје на терену приватно-правних, најамних односа у индустрији.

Друга опсервација се намеће у погледу на однос између овог уговора и колективних уговора у опште. Ово нарочито у погледу на француску доктрину о колективним уговорима. У Француској се остало на терену, који је поставио још Планиол. Он је на име пошао од принудног поравнања у стечају или конкордата, као типичног колективног уговора у француском стечајном праву, да би дао општу дефиницију колективних уговора. Ми смо пак, стали на супротно гледиште.

Несумњиво кад је реч о једној правној апстракцији као што је то појам колективног уговора, да треба поћи од уговора сличног, али у теорији познатог, да би се добили позитавни закључци о његовој правној природи. Само је по нашем мишљењу била погрешка поћи од конкордата. Једно што се онда долази неминовно до резултата да синдикални уговор није колективни уговор, па чак ни уговор у опште, а друго што конкордат није у ствари колективни уговор, нити он у опште може послужити као тип колективног уговора као таквог.

Не улазећи дубље, ни детаљније у критику изложеног Планиоловог гледишта, довољно је напоменути само извесне особине конкордата, па одмах осетити колико је то Планиолово гледиште несигурно. Наиме између једне колективне групе у опште и групе стецишних поверилаца у конкордату, нема у основи ничег сличног. Колективна група је у ствари једна анонимна група, у којој се не

могу диференцирати ни њени чланови, ни њихов број. Међутим у конкордату је не само познат број поверилаца, који сачињавају односну групу, већ и њихова личност и износ сваке тражбине понаособ. Чак, кад би се према теорији о синдикалним уговорима коју је изнео Rouast (проф. на прав. фак. у Греноблу) да је синдикални уговор у ствари увек акт једне власти (разуме се власти синдикалне) и да према томе иде у исту категорију са конкордатом, и онда је Планилова дефиниција нетачна: јер судска омоглација конкордата, која је за сада један акт судске власти не значи да је и сâм уговор о конкордату један акт власти, већ само да његова обвезност и правна вредност зависе од омологације. Закључак је дакле, да је много сигурније ради проучавања и васпостављања једне опште теорије колективних уговора, поћи од синдикалног уговора, који још једини с обзиром на правни карактер уговорача у њему, има све одлике једног реалног колективног уговора.

У осталом јуриспруденција познаје већ овај уговор и то му повећава само интересантност.

Уговор колективни о раду или синдикални уговор ипак је најближи и најреалнији представник колективних уговора, јер је то у ствари тип њихов. С тога је по нашем мишљењу, немогуће тражити дефиницију колективног уговора ван синдикалног уговора, јер је он једини који може послужити у опште за правилну конструкцију теорије колективних уговора. Јер на крају крајева, која је то колективна група, на коју се може применити ова нова врста уговора, ако не синдикат или уопште једна радничка организација.

Трећа опсервација је нужна у погледу на однос између колективног уговора о раду и обичног уговора о најму. Колективни уговор разликује се од обичног уговора о најму по два карактерна особинама:

а.) Радничка страна као уговорач не обећава свој рад, нити се послодавац обавезује да радницима даде посла. Уговор овај има у ствари за предмет да унапред одреди услове под којима ће се закључивати индивидуални уговори о најму. И

б.) једна уговорачка страна увек је једна колективна група или више група организованих и способних за правне радње.

То је општа карактеристика синдикалног уговора, чија би се дефиниција према томе могла овако а ставити: синдикални уговор је увек онај уговор, којим радничка и послодавачка страна имајући способност за правне радње, узимају реципрочне обавезе да ће под условима изложеним у њему, закључивати индивидуалне, посебне уговоре о најму у будућности.

§ 2. Посебне теорије колективних уговора о раду.

Вредност овог уговора у правној пракси није стварала тешкоће. Међутим и ако вредност његова није контестирана, питање његове правне природе подигло је толико тешкоћа да ни до данас није дефинитивно окончан спор разних теорија о томе. И поред тога, што су разна законодавства и то од пре двадесет година успела дати дефинитивне текстове о синдикалним уговорима, у теорији се ипак још није дошло до тога, да се тачно определи правна природа њихова, ни онај тако звани *vinculum juris*, који по класичном учењу индивидуалиста, ствара сваки уговор између странака, као ни правне последице његове. Ипак се сва мишљења о правној природи синдикалног уговора, могу поделити у две главне групе. У прву групу долазе мишљења која сматрају да тај уговор представља један прост акт пристанка — а не уговор, и да његове санкције почињу једино на штрајку или локауту. То је т.зв. теорија неуговорна, *extra contractu* — чији је најглавнији представник Планиол. Друга група представља разне теорије — али које у основи све полазе од једне тачке, да је уговор колективни заиста један уговор, дакле један правни посао, који уговораче пуноважно везује.

Тврђење да колективни уговор није уговор и да облигације које он ствара немају санкција у цивилном праву, ван сваке сумње представља једно погрешно мишљење. Довољно је цитирати модерна законодавства

Француске, Енглеске, Немачке, Швајцарске и т. д. па стећи одмах противно убеђење. Најзад и судска пракса у многим земљама, а нарочито у Француској, Италији и Енглеској, поставила је читаве принципе у погледу на санкције облигација, које из овог уговора проистичу. И најзад, ова се теорија пре и више односи на питање практичне вредности уговора и санкција обавеза уговорача — него ли на питање правне природе његове.

С тога ћемо ми одмах прећи на само питање његове правне природе и проучити сва досадања гледишта о њему. Одмах је потребно нагласити да се све теорије о правној природи синдикалног уговора, које су тражиле у данашњем систему приватног права тип уговора коме се овај највише приближује, свде на три врсте.

Прва група аутора стоји на гледишту да синдикални уговор претставља у ствари један уговор о пуномоћству или деловодству; затим друга група тврди, да је он једна стипулација за другог, и најзад трећа група: да је то један од оних безимених уговора, који су имали важну улогу у римском праву и који би могли имати места и у садањем систему грађанског права.

Али, постоји и једна засебна група писаца, која није у сагласности ни са теоретичарима — екстраконтракту, ни са теоретичарима примене садашњих уговорних типова. Ова група сматра, да је синдикални уговор један пуноважан правни посао — али да он далеко премаша границе данашњег индивидуалног правног система и у ствари носи све знаке једног новог колективног правног система.

Ми ћемо дати критику свих оних теорија, излажући у кратко њихове основне поставке.

Теорија пуномоћства и деловодства.

Објашњење, којим се прво мислила утврдити правна природа синдикалних уговора, лежи у појму уговора о пуномоћству: уговор синдикални је извршење једног мандата, где синдикат или колективна група као потписник уговора, представља у ствари пуномоћника, чији су властодавци његови властити чланови.

Деловодство се разликује у примени теорије мандата само у степену, а не у основи. Оно је један дериватив од пуномоћства — где није потребна ранија прокурација и где пристанак заинтересованих значи потпуну ратификацију. У ствари обе ове теорије представљају једно: уговор је извршење једног мандата — било раније датог у пуномоћству, било доцније ратификованог у деловодству.

Теорија стипулације за другог и теорија безимених уговора

Теорија стипулације за другог покушава да правни механизам колективног уговора објасни помоћу уговора — стипулације за другог, где синдикат или ма која друга радничка група стипулира за своје чланове онакве услове рада, какве може добити од послодаваца.

Међутим било је покушаја да се правна природа синдикалних уговора објасни једном комбинацијом између мандата и стипулације или чак простим двостручењем ова два појма.

Поред ових двеју теорија долази теорија безимених уговора, која сматра да је синдикални уговор једна нова правна институција која у самој себи има већ своје правно оправдање — и које представља о један перфектан уговор.

Теорија моралне личности.

Најзад као последња из данашњег правног система, долази теорија моралне личности или теорија синдиката као правног лица, која гледа да правном персонификацијом синдиката да објашњење и о правној природи овог уговора, и о облигацијама, које из њега проистичу. Ово је теорија до сада највише заступана у Француској где је у осталом и поникла. Њена пак вредност, с обзиром на данашње позитивно право отскаче изнад осталих теорија. Ну како је она постала једним изведеним путем, а специјално као логичан закључак критике оста-

лих теорија, а нарочито оне о пуномоћству и стипулацији за другог, то ћемо њене поставке изложити ниже, после критике осталих теорија:

Критика теорија пуномоћства, деловодства и стипулација за другог.

У погледу на вредност досадањих теорија, две су солуције могуће. Или заиста синдикални уговор може, по својој форми и правној природи ући у категорију једног од уговорних облика данашњег правног система, или не може. У првом случају лако ће бити наћи категорију уговора којој припада; у другом, ту категорију не треба ни тражити. Међутим, цела тешкоћа у овоме послу одређивања правне природе новог уговора лежи у извесним његовим квази особинама, које се нису могле обићи у посматрању, а које спречавају да се дође до једног одређеног гледишта и правилне солуције.

Тако су многи аутори схватили, да синдикални уговор представља један трострук правни посао, са три одвојене групе уговорача: синдикат, послодавац и чланови синдиката. И онда су се трудили да тачно одреде улогу сваког од ових уговорача. Наравно, кад се од овог гледишта полази, да се неминовно мора доћи до закључка: да солуција питања правне природе овог уговора лежи у једној од живих институција позитивног права. И онда се може посматрати овај уговор као извршење датог пуномоћства или као стипулација за другог.

Само и кад се овако посматра проблем, увек остаје једна тешкоћа. Све ове теорије: пуномоћства, деловодства и стипулације за другог, тешко да могу објаснити саму природу синдикалног уговора. Прво, сви ти уговори су акцесорне природе. Они су уговорни, али помоћни инструменти, са којима се да закључити један правни посао — али који сами собом диференцирају потпуно од природе тога посла. Тако, стипулација за другог представља један модалитет уговорни, модалитет, који се састоји у томе, да се уговорни однос основног правног посла закљученог кроз стипулацију,



пренесе у погледу његовог извршења на једно треће лице. Исто тако, уговор о пуномоћству је у ствари један правни механизам, помоћу кога могу и лица која не присуствују закључењу једног правног посла, бити стварни његови аутори и њиме се обвезати. Ове правне конструкције биће довољне да нам објасне правни однос између синдиката и оних лица који у његово име закључују један уговор, било као пуномоћници, било као стипуланци. Али помоћу њих се неће никада моћи објаснити каква је природа самог уговора, који је помоћу ових правних механизма закључен, нити ће нам се икада објаснити правне последице тог посла, као ни правни однос створен њиме, и то не између синдиката и његових представника, већ између синдиката и друге уговорачке стране — послодаваца. Јер на сваки начин, да се може код куповине или поклона стипулирати за другог, као што се куповина и поклон могу извршити преко пуномоћника — па ипак ни стипулација за другог, као ни пуномоћство нису уговори о куповини, нити о поклону, јер они остају уговори за себе, у својој врсти и потпуно одвојени правни послови.

И тако по својој природи, и ако су то специјални уговори, они нису довољни да нам објасне: каква је правна природа синдикалног уговора — закљученог средством њиховим.

И због тих тешкоћа за примену ова два типа уговора на синдикални уговор, морао се проблем посматрати с друге стране, а специјално потражило начин, да се тешкоће, створене предпоставком трију уговорачких страна, отклоне. И тако се дошло до анализе стипулације синдикалног уговора, извршене с обзиром на саме уговораче који стипулирају. На тај начин се дошло и до закључка: да у синдикалном уговору не фунгирају три, већ само две уговорачке странке. Тај закључак је резултат резоновања да синдикат и његови чланови не образују ни у ком случају две засебне уговорачке групе, већ једну. Синдикат у ствари представља скуп свих својих чланова. И тако место синдиката, његових чланова и послодаваца, као три засебне странке у уговору, имамо само два уговорача: синдикат, т. ј. синдикуване радни-

ке и послодавца. Другим речима, солуцију проблема правне природе синдикалног уговора не треба тражити у једном нарочитом типу уговора у опште, већ у правној природи самих странака. Тиме је проблем решен путем пренашања целог спора са терена уговорних облика, на терен питања правног лица или моралних личности.

§ 3. Теорија синдиката као правног лица.

Синдикат се као правно лице, не може одвајати од чланова који га састављају. У ствари то су увек његови чланови, који у форми његовој и позамљујући његову правну личност, правно делују. На тај начин ишчезавају све тешкоће око објашњавања правне природе синдикалног уговора. Синдикат се обавезује колективно, чланови његови обавезују се индивидуално, али у ствари и колективно самим тим, што су чланови синдиката. Они могу и тужити за неиспуњене обавеза према њима. Само чланови синдиката на тај начин могу имати две тужбе на расположењу: према томе дали је оштећење нането једноме или свима члановима. За неиспуњење својих обавеза послодавац може бити тужен посебице од сваког радника или колективно од самог синдиката. На исти начин дају се објаснити обавезе чланова према њиховом синдикату. Ове су логична последица уговорне основе правних лица. Постајући чланови синдиката, радници се обавезују према синдикату својим пристанком на статутни синдикални пакт. На исти начин дају се објаснити међусобне уговорне обавезе чланова синдиката. И тако у ствари, синдикат није ни мандатор својих чланова, ни стипулант у њихову корист. Јер ни правна лица, било као једно удружење или иначе, не делује као мандатор или стипулант за своје чланове, кад предузимају судску акцију ради партикуларних интереса за које се ангажују, већ раде у своје име као морална личност.

Али се на овај начин, схватање моралне личности преноси на једно поље чисте фикције, где се једно правно лице потпуно одваја од својих чланова.

Ове идеје о синдикату као правном лицу и решење проблема правне природе синдикалних уговора на то

поставци, изнели су у француској доктрини први пут Laronze и Nast. Нарочито је овај последњи то питање до краја развио, али не и без великих тешкоћа. Те ће се тешкоће видети одмах.

Критика теорије синдиката као правног лица.

У опште је било озбиљних прекора теорији синдиката као моралне личности у погледу на објашњење правне природе синдикалног уговора. Први је учињен у овом смислу: свако је правно лице ограничено у погледу на слободу свога делања, правима везаним за личност његових чланова. На тај начин синдикат као правно лице не може ограничавати слободу рада својих чланова. И правна су лица заснована на уговарању, али у праву нема уговора, којим се лична слобода може отуђивати. (538. нашег грађ. зак.) Логично излази, да синдикат као правно лице, не може своје чланове ни на који начин правно обавезати, да исти не могу заључивати друкчије индивидуалне уговоре о најму него што он то допушта. Увиђајући оправданост ове примедбе, заступници теорије синдиката као правног лица у Француској, покушали су да обиђу тешкоћу на тај начин, што су констатовали да уговор, који синдикат закључује за своје чланове, везује само оне од њих који су за такав уговор гласали или на њега пристали, а да осталим члановима остаје право, ако се са садржином уговора не слажу, да из синдиката иступе. Али ово резонување, одмах да кажемо ризикује једну озбиљну примедбу. На име, може се с правом приметити и питати дали је у поште синдикални уговор у ствари уговор, који закључују његови чланови, у толико у колико они представљају једно правно лице? И може ли се говорити у опште о колективним облигацијама и колективном обавезивању, кад се сваки члан може дегажовати тих обавеза, тим пре што њихова правна вредност зависи од једног акта индивидуалне воље? И логичан закључак се намеће, да ту и нема колективног уговора, већ да је то скуп или један сноп индивидуалних уговора. И онда други логичан закључак: да се појединци, који су уговарали као *uti singuli*, не могу друкчије обавеза-

ти него као такви. Резултат: синдикат се у ствари не обавезује овим уговором и логично он нема права на тужбу за извршење уговора. С друге стране, како су правна лица у ствари једна правна стварност, а не само једна обична колективна форма активности људске, то синдикат може у истом акту, којим се уговарају услови најамног рада дејствовати као правно лице тако, да из тога правног посла не произађе никаква обавеза за његове чланове. Тако бива на пр. кад се синдикат обавезе да снабде послодавца извесним бројем радника, или кад он уговара са послодавцем, да овај оснуј један фонд за радничке пензије. Зашто дакле и ови уговори и ако их синдикат закључује, немају карактер колективних уговора, нити се из њих рађа ма каква обавеза нити ма какво право са чланове синдиката. Зашто? Зато што је синдикат једно правно лице, дакле један носилац права који се потпуно одваја од свих чланова, једна стварна морална личност. Али са овим се већ враћамо на већ један пут уклоњено тројство уговорача у синдикалном уговору: синдикат и његови чланови остају два одвојена уговорача и проблем опет није решен.

Трећа примедба на теорију моралне личности синдиката више је формалне природе. Ова теорија сужава колективни уговор и ствара од њега један обичан индивидуални уговор о најму, закључен од једног правног лица. Без сумње казало се у критици ове теорије, да се на сваки начин не мисли проширити колективни уговор и на неорганизоване групе: једна неорганизована колективна група не може правно дејствовати баш због тога што је неорганизована. Али између неорганизоване колективне групе и правног лица, простор је велики и у том простору има места и за групе које су истина организоване, али које нису узеле облик синдиката. И у неким земљама, где се код синдикалног уговора не може ни применити теорија правних лица, јер у тим земљама синдикати не представљају правна лица, (н. пр. у Немачкој) како се може са том теоријом објаснити правна природа синдикалног уговора? А међутим колективни уговор о раду постоји и у тим земљама, где је развијен мал те не више него и у самој Француској. Ово је кри-

тика, једна од најозбиљнијих на теорију правних лица, коју је дао Rouast, професор права у Греноблу.

Али како је ова теорија једина, којом се ипак може објаснити правна природа синдикалног уговора у данашњем правном систему, то се њоме занимао још доста велики број правних писаца. Тако Rigou у свом делу критикује ову теорију и нелогичност двоструких обавеза које се рађају код колективних уговора. Он своју критику формулише овако: у свима облигацијама, уговореним од једне колективне групе способне за правне радње, (а то су синдикат или какво удужење у грађанском правном смислу) налазе се у ствари две врсте обавеза, колективне, које се односе на правно лице које га група представља и индивидуалне, које се односе појединачно на сваког члана те групе. И сваки од чланова обавезан је не само у колико та обавеза на њега пада, као члана те групе, већ се он и индивидуално обавезује у своје сопствено име, да неће одступити од услова изложених у колективном уговору, ако буде закључивао индивидуалне уговоре о најму. Како онда може теорија правних лица објаснити све индивидуалне обавезе чланова синдиката узетих као *uti singuli*, поред опште обавезе синдиката као правног лица.

Међутим теорија синдиката као правног лица и поред свих ових озбиљних критика, једина је која према данашњем стању законодавства у разним земљама, а специјално у Француској, Италији и Немачкој, па и код нас, може да да једно правилно решење проблема правне природе синдикалног уговора. И немајући овде довољно простора да ово питање, које је иначе толико интересно, детаљно разрадимо, ми ћемо се задржати на неколико опсервација, које и ако не дају дефинитивно решење проблема, ипак дају довољно основа да се теорија правне личности код колективних уговора прими као једина позитивна солуција проблема.

Ми ћемо се редом враћати на све замерке које су чињени овој теорији, а које смо овде сумарно изложили.

Тако се прва замерка овој теорији односи се на факт, да је немогуће ма каквим уговором отуђити своју

слободу (у коју улази и слобода рада), па према томе синдикат као правно лице, не може правно обавезивати своје чланове, да не могу закључивати другог најамног уговора осим онога који он допушта, јер би то у ствари било ограничење слободе рада.

Међутим на ову примедбу теорији моралне личности намеће се следећи одговор: сваки синдикат има своје статуте, своја правила. Та правила представљају у ствари уговор или пакт, којим се регулишу односи између чланова једног синдиката и између чланова синдиката и њега самог као правног лица. Правна је претпоставка да свако оно лице које улази у синдикат, самим тим пристаје на правила његова и на услове које она садрже. Обавезе једнога члана синдиката исто онако као и обавезе сваког члана једног удружења, имају један основни карактер: да један члан не може чинити ништа противу интереса осталих чланова тог удружења. Другим речима, чланови се обавезују да неће чинити ништа што је противно општем интересу самога синдиката. С друге стране се намеће питање, која је основна обавеза чланова једног синдиката у једном колективном уговору о раду, који синдикат у име својим чланова закључује? Не погазити тај уговор тако, да тим гажењем буде нарушен општи интерес и интерес осталих чланова синдиката. А то значи да рестрикција слободе уговара, што код синдикалног уговора значи слободе рада, не може да се односи, нити се односи на личну слободу радника, која је неotuђива, већ на услове најамног уговорања, које представља општи интерес свих радника. Из ова два одговора логичан је закључак овај: индивидуалне обавезе сваког члана синдиката у једном колективном уговору о раду, не произилазе директно из самог тог уговора, већ је њихов извор у синдикалној статутној стипулацији. А овом стипулацијом чланови једног синдиката не уговарају отуђење њихове слободе рада, већ се њоме на против истиче општа међусобна обавеза свих чланова и обавеза истих према синдикату, да не могу деградирати једном уговору који је закључен за њих и у њиховом интересу.

На тај начин обавеза за испуњење статутног синдикалног уговора, што у ствари значи обавеза за испуњење колективног уговора о раду, јесте општег карактера и она се односи на све чланове у једном синдикату. Исто тако, сасвим је индиферентно тражити да ли постоји једно право или могућност непрестанка на колективни уговор иступањем из синдиката оних чланова, који нису гласали за тај уговор, јер се он односи на све чланове синдиката као такве, а то ће рећи чланове који су то постали по свом слободном пристанку и који су ступањем у синдикат узели на себе обавезу да неће ништа чинити што је противно интересима свих чланова заједнице у коју су ступили. Дакле у ствари ова је обавеза збиља колективна, јер лежи на свима, јер њена правна вредност зависи једино од једног колективног акта, као израза једне колективне воље.

Резултат: у синдикалним уговорима постоје у ствари само колективне обавезе чланова синдиката као таквих. И кад би се чак оставила члановима, који нису гласали за закључени уговор, слобода да се ослободе обавеза које из њега произлазе, тиме што ће из синдиката иступити, ипак примедбе о сужавању слободе рада колективним уговором не би могле остати, јер у сваком случају пошто би се сваки члан могао ослободити обавеза из колективног уговора иступањем из синдиката, његова слобода била би тиме потпуно зајемчена. Исто тако стоји са другим преколом и критиком теорије моралне личности, по коме чланови синдиката немају никаквих права, нити се обавезују уговором који синдикат закључује са послодавцем, у случају кад се тим уговором обавезује да послодавца снабде извесним бројем радника или кад се овај други обавезује да установи фонд за радничке пензије. Изводећи ово резонување из поставке да је синдикат правно лице, одвојено од његових чланова, да је он у ствари реална, а не фиктивна правна личност, и да према томе увек остају три уговорачке странке у синдикалним уговорима, тиме теорија моралне личности губи своју основу за објашњење правне природе синдикалног уговора. Међутим кад је реч и о овим уговорима које критика моралне личности помиње, остаје

увек једна празна веза између синдиката и његових чланова са оних истих разлога, са којим та веза постоји у свима колективним уговорима о раду. Ми смо већ напоменули да код колективних уговора индивидуалне обавезе чланова синдиката немају свој извор у самом колективном уговору, већ у статутном пакту синдиката. Са истог разлога тај пакт служиће као извор правима и обвезама чланова синдиката и у колективном смислу. Да ли се може једноме члану синдиката одрицати право да учествује у групи радника, за коју се синдикат обвезао да њоме снабде послодавца? Право на пенсију из фонда, који је синдикат уговорио са послодавцем исто тако припада сваком његовом члану. За кога дакле stipулира синдикат ове уговоре, ако не за своје чланове, и то не на основу stipулације за другога, него на основу тога статутног уговора, који је у ствари створио правну личност синдиката самим тим што је синдикат на њему заснован. И овде као и свугде не постоје три уговорачке стране, већ само две, синдикат као правно лице и послодавац као други уговорач.

Трећи разлог са кога противници теорије моралне личности нападају исту, јесте онај крупнији. Овај разлог почива на констатацији, да се колективни уговор о раду може закључити и кад група која га закључује, није правно лице, као што је н. пр. штрајкачки одбор раднички и у земљама где синдикат не представља једно правно лице, као што је то Немачка. Међутим баш и у Немачкој према прописима Немачког Грађ. зак. die Ferbände, друштва која и ако нису чиста правна лица, позајмљују синдикату способност за правне радње, простим уподобљавањем синдиката тим друштвима.

Што се тиче штрајкачких одбора, они су један изузетак који више иде у прилог теорији моралне личности, него ли против ње. Ово нарочито с погледом на француски закон од 25. марта 1919. чл. 31., у коме је законодавац стао на гледиште да професионалне групе, ма да организоване, ако нису персонализоване, немају способност правно обвезати све раднике из једне организације, већ само оне, који су их специјално опуномоћили да могу у њихово име уговарати. А то у ствари

значи, да се радничке организације и групе могу колективно обвезати само у случају ако су правна лица, па према томе способна за правне радње. Овакав закључак у осталом једини је и могућан у данашњем индивидуалистичком праву, те није ни чудо што су готово сва позитивна законодавства стала на гледиште теорије моралне личности. У осталом и Rouast, као и многи други противници ове теорије, учинио је исту погрешку: да сматра оне обавезе чланова синдиката, које су произашле из синдикалног статутног пакта, као обавезе створене самим колективним уговором о раду. Ту је у осталом крив и утицај немачке доктрине о колективним уговорима у опште, а специјално Lotmar-a и Rundstein-a, који су имали специјалне тешкоће у решавању проблема правне природе колективних уговора, због одсуства једног прецизног текста у немачком грађанском закону, који би ово питање решавао.

У ствари цело се питање овде своди на вредност и правну природу индивидуалних обавеза чланова синдиката, а у уговору закљученом од синдиката, за њих. Међутим постоји једна једина обавеза чланова синдиката у погледу на колективни уговор: то је обавеза, да у појединачним најамним уговорима неће дерогирати колективној конвенцији. Али одмах после ове констатације намеће се питање каква су онда права чланова синдиката, која они задобијају закључењем једног синдикалног колективног уговора? Право је њихово несумњиво, основно и прво: да се користе оним клаузулама уговора, које фиксирају услове рада. Међутим логичан закључак овога одговора доводи до констатације да са само онај може користити условима рада из колективног уговора, ко не дерогира томе уговору и ко у ствари извршује његове одредбе. Другим речима: обавеза радника да не нарушава одредбе колективног уговора, у ствари је пре његово право него ли обавеза. Јер ако је радничко право право бенефицирати уговорне одредбе о најамном раду, онда дерогације његове истом уговору значе само напуштање тога права. А кад је реч о једном праву, онда је сасвим природно, да је ствар личне воље његовог носиоца употребити га или не, што

би опет значило да обавезе радника у једном колективном уговору, не значе једну облигацију стриктно у грађанско-правном смислу. У осталом ова права и ове обавезе чланова синдиката, које проистичу из колективних синдикалних уговора рађају се тек у моменту закључивања индивидуалних најамних уговора. Узмимо један пример колективног уговора о раду, којим су стипулиране тарифе најамног рада. Један радник ступи на посао код послодавца, који је исто тако потписао тај колективни уговор. Каква је радникова обавеза у погледу на колективни уговор? По Руасту, као и по осталим писцима основна његова обавеза је не дерогирати клаузулама тарифним из колективног уговора, а то ће рећи не закључивати уговор најамни по нижој тарифи, јер по вишој и не може. Али према коме је он примио ову обавезу? Према послодавцу сигурно не. Према синдикату, да. И то је оно што смо већ казали и што опет понављамо: Ако постоји каква обавеза чланова једног синдиката да не дерогирају синдикалном уговору, она постоји само према синдикату, који једини може бити носилац тражбина корелативних обавезама радничким. Што се тиче послодавца, његов интерес ни у ком случају неће бити окрњен тиме што ће радник закључити најамни уговор по нижој тарифи, па према томе радничке обавезе у погледу на њега губе сваку правну вредност и остају без санкција.

Предпоставимо за моменат да један члан синдиката упусти т.ј. закључи уговор о најму за једну цену која је нижа од оне, коју је фиксирала тарифа у колективном синдикалном уговору. Каква је правна последица ове дерогације и какве су њене санкције? Послодавац не може тужити радника због нарушења колективног уговора, јер није оштећен, а примајући радника по нижој тарифи и он сам руши одредбе уговора, те на тај начин даје право на тужбу и против себе самог. Али би зато синдикат у овом случају имао право на две тужбе: једну против послодавца, а другу против радника, а обе због нарушења уговора. Само његово право на тужбу противу послодавца долази из колективног синдикалног уговора, јер су обавезе послодавчеве стипулиране

у њему. Међутим његово право на тужбу против радника већ није истог порекла, и оно се може доводити само из синдикалног статутног пакта који у ствари једини стипулира обавезе радника према синдикату. Јасно је и савршено правилно, да ако постоје обавезе синдикалних радника о поштовању одредаба колективног уговора, да тим обавезама порекло не лежи у колективном уговору, већ у друштвеном уговору синдикалном, т.ј. у његовом статутном пакту. А како би после овога било могуће објаснити ове обавезе радника према синдикату и права синдиката према радницима, ако се синдикат не би сматрао као правно лице и ако он то не би био? И ето са тога разлога један штрајкачки одбор очигледно не би могао имати право на санкције обавезе штрајкача да неће нарушити уговор, који би овај одбор у њихово име закључио. И обрнуто: обавезе штрајкача из уговора које би штрајкачки одбор, а не синдикат, закључио, не би имале стварну правну вредност, јер нико не би имао права на санкцију тих обавеза, на тужбу за неиспуњење уговора. Јер у овом случају као и у свиком другом, тужба не припада послодавцу, који на њу права и нема. А штрајкачки одбор опет нема право на тужбу са простог разлога, што је не може подићи, јер нема способности за правне радње, пошто он није правно лице. Логичан закључак: индивидуалне обавезе радника узетих *uti singuli*, не постоје у једном колективном уговору о раду. И ако се о њима може уопште и говорити код ових уговора, онда то само може бити на основу синдикалног статутног пакта и претпоставке да је синдикат једно правно лице.

Теорија принуде и синдиката као власти.

Међутим Руаст, који је најдаље отишао у критици теорије моралне личности и побијао њену потпуну неподобност, покушао је да конструише, полазећи наравно од претпоставке да је његова критика теорије моралне личности савршено тачна, једну нову теорију. Он је у своме излагању пошао од појма колективне групе (*la collectivité*). За Руаста израз колективни уговор има је-

дан појам савршено одређен, јер имплицира идеју једног другог правног појма, који он назива *collectivité juridique*. За овога писца, економски и социјални факти сами за себе, оправдавају заједницу свих индивидуа које се налазе у истом социјалном стању, као једну колективну правну заједницу, а тиме оправдавају и сваку манифестацију активности те колективне правне заједнице, па и колективни уговор. Али за њега, с погледом на индивидуално уговарање у данашњем правном систему, колективни уговор има две капиталне карактеристике:

1.) Он је двострука екцепција правним принципима постављеним у правилу *res inter alios acta aliis nec posege nec prodese potest*. Двострука велимо, јер за разлику од стипулације за другог, ова се екцепција односи на обе одредбе овог правила, и

2.) Колективни се уговор разликује још од приватно правних уговора и по томе, што је он као такав, ипак један акт власти. Само овај елеменат не заузима прво место у њему и не уништава уговорну природу саме институције. И у анализи овога свог појма о колективном уговору уопште, Руаст налази солацију и за проблем који поставља колективни уговор о раду.

У ствари ова теорија колективних уговора, помоћу које Руаст покушава да објасни правну природу синдикалних уговора почива на двама већ познатим принципима: на принципу екцепције правила *res inter alios acta*, принципу који је већ одавно поставио мој поштовани професор са лионског факултета г. Леви, објашњавајући у једној својој краћој студији природу облигација које проистичу из синдикалних уговора¹ и принципу интервенције једне колективне власти, која има да замени државну власт, принципу постављеном у федералном закону од 1904. у Аустралији и у закону од 1900. у Новом Зеланду (оба закона о синдикалном уговору о раду).

Према Руасту ова двострука експепција поменутом правилу, према којој већина у једној колективној групи може стипулирати облигације за све чланове те

групе, чак и против њихове воље, изузетак који би се пре могао назвати принудом — довољан је потпуно да објасни правну природу синдикалног уговора. За њега су творци уговора, уговорачи: индивидуе које чине већину у колективној групи. Ако пак, та колективна група представља један синдикат, онда он у ствари интервенише као представник тих индивидуа. Али како би по овој теорији синдикат будући само представник својих чланова, био потпуно стран за сам уговор, јер се он њиме неби ни обвезао, ни права стицао, то Руаст да би избегао ову тешкоћу и у исто време објаснио правну ситуацију синдиката и његову евентуалну цивилну одговорност, даје синдикату једну нову улогу. По њему је синдикат један орган власти, управо он је извршна власт саме колективне групе и као такав и он улази у приватно-правне односе створене колективним уговором. Он у себи кристализује права и обавезе које дотичу целу колективну групу и на тај начин он носи одговорност за свако нарушавање његово, као што је носилац и права на тужбу за свако нарушење од стране друге уговорене странке. На тај начин, да би објаснио правну природу овог новог уговора Руаст врши само једну замену појмова, и место појма моралне личности или правнога лица, он ствара један нов појам колективне правне личности или правне колективне групе. Ми ћемо мало даље видети колико је то у ствари индиферентно за решавање самога проблема, јер ако појам моралне колективне личности или правне колективне групе не значи у ствари једно правно лице, он не значи ништа. Поврх тога, ако једна колективна група није организована ни персонализована, њен се домаћај неће никад знати, па следствено неће се знати ни њена већина нити мањина, без чега се опет не може детерминисати постављени принцип принудних обавеза у првом делу теорије Руастове. А без тога би се још мање могла разумети, примена двоструке експепције правилу *res inter alio acta*, на наш уговор.

У данашњем позитивном праву апсолутно је немогуће објаснити праву природу колективног уговора о раду без појма правног лица. Јер је очигледно да се

¹ Revue de quest. prat. de la légis. ourr. 1909.

једна колективна правна група не може детерминисати правно, док се не одреди њена законска организација и њена грађанска способност. А чим се почне говорити о организовању и грађанским способностима једне колективне групе, неизбежно се долази до појма правних лица, који једини може тој групи дати, или од те групе може направити носиоца права и без кога та група правно и не постоји, јер се легално не би могла ни манифестовати, нити имати способност ма за какву правну радњу. И кад Руаст каже да уговор о раду мора бити колективни и обухватити све индивидуе из једне колективне групе, та група мора бити правно одређена, да би се знало које су то личности, које уговор треба да обавезе. Међутим та група неће никад бити правно одређена, ако није организована и персонализована. И тако, ако се хоће да једна колективна група буде од интереса за право, има само једно једино средство, а то је: направити је правним лицем, било као једно цивилно удружење, било другим начином. Без тога се неби никад могло објаснити које носилац облигација у овом уговору и на коме ће лежати грађанска одговорност за неизвршење истог. Ово нарочито код колективних дерогација, где је теоријски немогуће пренети грађанску одговорност појединачно на раднике, јер баш према принципу већине, ту постоји виша, колективна грађанска одговорност. Осим тога, у случају да радници почну напуштати посао и тиме наруше уговор, како је могуће утврдити од ког је момента то напуштање постало колективно, да би се могло знати где се пласира та колективна одговорност. Ето са тих је разлога, Руаст био принуђен да појам правне колективне групе заснује, на једном колективном интересу индивидуа које колективно делају у једном заједничком циљу. Међутим тај појам колективних правних лица само је једно играње речима, јер оно у ствари представља појам једног друштва или удружења у цивилном смислу, које је и по нашем и по свима страним законодавствима увек једно правно лице. Да резимирамо: идеја о цивилној принуди која по принципу већине, а на основу екцепције правилу *inter alios acta*, обавезује мањину у једном синдикату, не може се

приметити и на све чланове једне радничке групе, који нису синдиковани, али који раде било у истим радионицама или само у истој бранши, и које самим тим синдикални уговори непосредно тангирају. И ту је Руаст, да би спасао доследност своје теорије, упао у једну другу нелогичност. Да би доказао обавезу и ових радника за испуњење колективних уговора о раду, он је се позвао на обичај. Исти одговор је дао и за случај кад није реч о уговорима закљученим од синдиката самих, већ од какве друге радничке групе. Међутим он је заборавао само једно, а то је оно што је најглавније, да ако обавезе ових радника потичу из већ утврђеног обичаја, да они онда самим тим нису више уговорне природе. Тиме је пак цела његова теорија премештена са терена уговора, а ван тога терена она за нас постаје индиферентна. Према томе теорија правних колективних група и принцип грађанске принуде остају само један узалудан покушај за објашњење правне природе колективних уговора.

Тако исто стоји и са оним другим принципом на коме почива теорија Руастова: да је колективни уговор о раду акт једне власти. Прво, ако синдикат делује при колективном уговарању као орган или као колективна власт, он је представник радника и њихових права и обавеза у колективним уговорима само као такав, т. ј. као власт. Руаст налази да је то савршено тачно и из тога изводи закључак да синдикат, баш на основу тога принципа, кристалише у себи самом права и обавезе, које дотичу целу колективну групу и да због тога он постаје цивилно одговоран за извршење уговора. Међутим, ова двострука улога синдиката код колективних уговора о раду није логична. Јер није могуће објаснити, како то да синдикат, који код колективних уговора делује као једна власт, може бити обавезан за њихово извршење. Јер ако синдикат ту делује као једна власт, он се не може обавезати просто за то, што ни једна власт, вршећи своје функције не обавезује себе, нити се тиме може у опште обавезати. А ако ипак синдикат постаје обавезан, онда то само може значити да он у ствари није никаква власт, већ један уговорач који је способан за правне радње и који се као такав и може

обавезати. А то значи само једно: да се обавезе и права синдиката код колективних уговора о раду могу једино објаснити фактом да је синдикат једно правно лице и да ван тога није могуће наћи решење за проблем правне природе синдикалног уговора. Још последњу напомену поводом теорије Руастове. Ако би синдикат био једна власт несумњиво је да чланови његови не би били увек слободни напуштати синдикално удружење и тако би синдикат постао једно обавезно удружење, савршено супротно друштвима које данашње позитивно право признаје, а која су заснована на слободним изјавама воље.

Међутим је други један писац, Пиру, нашао решење проблема баш у тим обавезним синдикатима. И он се изјашњава за обавезне синдикате, кад је реч о организацијама радничким, а за арбитражу, у случају сукоба и спорова између радника и послодаваца. По њему бирање делегата за закључење једног уговора о раду, значи у ствари посредну изјаву воље за закључење уговора, изјаву која је у правном смислу идентична оној вољи бирача, која је изражена у закључењима које парламенат доноси. И по њему се ова манифестација индивидуалне воље налази у свима актима синдиката. Међутим правна нелогичност закључака ове теорије очигледна је. Именовање делегата за закључење једног колективног уговора, претпоставља већ формацију једног бирачког тела, где се у ствари индивидуална воља не изјашњава за једно индивидуално, већ за једно колективно заступање, које је основа свих спољашњих односа једне правне личности. Осим тога, код обавезних синдиката, ови би у ствари имали једно законско пуномоћство за саступање својих чланова, те би на тај начин, двоструко излишна изјава појединих индивидуалних воља била још и правно необјашњива.

То су у главном закључци, до којих се долази посматрајући разне теорије са којима се покушала објаснити правна природа колективног уговора о раду или синдикалног уговора. Ми смо излажући ове теорије укратко, покушали дефинитивно изаћи из круга тешкоћа самога проблема и остајући на терену позитивног права, дати једну дефинитивну солуцију његову.

Наш је закључак овај: синдикални уговор ма колико имао преимућство за формацију једнога новог правног система на основи колективних уговора, остаје ипак творевина садањег позитивног права. Он је неминовно приватно правна инстудија са свима карактерним знацима једног перфектног уговора из данашњег правног система, са правима и облигацијама савршено идентичним онима, које у опште уговори као такви рађају. Теориски не би могло друкчије бити. Практично једна једина замерка могла би се поставити овим поставкама, а то је питање санкција облигација које се овим уговором стварају. Међутим теоријски ово питање није интересантно, јер пекунијарна инсолвенција дужника не може значити неегзистенцију обавеза. И стојећи на гледишту да једино теорија синдиката као правног лица код колективног уговора о раду, може решавати проблем правне природе овог уговора, ми стојимо на гледишту да се и за практично питање санкција обавеза које произилазе и њега, мора остати на терену теорије правних лица.*

* Главна књижевност:

- Француска:** Planiol: Traité de droit civil. t. I—II. éd. 7.
 A. Colin et H. Capitant: Droit civil. t. II. éd. 2.
 Raynaud: Le contrat collectif e travail. thèse Paris—1901.
 Lévy Emanuel. Le contrat collectif à la Bourse et à l'usine (Revue Socialiste — 1909). Le droit repose sur les croyances. (Quest pratiques de législation ouvrière — 1909).
 Pic. P. Traité de droit industriel et de législation ouvrière éd 4.
 Rafal: Les conventions collectives — 1911. P.
 Nast: Des conventions collectives relatives à l'organisation du travail. th. P. 1907.
 Piron C.: Les conceptions pratiques juridiques successives du contrat collectif de travail en France. th. Rennes — 1909.
 Moissonet: Les contrats collectifs en matière de conditions du travail. th. Dijon 1903.
 Laronze: La représentation des intérêts collectifs et juridiques des ouvriers. th. Paris.
 Bourdon: Des contrats à utilité générale passés au profit d'une collectivité. th. Paris — 1908.
 Pauast: Notion juridique de contrat collectif. th. Lyon 1909.

Немачка: Lotmar: Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des. D. R. t. I. II. 1908.

Rundstein: Die Tarifverträge im francösischen Privatrecht. 1905.

Rundstein: Die Tarifverträge und moderne Rechtswissenschaft. 1906.

Sinzheimer: Der Korporative Arbeitsnormenvertrag. 1907.

Zeitler: Die rechtliche Natur des Arbeitstarifvertrages 1908.

Hueck A.: Das Recht des Tarifvertrages. 1920.

Италијанска: Galizia: Il contratto collettivo di lavoro th, 1907.

Nicotara: Il contrato di lavoro 1906.

Messina: J concordati di tariffe nell ordinamento giudico de lavoro. (Rivista di diritto commerc. indust. et maritimo 1904. I. 458).

ПОЈАМ СВОЈИНЕ И ПОЈАМ ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА.

1. Својина као основни правни појам.

Ако држава, као једно колективно правно тело није последњи израз развића друштвених заједница, она није сигурно ни први. И ако историски подаци недостају у пуној мери за једно истраживање о томе, ипак је једно несумњиво: и раније друштвене заједнице мањег обима, засноване већином на породичним везама, имале су извесне норме општег друштвеног поступања, имале су појам о допуштеном и недопуштеном. Било је племена, код којих је однос чланова његових био регулисан једним низом правила, која несумњиво нису имала санкције државне власи, јер ту државе није ни било, а људи су имали ипак свест о потреби таквог поступања.¹

Не улазећи у историска разматрања основних чињеница у развиту појма о праву, заснованог у ствари на појму допуштеног и недопуштеног у моралу, ми можемо ипак закључити: да је примитивни човек без обзира на питање принуде, имао један општи појам о томе, шта може и шта не може чинити. Несумњиво је, да се овај појам могућег и немогућег, с обзиром на спољне препреке у делању примитивног човека, временом претворио у појам дозвољеног и недозвољеног. У осталом и данас сила као принуда, санкционише правни однос у друштву и ако правна свест људи

¹ H. Spencer: Principes de sociologie (éd fr.) t. III.—390.

данашње цивилизације стоји на једном много вишем ступњу.

Исто је тако несумњиво, да је у времену од примитивне природе човекове у почетцима друштвеног развића па до данас, било небројено чињеница, које су утицале да се појам могућег и немогућег, заснован на појму бруталне снаге сваког појединца, претвори у појам права и неправда, који доминира данашњим друштвеним односима. Али је несумњиво и то, да су низом времена створене многобројне друштвене концепције, које су пре заснивања државе као правне установе, деловале да се код човека развије један правни осећај, било у смислу психолошке, било у смислу физичке принуде. Психолошка принуда,¹ комбинована пак са утицајима које је, све даље развијање друштва вршило на јединки, створила је прве појмове о моралу и опште друштвеном опхођењу. Тако је морал као производ психолошке принуде и друштвеног развића, деловао на спољне покрете чланова друштвене заједнице и пре заснивања државе. Будући израз друштвеног развика, морал је као спољни израз колективне свести деловао особено у сваком периоду друштвеног развика и деловао као основни регулатор друштвених односа без обзира на правне санкције норми, који би право поставило. Отуда стална коегзистенција морала и права у свима цивилизацијама, па и у данашњој.

Човек је производ своје социјалне средине, вели Диркјам.² Право и обичаји јесу органски феномени који живе животом самог друштва. Свако време и сваки период друштвеног живота има своја морална правила оличена у друштвеним обичајима и међусобном опхођењу људи.

Право у примени значи у ствари скуп тих и таквих моралом регулисаних односа у друштву, које је држава као последњи облик друштвене заједнице, санкционисала законима. Право у овом смислу постало је

¹ Ihering: Der Zweck im Recht — I. — 368. цитат и објашњење код Duguit: L'Etat — I. — 117.

² Durkheim: Intr. à la sociologie de la famille sociale — 278.

пре организације државне власти и такво је право старијег датума од државе. Отуда ми мислимо да је тачна поставка Дигијева: да је правно правило постављено као друштвено правило и санкционисано самим друштвом, независно потпуно од појма државе, да је оно ранијег датума од државе и више и појмљивије од самог појма државе.¹

Отуда морал и право имају једну основну сличност, као норме које почивају на друштвеном убеђењу и основну разлику, која лежи у степену њихове обавезности. Они обоје значе скуп норми које је друштво примило као регулатор својих многоструких унутрашњих односа. Они у исто време значе колективну свест, засновану на појму добра и зла, појму моралном за период времена, у коме та свест делује. Отуда је њихова сличност толика, да им се границе мешају. Отуда је готово свако правно правило у напред одређено једним моралним еквивалентом, отуда је и свака неправда у основи својој неморална.

Основна пак разлика, између морала и права, лежи у санкцијама којима је право огарантовано. И морал и право имају мање више заједничке норме. Само право данас штити сила принуде на територији, на којој је држава као правна установа применила те норме. Међутим морал и његова правила осим савести индивидуалне и колективне, других санкција немају.²

На том принципу моралног каузалитета правних правила, заснована је у данашњој цивилизацији и својина као право, које је имало своје побуде у моралним концепцијама времена у којима је постало, а нашло санкције у правним правилима друштва и државе, који су те концепције усвојили.

Отуда својина као правни појам има две границе: почетну, која полази од допуштеног у моралу и крајњу,

¹ L. Duguit: L'Etat I. 118.

² Разлика је више у степену, него у суштини; оно што је моралом забрањено, то не треба чинити; оно што је правом забрањено, то се не сме чинити.

која иде до дозвољеног у праву. Али је својина и основни правни појам.

Основни правни појам за нас значи универзалну правну установу, која је извор вишеструких правних односа, различитог карактера, али са једним заједничким правним извором. У основне правне појмове долази својина, као право оригиналног и генералног карактера и личност, као носилац тога права, без кога би право у данашњем индивидуалном правном систему, било мртво, беспредметно и илузорно. Сва остала права у данашњем индивидуалном правном систему изведена су из права својине као изворног и универзалног правног појма.

Закључак: Објективном праву претходили су као ранији правни појам, субјективно правни односи, као што су законима прописаним у држави предходила правна правила, као израз друштвених односа регулисаних мање више моралном принудом, као санкцијом тих примитивних друштвених правила. Како је примитивно нормирање субјективних права ишло од случаја до случаја, то је и свако такво једно право имало апсолутан карактер. Та апсолутност пренета је и на право својине као основни правни појам, а на том појму заснован је целокупан данашњи приватно правни систем.

2. Својина као апсолутни правни појам.

Као основни појам, својина је и почетни појам за све правне односе. За ово нам Римско Право даје, специјално у својој првој периоди, најбоље доказе. Разуме се да овде не мислимо само на облигационо и наследно право, који су очигледни деривативи својине, већ је говор о породичном праву, које данас апсолутно диференцира од својинског права.

Римско је право и породицу сматрало за цивилну установу. Одредбе пак из *jus civile* о односима у породици дале су тим односима својинско правни карактер. *Patria potestas* има све одлике које има квинитарна својина у субјективно правном смислу, а *manus* власт мужевљева над женом као субјективно право, индентично је са правом господара на ствари. Чак и код лица, у

личном правном смислу, *mancipatio* између човека и човека ствара однос који својина ствара између човека и ствари. Довољно је загледати у Римске текстове па видети одмах, да је ово тврђење тачно.

И *patria potestas* и *manus* у основи значе својинске појмове, значе еквивалент права својине за оца и мужа, на члановима породице или на жени. Положај жене у *manus*-у индентичан је положају кћери под очинском влашћу, разуме се ако муж није *alieni juris*¹ Гајус вели: (*G. II.-§. 159*): *Idem juris est et in uxori persona quae in manu est quia filiae loco est*. Положај пак кћери према шефу фамилије, био је раван положају ствари према господару, који исту има у својини. И ако се право својине дефинише са три позната атрибута његова: *utendi, fruendi* и *abutendi*, онда је несумњиво да и очинска власт и мужевљева, у суштини значе право својине, јер у Римском праву обе те власти садрже исте својинске атрибуте.

Отац је имао право на смрт и живот деце, он их је могао уступити, отуђити он је са њима господарио, не само као шеф фамилије, већ као власник једног добра. Зна се да је под Империјом право очинско ишло често до убијања деце и тек је у класичној епоси римској власт шефа породице претрпела озбиљније рестрикције. У погледу на алијенацију деце, отац, односно шеф фамилије, могао је своје дете дати као гарантну залоду своме повериоцу или га уступити у виду поклона (*Gf. l. t. s. de frtr. qui fil. IV. 43*), најсад *mancipium* је био једна установа цивилног права, која је садржавала и власт шефа породице и господара, власника.²

У браку који је праћен манусом, жена је била код Римљана уподобљавана кћери. Муж је имао иста права на жени, као и шеф породице на деци, без обзира на узраст. (И пунолетни синови остајали су под очинском влашћу и под законом од 12. таблица, сем случаја, ако

¹ E. Petit, *Traité de droit romain* — 110.

² Ibid. 111.

отац три пута прода истог сина). *Jus utendi* имао је шеф фамилије на деци и за време класичне епохе. Зна се да син по Римском Праву, што год је прибављао није себи већ оцу, односио шефу породице, прибавио.

Деца су код Римљана остајала под очинском влашћу и после женидбе, односно удаје њихове. Отуда кћи у мужевљевој кући остајала је под влашћу свога оца, кад год брак није праћен манусом

Најзад и деца ожењених синова у римској фамилији потпадала су под очинску власт шефа фамилије, а не свога оца, јер је шеф фамилије своју очинску власт простирао и на децу своје деце. И на њима је он имао иста права алијенације, живота и смрти и т. д. Отуда се може с правом рећи, да су *patria potestas* и *manus* у ствари представљале један својински појам, са правом *utendi*, *fruendi* и *abutendi*.

Разуме се да ова суровост правних односа није остала вечита код Римљана, али је главно да су горе показани облици породично-правних односа имали све знаке права својине и то задуго у Римском Праву. Разуме се да је ово последица моралног схватања у римском друштву и морала као фактора у развићу правних односа. Морал је био суров, па је и право носило ту његову црту. Индивидуални интерес господарио је потпуно друштвеним односима, па су и субјективна права имала апсолутни карактер.

Овај идентитет основних атрибута својине и права, које проистичу из очинске и мужевљеве власти у Римском Законодавству, открива једну другу особину самог права својине. Ако очинска и мужевљева власт у Римском праву значе у ствари право својине, и својина значи једну власт. И зато што је својина *potestas*, она је код Римљана апсолутна, искључива, као што је то и очинска и мужевљева власт. Тај појам апсолутног, својина је имала нарочито у доба када је у Римском Праву владала квиритарна својина. Тада је право својине значило заиста једну власт, којој чак није недостајао ни божански карактер, право опкољено са толико ритуелних формалности, где је свештеник, представник државне

и божје власти, учествовао са целим својим ауторитетом и где је сва традиција римске државе поставила свој гломазни апарат. Квиритарна је својина значила једно апсолутно право, једну пуну власт, *plena in re potestas*, која се прибављала једним категоричким начином *ex jure quiritium*, тако да сумње није било: или сте ви власник, господар, или нисте ништа. Гајус вели (G. II. § 40.): *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium, nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. Quo jure etiam populus romanus olim utebatur: aut enim ex jure quiritium unus quisque dominus erat aut non intelegebatur dominus.*

Тек се доцније појављује својина *in bonis*, као декретив квиритарне својине у доба кад узукapiја, после закона од 12 таблица, почиње већ да делује и где је акципијенсу требало осигурати државину стечену *bona fide* од траденса, који није пренео својину ни једним од она два начина из *jus civile*: *mancipium in jure cessio*.

Та је својина била апсолутна и у односу према трећим лицима. Карактер те апсолутности огледао се у немогућности пренашања својине *ad tempus*, нити под резулторним условом.¹

Ме се не мислимо упуштати у разматрања примитивних облика својине. Довољно је напоменути само, да је и државина један својински појам, и да је и она у том, пре државном организовању правних појмова, могла значити оно што и својина. Али без обзира на порекло и начин стицања својине један је закључак неминован. Исто онако, као што је једно правно правило могло постојати и пре организације државе и бити санкционисано било друштвеном принудом, било моралном, било физичком, тако исто и својина је могла постојати пре државе. И обрнуто: држава није могла постојати пре својине. Сви закључци доводе на то да држава, основну своју карактеристику, а то је власт, црпи из појма својине. Јер својина као субјективно право значи у ствари једну власт, једну пуну

¹ C. Appleton: Histoire de la Publicienne et de la propriété prétorienne. t. II. 110—231.

суверену власт на предмету тога права. Из ранијег излагања видели смо да је својински појам власти постојао и у већ организованој Римској Држави, где се она примењивала на само на стварима већ и на лицима. Из заједничких атрибута својине као права на ствари и очинске и мужевљеве власти и манципијума као права на лицима, ми смо закључили да је и својина у суштини представљала једну власт, пуну и неограничену и онакву каква је власт у својим зачетцима само могла бити. Није то била проста моћ, коју ми у праву називамо правном моћи, већ је то била фактична власт, која узета у целини много је ближе *imperium*-у но *jus*-у. И ако се призна да је држава као власт једна правна институција, онда је порекло правног појма власти могло бити само у појму својине као субјективном праву. А власт, односно право издавања заповести на државној територији, у основи значи један својински појам, јер право заповедања, значи право располагања. Тако по нашем мишљењу, ако је држава заснована ипак на једном правном појму, она је у основи могла бити заснована само на појму својине, одакле је постао појам власти и цела правна институција државе.

Ми се тако исто овде не можемо упуштати у расправљање којим је начином извршен прелаз из друштвених заједница, у којима је својина постојала као први правни појам, па следствено и основни, у државу. Ми не можемо овде расправљати о држави као социјалној институцији, јер то премаша наш делокруг. Из премиса овде изнетих изашао је само логичан закључак, да је појам власти као основног атрибута државе као правне институције, постао из појма својине, која је као право у првим временима значило једину власт.

Последица ове правне генеалогije јесте данашњи индивидуални правни систем, који господари свима законодавствима у државама наше цивилизације. Отуда је објашњиво, што држава као правна институција, која је у том смислу изашла из правног појма својине, не може променити овај основни ред ствари у себи т. ј. индивидуални правни систем, а да не промени саму себе. Јер,

ако основни атрибут државе значи власт, она индивидуални правни систем свој не може изменити, а да не изгуби свој основни атрибут: држава може заповедати својим грађанима, али их не може убеђивати.

3. Злоупотреба права је у ствари прекорачење власти чији је носилац правни субјект.

Из факта да је право својине основни правни појам и из факта да је оно и апсолутни појам, ми смо извели закључак да вршење једног таквог, основног и апсолутног права значи у ствари једну власт. Појам власти и појам права у овом случају поклапају се.

Тачност овог резонувања огледа се најбоље на примени појма права својине као власти у теорији злоупотребе права. Ту се да видети зашто су најпре Римљани, од којих потиче основ и идеја злоупотребе права, били брижљиви у забрањивању не само долозног вршења права, већ и сваког другог које би нанело очигледну штету другоме и поред свих својих идеја о праву својине као апсолутном појму.

Најзад њиме се може једино објаснити, не како се право може злоупотребити, јер су право и злоупотреба два диспаратна појма, већ како се у вршењу једног права може прекорачити граница власти, којој је извор то право.

Теорија злоупотребе права није дефинитивно однела победу, јер није довољно могла утврдити да се једно право може злоупотребити. Она је по нашем мишљењу више успела да повећа правну терминологију и да открије два стања, у погледу на једно право. У опште узето свако субјективно право има два стања: Стање некретања, кад правни субјект своје право не ставља у покрет, нити му тражи ефекат претварајући својински однос у једну објективну правну ситуацију. И стање фактичког вршења својинског права, где власник као субјект права својине предузима акте субјективне власти које му својинско право даје на предмету својине.

Прво стање је у ствари неупотреба права, било у целом његовом обиму, било делимично. Тако на пр. право сво-

јине састоји се из трију посебних права на ствари: право употребе, право прибирања плодова и право напуштања, отуђења. Па ипак сва та три права, која сопственик сваке ствари несумњиво има, чим је постао сопственик ствари, не морају бити стављена у покрет. Право својине може се свести од стране сопственика на једно просто прибирање прихода, или се пак може оставити и без тога, па ипак то не значи да је право сопствености смањено или уништено. Оно је само у латентном стању, у стању објективно-правном. Исто тако сопственик има право продати своје имање, што је један атрибут својине, па ипак док ту продају не изврши, то његово право не добива никакав конкретан облик његовог субјективног права. Међутим чим сопственик једне ствари исту прода, атрибут својински оличен у *jus abutendi* постаје стварност и производи своје ефекте. То стање разликује се несумњиво од латентног правног стања, и оно представља покрет оне власти која је заснована правом својине у корист његовог субјекта, власника добра.

Међутим питање је велико да ли и свако вршење једног права може довести до злоупотребе његове, јер ако се допусти да се може ма и једно право злоупотребити, онда се мора признати да се и свако право може злоупотребити, а то би значило да у ствари права и нема.

Друга је погрешка присталица теорија злоупотребе права у узимању ефеката за узрок и у погрешном схватању извесних законских санкција, које постоје још од Римског Законодавства па до данас, у погледу на извесне начине којима се врши једно право. Тако на пр. познати пример још из закона од 12. таблица, о сопственику који копајући ров, јендек на своје земљишту одведе воду суседову, показује најбоље ово диференцирање начина вршења права. Сваки сопственик има право копати ров на своје земљишту, али ако то копање лиши воде његова суседа, тај акт значи прекорачење његовог права. Истина је да је Римско Право код ових случајева као на пр. и код случајева: кад неко пали ђубришта, само за то да би правни дим који је сметао суседу, ценило намеру сопственика у вршењу његовог права, и према томе оним лицима која су таквим вршењем права оште-

ћена давао тужбе *damni infecti* и *utilis* или *condictio ob turpem causam*. Другим речима Римски је законодавац спречавао свако долозно вршење права, али је се и у другим случајевима, баш и кад нема у вршењу једног права намере да се другоме нанесе штета; Римски законодавац стављао на критеријум морала и справедливости (*Jus est ars boni et aequi*). Отуда ми мислимо да се и субјективна и објективна теорија злоупотребе права своди на један исти мотив морала и спроведливости, јер било да се испитује намера у вршењу права да би се спречило долозно вршење његово, било да се с погледом на општу правичу и једнакост забрањује вршење права, кад оно штети другоме, без обзира дали вршилац има намеру да чини ту штету, вечито је један исти став теоретичарев. Он забрањује оно што је неморално и у једном и у другом случају. А то је последица схватања права у Римском законодавству, које је поставило правило да у вршењу права треба тражити морал као основу сваког субјективног права и где је са установом *actio in bonum et aequum*.¹ од судије направљен цензор и дата му најшира власт у погледу на морал и једнакост и њихову примену на грађанске спорове.² Тако је у ствари злоупотреба права црпила своје идеје у Римском Законодавству, а то зато што су наши правни системи и сва наша правна схватања поникла у њему.

Али када се дубље уђе у разматрање правних одредаба, које су спречавале код Римљана злоупотребу права, осим горњих констатација налази се још и једна нова.

Ми смо рекли, да својина у својим почетцима, а специјално у Римском Праву, носи свеособине једне власти. Схватајући право својине као власт, Римски је Законодавац ограничио вршиоце те власти у њиховом делању, јер је то вршење власти скопчано са појмом јавног мо-

¹ *Pomponius*, поводом *actio rei uxoriae*, тако да судија има најширу власт примене принципа једнакости *D. I. 23. t. 3, 6—2*. Исти циљ има и *actio in factum*.

² Свугде, а нарочито у праву, треба гледати на једнакост (*aequitas*): *Cod. III. — 1 fr. 8*.

рала и опште једнакости. Отуда се појава забране злоупотребе права код Римљана, прво појавила код својинског права, узетог онако како смо га ми горе означили. Иначе римско схватање права било је увек апсолутног карактера и у том погледу било би несумњиво тачно мишљење Планиолово, да Римско Право није познавало појам злоупотребе права. Међутим текстове римске о забрани вршења права на начин, којим се руши правила и морал, ако је немогуће објаснити појмом злоупотребе права, лако је објаснити појмом прекорачења власти, „Свака се власт да злоупотребити“, вели Монтескије. Отуда су и Римљани временом ограничили и очинску власт и мужевљеву власт и *dominica potestas* и својинску власт и власт располагања својим добрима за живота и на случај смрти.

Питање има ли у опште злоупотребе права, замењује се питањем може ли се власт која проистиче из једног субјективног права злоупотребити и прекорачити? И тако појам злоупотребе права није у ствари нов. Римско Законодавство садржи масу одредаба, чија је тежња да се у примени свога права не чини штета другоме. И данас појам злоупотребе права постоји у теорији и законодавствима само оних земаља, чији правни систем води своје порекло из Римског права.¹ — чл. 226. Немачког Грађанског Закона и чл. 1382. Фран. Гр. Зак. само су деривативи чувеног текста Улпијановог.²

Схватајући сва та права као вршење власти, јер су сва имала својински карактер, Римски је Законодавац и ограничавао њихове злоупотребе као прекорачење власти. Власт се може злоупотребити, али право не.

¹ Енглеска га нема, јер се њено право развијало потпуно независно од Римског Права.

² То је гледиште нашег поштованог професора Рим. Пандекти, са Лијонског Универзитета г. С. Appleton, који тврди чак да правило: *neminem ledit qui suo jure utitur*, није римско, да је оно пронађено од противника теорије злоупотребе права и да за то има доказа и у Дигестима, н. пр. D. 1. — t. 17. fr. 55. — позивајући се уз то и на Паула, који вели (P. 202): *omnis definitio in jure civilis periculosa est: parum est enim ut nos subverti possit*.

Одавде је лако утврдити колико је вршење једног права слично једном акту власти и колико право у стању вршења и невршења, у његовој субјективној и објективној ситуацији, представља један нов терен за теориска разматрања. Тако је појам злоупотребе сведен у приватном праву на његова право значење: то је појам прекорачења или злоупотребе власти коју правни субјект црпи из свог субјективног права. Ако је власт основни атрибут државе као правне организације у јавном праву, вршење субјективног права својине је једна власт у приватно правном систему, а власт се може злоупотребити и на једном и на другом месту. И како је државна власт јача од појединаца, јер она у ствари апсорбује све те индивидуалне власти на својој територији, она може све те власти и ограничити. То се ограничавање да објаснити и уобичајеним појмовима цивилног права. Субјективна права представљају правну моћ у границама обележеним објективним правом. На тај начин свако је право ограничено двоструко субјективно и објективно. Како држава на основу своје власти прописује законе, то она и ограничава сва права. А ко може ограничавати, може и границе мењати.

Појам својине као власти, баца нову светлост на многа досадања питања и проблеме у праву. Њиме се донекле може објаснити порекло државе као правне институције, њиме се приватна својина потпуније објашњава, а појам злоупотребе права добија одређенији вид и могућност да се теоријски конструише.

ПОКУШАЈ ЈЕДНЕ ТЕОРИЈЕ УГОВОРНИ СТАТУСА.

Кроз цео деветнаести век чинили су индивидуалисти напор да све односе у приватном праву сведу на своју индивидуалистичку концепцију субјективних права. Међутим ти напори¹ нису могли прећи извесне тешкоће у том погледу и свођење многих односа у приватном праву на чист индивидуалистички појам правног субјекта и његове суверености у кругу његових приватних права, остало је више покушај теоријски. Па не само то, већ је и уговорни однос тешко било наћи и у многим правним институцијама, и ако су те институције биле стални извори облигацијоних односа. Отуда се покушало генерализовати па поред уговора огласити и закон као специјални извор облигација. Али и тиме проблем није био решен, јер има законских обавеза које потичу из институција приватног права, које су засноване на једном уговорном односу пошто су постале из уговора. Даље пак, данашњи многи правни феномени, као синтеза социјалног живота у правној пракси, превазилазе увелико правне формуле старих законика. Трансформације у лично правним односима, као што је породични, као и у имовинско правним, тако су осетне и често дубоке, да се очигледне за цео свет, а не само за спекулативне духовнаучнике. „Ми присуствујемо заиста правој побуни факата против кодекса“ — вели професор Гастон Морен.²)

¹ Planiol — T. de droit civil — t. II. 1917, — Préface.

² G. Morin. La révolte des faits contre le code-pref. 7. Paris — 1920,

И док с једне стране жена излази све више из потчињеног положаја у који је постављена мужевљевом влашћу, дотле с друге стране њен положај у породици, а специјално у њеном материнском односу, постаје много праведнији. И у старатељском праву, жена се већ и код нас, еманципује и стиче старатељску способност.

У имовинско правним односима, трансформације су још дубље и осетније. Строга концепција римске теорије уговора, давно је ублажена. Данас о њој и није више реч, и ако романизам држи многе духове под својим утицајем. Економски пак живот, бескрајно развијенији од оног из времена кад је, на пример, наш Грађански Законик донет — створио је нове погледе на правне односе и наметнуо правној пракси нове правне институције.¹

Развитак односа у праву као и у друштву, иде све више од субјективног као објективном, од индивидуалног ка социјалним и колективном. Синтетизирање правних односа већ се врши у маси и за масу случајева. Тако је индивидуални најамни уговор готово ишчезао у целој једној групи друштвене економске делатности, а нова теоријска схватања стално чине напоре да право изведу дефинитивно из римских традиција.

Својина је такђе почела губити свој првобитни апстрактни и апсолутни појам у праву. Она се ограничава с погледом на опште друштвене односе и социјалну правду и без обзира на њеног правног субјекта, апстрактно узета као правни факт, својина постаје и један социјални чинилац.²

Па и теорија облигација захваћена је антииндивидуалистичком интерпретацијом моралних принципа и социјалних идеја. Једни су научници у томе пошли од социјалних консидација, други од моралних. Први полазе од великих струја социјалних, од хармоније у раз-

¹ Г. Ж. Перић назива ово, све јаче бављење законодавчево економским консидацијама, материјализацијом приватних права. Види J. P.: De la matérialisation des droits privés — p. 28. (прештампано из Revue de droit civil, 1913)

² Видети Устав, нарочито чл. 37.

витки социјалних сила и од потреба и жеља да се обезбеди сигурност и стабилност имовинско правна.¹ Други полазе од моралних принципа и потребе да се они узму за базу при изучавању теорије облигација, ослањајући се на савест и праведност, тражећи да пронађу утицај идеја моралних у њеној борби против економске надмоћности.²

У том реду идеја наилазимо и на покушаје да се извесна правна стања, која се одликују нарочитим квалитативом дугог трајања и сталношћу заснованог правног односа, ближе одреде по месту у општој теорији облигација, и ближе и довољније испитају. Опазило се наиме: да ти правни односи и ако засновани једним правним актом, који има суштину једног уговора, ипак ван тога акта добијају извесне особине правне трајнијег и непроменљивијег карактера. Тако да се, у примеру узети, осетно разликују уговор о куповини и продаји, или о зајму, или о промени, од уговора о браку, или о усыновљењу. То је од прилике мисао коју је истакао Орију,³ чинећи порђење између чистог уговора, као тренутног правног посла и правне институције, чије трајање може бити неограничено.

То је мисао и Демогова⁴ који испитујући правну природу уговора у опште, издваја брак, адопцију и до извесног степена и удружења (цивилна друштва) од општег појма уговора, третирајући их као погодбене правне акте, које карактерише сталност и дужина трајања правних односа, који су тим актима засновани у корист једног лица. По Демогу, те правне акте карактерише стварање средством њиховим једног status-a, који даје правну моћ извесним лицима на неограничен број правних аката

⁵ R. Demogue: *Traité des obligations en général* — t. I, II, III, IV, Paris — 1921 7—5.

⁶ G. Ripert: *La règle morale dans les obligations civiles*. 1925. p. 3.

⁷ Hauriou: *De l'institution* — *Recueil de l'académie de Toulouse* — 1906.

⁸ R. Demogue: *T. des obligations en général*. t. I. p. 68 и даље.

према свакоме. Само Демог сматра, да је то управо последица једног нарочитог принципа у праву: правне ситуације особито дугог трајања, имају потребу једног нарочитог респектовања; отуда оне постају јавно правног карактера.

У даљем излагању ми ћемо указати на разне покушаје да се поменути правни односи схвате на овај или онај начин и да се њихово тумачење доведе ближе основним концептима теорије о уговорима и опште теорије облигација. За сада се осврћемо у кратко на ова два изложена гледишта.

Тачно је гледиште о правним институцијама, као и оно о status-у. Тачна су оба, јер посебице садрже један део истине, која се намеће код посматрања извесних правних односа, чија трајност и сталност излази из круга обичних уговора, док по својим особинама, а нарочито по правним актима на којима су засновани, ти правни односи иду у ред уговора.

Спајајући ова два гледишта, која се у осталом разликују више по форми но у суштини, ми смо у њиховим поставкама нашли једну полазну тачку за гледиште које по нашем мишљењу, више одговара тачности, а даје могућности да се сви ти правни односи одвоје у засебну групу, пошто и иначе својом правном природом излазе из општег теоријског уговорног става.

За разлику од обичних, тако званих законских статуса, постоји одвојен ред уговорних статуса, који налазе свој извор и своје правно оправдање у правним актима из којих су постали, а који имају карактер уговора, као што је код брака и адопције, или статута и конвенције, као што је код удружења и колективних уговора, или најзад једностраног акта, као што је код пријема наслеђа.

У овом смислу треба ипак издвојити личне статусе од имовинских институција. Док су код адопције и брака у првом реду у питању лично правни односи, дотле су они код цивилних друштава више елиминисани, јер је у питању више имовинско правни однос. Отуда ћемо прво почети са личним статусима.

1. Брак као уговорни статус.

Исто онако како се диференцира право својине са свима његовим атрибутима и трајним правним односом његовог субјекта према предмету својинском и трећим лицима, од самог акта стицања својине било уговором и продајом, било наслеђем или другим којим начином, исто тако се јасно могу подвојити извесна стална стања и стални правни односи правних субјеката, од оних правних аката који су та стања и те односе условили.

Па се одатле може посматрати један низ аката и правних радњи, које један правни субјект може чинити пуноважно са неограниченим роком трајања, што у ствари чини његов status нов или проширен, а да тај низ аката и правних радњи буде детерминисан и условљен само једним основним, погодбеним актом, који издвојен и посматран сам за себе, представља чист тип уговора или бар конвенције, у њиховом цивилно правном значењу.

Акт закључења брака посматран као такав и изолован од његових правних последица детерминисаних законом, представља на први поглед један приватно правни уговор. Сплет пак права и обавеза које тај акт проузрокује између супруга, нема опет ничега заједничког, ни идентичног са једним чисто уговорним стањем и односом већ ни по томе, што је законодавац у напред регулисао та права и обавезе супруга одредбама, које су далеко од уговорног карактера, пошто су принудне.

У праву постоји и навика да се брак, као приватно правни однос, назива уговором и да се као такав и третира. Међу тим тешко је у опште теоријски оправдати овакво схватање и назвати уговорним правне односе, који су засновани браком. Та се тешкоћа појављује и код извесних сталних приватно правних односа заснованих на такозваним статутним уговарањима, као што су друштва у приватно правном смислу (*société civile*) или још и колективни уговори.

Ми смо већ о нечему из ових проблемских делова Грађанског Права покушали дати солуцију и обележити

њихово право место у погледу на позитивни систем приватног права.¹

Посматран као правни акт, брак има заиста изглед једног уговора. То је један правни акт у коме сагласност воља детерминише у првом реду његову правну природу. Отуд брак у опште изгледа као и сваки други двостран комутативан уговор, јер видимо да се и код њега обавезе и права појављују прецизирана, наизменично и реципрочно за обе стране. У погледу на форму он је свечан уговор. Па ипак брак није уговор, бар онакав како данас систем Грађанског Права уговоре схвата. Отуда у теорији уговора, брак не постоји као уговор, а мишљења правника о природи тог правног односа многострука су и различна.

Тако се брак по једнима сматра, као један погодбени правни посао, који заснива сталне односе између два одређена лица, са јасно обележеним правима и обавезама, а са дугим трајањем. Не могући примити тезу да брак није уговор, ови писци дају солуцију у посредном решењу, тврдећи да је главно одредити тачно правну природу саме установе, а да је споредно питање да ли је та установа уговор или не.²

Отуда у њиховом схватању постоји индентитет између правне природе свих тих аката, како код ових, као што је брак, названих погодбених аката, тако и код такозваних статутних уговора, који у погледу на трећа лица делују још и стварањем једне моралне личности. (пр. Удружења).

По другима, брак је једна правна институција, чија је главна одлика сталност и неограниченост у трајању заснованих правних односа, на супрот уговору, као једној привременој и у трајању ограниченој правној радњи.³

Тој институцији може основа бити и уговорна, али је та основа потпуно потчињена нарочитим потребама.

По трећима, с обзиром на предмет уговарања и

¹ Convention collective de travail. Lyon — 1921.

² R. Demogue; навед. дело — t. I. 69.

³ Hauriou: De l' institution — R. de l'academie de Toulouse 1906.

његов утицај на класификацију уговора, изгледа да ни брак, ни усвојење нису уговори, као што не могу бити у опште уговори они акти, који се односе на заснивање лично правних односа.¹

Немајући директних имовинских последица, ти уговорни односи немају карактер упора и не могу се ни сматрати као уговор.

Отуда се с разлогом може рећи да питање правне природе брака није у науци правној ни до данас решено. Основно схватање т. ј. схватање да је брачни однос уговорни однос и да је брак уговор, трпи следеће приговоре.

Уговор о браку, као и још неки извесни уговори, који имају исту мањљивост у погледу теоријском, који се у науци мање више, сви групишу у један ред, јесу још и уговори о адопцији и до извесног степена уговори о склапању друштава (*société civiles*). Сви они имају једну општу одлику: да њиховом природом и судбином доминирају извесни општи интереси, који излазе из круга приватних сфера и представљају у ствари један јавни интерес. Тиме се пак, они приближују извесним уговорима који постоје и у јавном праву, као што је на пр. именовање једног чиновника, које предстаља један двострук појам: јавну функцију и најамни однос.

С обзиром на ову особину уговора о браку, прва опсервација која се намеће, јесте ова: може ли се према оваковој правној ситуацији поменутих уговора, примити без контекстације поставка да је уговор о закључењу брака заиста уговор у приватно правном смислу, кад његовом судбином и природом доминира, не интерес приватних уговорача, већ интерес општи самога друштва и државе. И да ли се онда може, код ових уговора говорити о каквим субјективним и индивидуалним правима странака?

Диги вели за сличне уговоре из јавног права, да је то сумњиво.²

Друга је карактеристика ових уговора да су они погодбени акти који се одликују тиме, што стварају

¹ D. Giorgi: *Obbligazioni* — t. III. ed. 7.

² Duguit: *Manuel de droit constitutionnel* — p. 430.

једну правну ситуацију дугог трајања у корист једног лица, где то трајање изазива потребу једног нарочитог старања, које се претвара у питање јавног поретка.¹⁾

Отуда је правна наука почела разликовати ове акте закључења брака и адопције од обичних уговора и посматрати их као нарочите правне институције, чије трајање може бити без рока и краја. И како у тим институцијама, осим разлике у трајању и карактера општег интереса, постоји још, као што каже Naugleu и разлика од обичних уговора у ублажености или одсуству заоштрениости супротних интереса странака, тиме се уговорни карактер код ових правних аката све више губи.

Ова друга карактеристика уговора-институција, у које долази и брак, одговара још и једном другом питању из теорије уговора, а то је питање о ограничењу уговора с погледом на основну намену његову, да служи као извор облигација.

У погледу пак на ово ограничење или на питање простирања уговора, теоријски је потребно одвојити уговор као такав, од његовог ширег појма, који је у Римском праву био познат под именом *conventio*.² Наша правна терминологија није конвенцију означила нарочитим изразом, то већ и по томе, што се наш Грађански Законик (§ 531.) није ни упуштао у стварање једне стручне дефиниције уговора, онако како то на пример чини Франц. Грађ. Зак. у члану 1101.

Отуда је за нашу правну науку од потребе, одвојити ова два правна појма, као што је то учинило и Римско Право и страна грађанска права и дати јаснију правну карактеристику и једног и другог.

Право је још у римско доба одвојило два појма уговора: један шири, други ужи, *conventio* и *contractus*. *Conventio est duorum plurimve in idem placitum consesus*

¹ Demogue: нав. дело р. 68 и 69.

² Ми се не слажемо у теорији са мишљењем г. Д-ра Ч. Марковића: да је конвенција и уговор једно исто. В. Ч. М.: Облигационо право ст. 1. — 1925.

(Dig. 1. 1. § 2) — што ће се наћи као дефиниција и код модерних писаца.¹

Овоме треба додати, да би дефиниција била потпуна, наставак цитираног текста: *et diversis animi motibus in unum consentire. Contractus, je пак био један правни акт; извор облигација и формалан правни посао: obligationes ex contractu nascuntur*. Отуда се у науци, нарочито у Француском праву, ишло на то да се особено карактерише и један и други правни појам. Већина писаца је стала на гледиште да је уговор једна специјална категорије конвенција (чл. 1101. Фр. Грађ. Зак.), а да је конвенција правни акт којим се могу створити облигације, којим се облигације могу мењати и којим се могу гасити. Уговор би према томе био конвенција којој је специјални циљ да створи облигације². Диги-пак има свој систем и своју терминологију. По њему уговором треба назвати само оне правне радње којима се ствара једна субјективна правна ситуација (на пример куповина и продаја), а конвенцијом оне правне радње које осим

¹ Aubry et Rau: *Traité de droit civil* — t. IV 467 ed. 5.

² Реч и појам облигација ми узимамо у њиховом пуном обиму и правном значењу. Са тога се разлога и не служимо терминологијом, која је убичајена код нас, јер та терминологија не одговара довољно правом значењу речи облигација, а нешто је и ужа. Тако се код нас облигације називају час тражбином, час обавезом, а често једним и другим, т. ј. тражбином и обавезом. Међутим тражбина и обавеза значе један исти правни однос између два лица, само је разлика са које се стране тај однос посматра: да ли са активне и онда је тражбина, или са пасивне и онда је обавеза. Док реч облигација значи однос, узет у целом значењу, независно од тог посебног посматрања, што је много целисходније и правилније, нарочито код теоријског разматрања облигација. Истина је да се код нас, по § 191 грађ. суд. пост. облигацијом назива и само доказно средство, писмено о дугу, али ми мислимо да због овог погрешно или неусмено употребљеног термина, не треба ми да грађимо нову погрешку, па да један у праву пречишћен појам и термин замењујемо новим. У осталом те забуне у називу, овде може бити само за ланка.

Најзад термин „облигација“, оправдава и сам индентитет предмета код тражбине и обавезе, нарочито с погледом на њихов реципрочитет. Осим овога термин тражбина и обавеза, ближи је по свом значењу процесном, него материјалном праву.

овога представљају један правилник, једну врсту закона (као напр. *conventions-collectives de travail*)¹. Ова је терминологија, бар што се тиче колективних уговора о раду, ушла у праксу и тако је и законодавство Француско (зак. од 1919. и 1920 г.) назвало те уговоре конвенцијама.

Један уговор већ по себи представља једну конвенцију. У Римском Праву се сматрало да, чим се два или више лица буду сложила о једном одређеном предмету, онда између њих постоји конвенција или пакт: *et est pactio plurimvê in idem placitum consensus*. — (Dig. 1. 1. § 2. *pactis* II. 14.)¹.

На истом месту у Дигестама наводи се и Педијусова дефиниција конвенције: *nullum est contractum nullam obligationem, quae non habet in se conventionem*. (D. 1. 1. § 3 *de pact*, II. 14.)

Конвенцијом су се дакле у Римском Праву облигације могле стварати, гасити и мењати. Оне пак конвенције, којима су само засниване облигација, јер све на пример облигације нису могле ни бити конституисане конвенцијом, чиниле су нарочиту врсту, која је позната под именом уговора у ужем смислу, *contractus*. Али у Римском Праву ни све конвенције, одређене да заснују једну облигацију, нису апсолутно биле класиране као уговор. Старо правило које је господарило у класичном добу и одржало се било све до Јустинијана, прописивало је да сама проста сагласност странака, прост пакт, *nuda pactio*, није био довољан, ни у стању да правно заснује облигациони однос. Требало је да те пакте прати и једна извесна форма, која је имала за циљ да детерминише прецизно манифестовану вољу, па је тек онда тај пакт постајао уговор, који је био санкционисан тужбом и који је сматран као прави извор облигација. (*Nuda pactio obligationem non parit*. D. 1. 7. § 4. *de pac*. II. 14.)

Ово диференцирање уговора и конвенције остало је и у модерним правима, Тако је уговор сведен на конвенцију којој се облигациони односи само заснивају.

¹ Duguit: *Transformation du droit public* — p. 130.

² О истом Demogue: нав. дел. t. i. p. 66-7.

Отуда правило да свака конвенција није још уговор, али да је уговор увек конвенција: конвенција је шири појам уговора.

Према овоме се и дошло до концепта: да су уговори све оне конвенције којима је циљ да заснују облигационе односе. Према томе за један правни акт, теоријски рећи ће се да је он уговор само онда, кад се тим правним актом који представља споразум двају или више воља, заснива облигациони однос између лица, која су те воље изразила.

У овоме је основна теорија уговора и на томе је заснована класификација правних послова, под именом уговора.

С тога наше разматрање о правној природи брака, а специјално о томе да ли је брак уговор, што ближе значи извор облигација, мора ићи овим редом и испитати теоријски став брака с обзиром на опште поставке у теорији уговора.

Уговор је као правни акт у основи један од главних или најглавнији извор облигација.

Посматран с те стране, брак треба да буде исто тако једна конвенција, којој је циљ да буде извор облигација и то облигација како су оне детерминисане у приватном праву, у теорији облигација. Отуда прво питање, које се намеће: да ли предмет облигација створених браком, има исте особине, које има по опште теоријском концепту предмет облигација у приватном праву.

Па ако то јесте, онда се брак мора примити као уговор; а ако није, мора се јасно одредити његова правна природа и наћи му место међу осталим установама приватног права.

Рекли смо да је конвенција онај правни акт, који проистиче из сагласности лица, која имају реципрочне интересе и она може сложити за стварање, модификацију и гашење облигација. Уговор је дакле специјална категорија конвенција, то јест она, којој је циљ заснивања облигација.

Посматран као такав, да ли акт закључења брака

представља уговор, т. ј. да ли и он има за циљ да заснује и да ли заснива облигационе односе између супруга?

Одговор зависи од питања шта је обавеза или шта је тражбина у приватно правном смислу? По једном схватању које је у Немачком Праву оборено од Јеринга и које и Немачки Грађ. Зак. не усваја потпуно, облигација има само онда, кад је предмет облигације означен или изражљив у новчаној вредности. Тврдило се на име да је Римско Право имало свој одлучан став у погледу на правну вредност облигација с обзиром на њихов предмет и да је тај став био у концепту: да облигације нема, ако њен предмет није једна престација изражена у новчаној вредности.¹

И ако многа критиковано ово гледиште није сасвим напуштено у праву. Нарочито су неки италијански правници, као што је познати Giorgi, стали на гледиште да ни брак, ни адопција, ни сви уговори релативно личног карактера — нису уговори у строгом значењу те речи, за то баш, што ти уговори немају непосредних имовинских последица. На против постоји супротно мишљење већ поменуто Јерингово,² које је донекле усвојио и немачки Грађ. Законик у чл. 241., које заступају и виђени француски правници као Салеј, Демог и други. Тако Демог дефинише обавезе овим речима: обавеза је правна ситуација којој је циљ једна радња или нерадња од економске или моралне вредности, чије су остварење извесна лица дужна осигурати.³

Ова се дефиниција приближује оној из чл. 241. Нем. Грађ. Зак. по којој, а на основу облигационог односа, поверилац има права захтевати извршене сваке обавезе од дужника. Ова се пак обавеза може састојати и у нечињењу. Али ако је тачно да се ове две формуле приближују, није тачно да оне значе једно исто, као што није тачно и то, да је Нем. Грађ. Закон примио до краја поставку да и обавезе моралне садржине имају правни

¹ R. Salailles: *Théorie générale de l'obligation* — p. 8. § 8.

² Ihering: *Jahrbuch für Dogm.* t. XVIII c. 41 и даље.

³ Demogue: навед. д. I. 64.

карактер. Тако Нем. Грађ. Зак. у чл. 253., 836., 847—1300 даје баш тај пекуниарни карактер облигационом предмету и код моралног оштећења, као код накнаде због раскида веридбе и т. д.

Осим овога, каже се да брак није уговор и са разлога, што не само обавеза супружанске верности, већ ни обавезе алименторне, немају карактер грђанских обавеза, јер немају имовинско правне вредности, пошто својим предметом у тражбеном погледу нису имовинске, исто онако као и оне обавезе које додирују јавно право. Оне могу имати само имовинских санкција, а то није довољно па да имају правни карактер обавезе, а чим тај карактер немају, ти акти који су извор ових и оваквих облигација нису уговори у приватно правном смислу.¹

Међутим очигледно је, да се ова објективна карактеристика уговора, као извора облигација са предметом чисто економског карактера, не може примити ни као основно, ни као једино мерило за класирање брака и усвојења као уговора у приватно правном смислу.

Очигледно је да тражбени односи из брака или из усвојења немају карактер имовински, али и брак и усвојење дају живота извесним правима, ако не за себе стране, оно сигурно за тако звану слабију страну, једним извесним правима на тражење давања од друге стране, давања која имају не само у опште економску, већ и вредност новчану. Код брака је то право претворено у обавезу мужа да издржава своју жену, обавезу сталну, која истина не истиче директно из брачног акта, већ из законодавног прописа, за чију је примену непосредни узрок баш тај брачни акт. Код усвојења слична је ситуација у погледу на право усвојеника да тражи наслеђе из заоставштине усвојитеља.

Па ипак с друге стране, немогуће је исто тако рећи: брак и адопција представљају све карактерне знаке једног уговора. Ово долази по нашем мишљењу од факта да није само предмет обавезе оно, што дефинитивно карактерише као уговор онај акт, који је извор те обавезе.

¹ Polacco: Obbligazioni — с. 17 l. 197 и даље — ed. 2.

Ми смо већ напоменули да брак као правни акт није само, и не може бити посматран само, као прост извор тражбини и обавеза, као један обичан уговор индивидуалног правног карактера. Брачни односи по својој трајању, а нарочито по својој претежно моралној каузи и особинама, представљају нешто више од обичног уговора. Брак је у ствари једра правна институција, једна законска установа, која је извор небројеном низу правних аката и облигација за лица, која том институцијом регулишу свој породични унутрашњи однос и свој породични и брачни друштвени положај, Ту пак сталност и ту социјалну карактеристику и брака и адопције, обични приватно правни уговори, као што је на пример куповина и продаја, немају и не могу имати. А на тој разлици постављени су нови принципи, којима је тежња да дефинитивно регулишу природу брака као правног акта.

Посматран са стране самих лица која га закључују, брак или ако хоћемо, уговор о браку, даје још мање изглед једног уговора приватно правног карактера. Сви уговори, па и конвенције изгледају индивидуалистима као манифестација слободне воље. И ако ова општа поставка о слободи воља уговорача данас трпи одлучне рестрикције и теоријске и законске, ипак је несумњиво да се слобода воље уговорача, обично ограничена јавним поретком, законом и донекле моралом, ставља као први принцип за теоријску концепцију уговора.

Међу тим брак као уговор, лишава уговораче аутономије у погледу уговарања, јер су унапред постављени услови под којима брак могу закључити, као и права и обавезе које из тог закљученог односа проистичу. Супрузи који ступају у брак могу у погледу слободе уговарања, само у једном слободни бити, а то је у избору лица са којима ће тај брачни однос закључити, док о условима под којима ће га закључити и о правима и дужностима проистеклим из тог односа, супрузи не могу ни дискутовати.

Осим овога, принудни карактер правних односа заснованих браком, преноси се и на даље породичне

односе у браку, везујући по напред утврђеним нормама и потомство, децу рођену из тог односа. не допуштајући ни у том погледу, ни деци, ни родитељима никакву слободу у регулисању њихових односа.

Ова принудност норми које регулишу брачне односе, пренета на породицу и на брачну филијацију, чини те и уговор о усвојењу у погледу слободе уговарања, иде у исти ред са браком.

Разуме се да познати узроци овог стања нису овде у питању. Констатације су ове потребне у толико у колико се има подвући принудни карактер брачног односа, одсуство принципа слободе уговарања и тако зване аутономије воља. Јер уговора, по принципима који владају у праву нема, ако слободне воље и слободе уговарања нема.

Међу тим акт који значи закључење брака, ми не говоримо о самој свечаности закључења, у суштини, а по мишљењу многих писаца, јесте акт погодбени за стварање једне нарочите правне институције. Сматра се на име с правом, да је тако звани уговор о закључењу брака, као и још неки правни акти, један условни акт у томе и по томе, што ако се он закључи, њиме је створен један сталан правни однос, стална правна ситуација у корист једног лица. И у толико је тај акт у основи својој уговор своје врсте, који је унапред одређен и којим господари једна нарочита потреба. Отуда се сматра да се тим актима стварају нарочити статуси.

Било да брак покушамо схватити као уговор, било у ширем значењу као конвенцију, из досадањег излагања јасно се истичу три основна факта у питању правне природе његове.

Пре свега брачни однос почива на једном преимућству мужа, које се огледа у мужевљевој власти. Појам уговора, и појам власти пак искључују се. Овде тим пре, што мужевљева власт не проистиче из уговора о браку већ из законских прописа.

Аутономија воље код брака карактеристично је елиминирана. Њу је законодавац у принципу одбацио, а тиме у суштини поништио уговорни карактер брака.

Предмет облигациони је код брака у основи чисто

моралног карактера. Он је многострук, јер однос брачни своју вредност има у континуитету и сталности, што је одлика само правних стања — status-a, а не и чисто уговорних ситуација. Отуда и предмет облигациони нема имовне правне реперкусије у погледу облигационих санкција, али за то с друге стране, брак заснива исвесне обавезе чисто имовинског карактера — као што је алименторна обавеза мужевљева. Но и ова обавеза потиче из закона.

Отуда се и правна наука налази пред дилемом или да не призна брак као уговор, или ако то призна, онда да обори основне принципе индивидуалистичког система у приватном праву.

Демог је рекао да ништа није нетачније, но свести све уговоре на један обичан уговор. Ми додајемо да је код брака то не само нетачно, но и немогуће.

Брак је један законски статус у погледу на брачне односе супруга. Он је пак и уговор у погледу на акт закључења брака. Ти правни акти закључења, увођења (actes conditions) лица која их закључују у правно стање (status-institution), одвојени су и својом правном природом и својим правним значајем. Они за себе представљају изоловане акте изјаве воље лица, која не заснивају тим актима један обичан облигациони однос, већ која кроз тај акт, улазе у једно стање непрекидних односа које је закон у напред регулисао. Други део овог правног посла чини једно стање регулисано законом у лично правном смислу код брака и адопције, или регулисано правилима и статутом у лично и имовинско правном смислу код удружења.

Само брак и адопција чине врсту за себе. И брак и адопција представљају лични статус оних лица, која су у брачном или адоптивном положају. А они су у ствари правни послови мешовитог карактера. С једне стране по учешћу и изјавама странака, они су ближе уговору. С друге стране, по принудности прописа на којима почива однос странака, они су далеко од уговора. Они стоје дакле на граници између приватно правног и јавно правног круга правних радња.

Сада је дакле јасно да брак представља један status, чије оживљавање или стављање у правно дејство код извесних лица бива путем уговора. Отуда се може рећи да он представља један уговорни статус¹.

СОЦИОЛОШКА ШКОЛА И ЊЕНА ОБЈЕКТИВНА ТЕОРИЈА О ИЗВОРИМА ОБЛИГАЦИЈА.

Кад се посматрају облигације, узете као такве независно од њиних извора, то јест правних радњи или против правних делања, кад се тако посматрају, облигације представљају готово цело право, јер се, као што вели Планиол¹) у њима садржи најглавнији део закона, део који у себи скупља све основне појмове правне науке.

Осим тога облигациони део представља у погледу на материју грађанског права, најтеоретскији део његов. Теорија облигација садржи у себи главни домен правне логике, она је најплодније поље научно за чисте логичне спекулације у праву, за резоновања по начину математичара.

Па ипак се овај део правне науке почиње посматрати другим очима и већ се у њему, поред апстрактне правне науке, тражи и онај, свим гранама правне науке урођени, општи заједнички циљ: интерес друштвени — интерес социјални.

Старија учења, која се мање више, сва своде на класички појам облигације, на *vinculum juris* и индивидуалистичко схватање права, налазила су мање више увек: да је човек у праву једна апстрактна индивидуа — један правни субјект одвојен и независан од друштва, у коме живи и делује. И социјални карактер правне науке, али ипак не у модерном схватању његовом, признат је од класичара, само у извесним деловима њеним, и то у оним, који су од очигледног интереса друштвеног или поли-

¹ Ово је први део нашег теоријског излагања о уговорним статусима.

¹ Planiol — Traité de droit civil — II — Préface — 1917.

тичког, као што је наследно право, брак, старатељство и т. д. Али је облигационо право увек остављано ван тог социјалног круга, као одвојена апстрактна материја чисте правне науке.

Међу тим данас се у правној науци све више појављују мишљења и теоријске излагања о човеку као правном чиниоцу, али у исто време и социјалној јединици, а нарочито о томе: да и облигациони део права има свој неоспорно социјални карактер. Сва позитивна законодавства данашња, вели Диги¹ заснована су на индивидуалном праву; међу тим право је социјално, искључиво социјално. Право није као што Јеринг вели политика силе, већ ограничење силе.

У својим познатим коментарима Немачког грађ. законика, Салеј вели: закон је инструменат друштвеног уређења. Он је издат као принцип друштвеног реда — поретка, и како је друштвена материја у сталној трансформацији, уређење које се на ту материју односи треба да следује прогресивно еволуцији средине за коју је донето.²

Тумачење закона садржи једну активну и позитивну улогу, која се састоји у томе, да се из закона и његових одредаба нађе онај смисао који се највише слаже са социјалним циљем закона³ — вели Жени. Такво разлагање и схватање истиче и Данц.⁴

Осим ових погледа на општу правну материју, социолози су почели откривати у својим посматрањима друштвених појава, да се извесни домени правних односа мењају не само у погледу на њихово пространство, већ и на њихову садржину. Тако се нарочито издвајају опажања у погледу на домен уговора, на основу којих се дошло до закључка: да и данас имамо масу нових правних односа, који у опште немају уговорни карактер.⁵

¹ L. Duguit — Etat I c. 255.

² Saleilles: Déclaration de volonté — c. 255.

³ Geny; Methode d'interprétation et les sources en droit privé positif.

⁴ Dantz: Auslegung der Rechtsgeschäfte — I — § 84—1897.

⁵ Durkheim: Division du travail — p. 255.

Па не само то, већ да се домен уговора све више смањује, у колико се подела друштвеног рада повећава.

После социолога, дошли су и правни писци са сличним погледима и са новим учењем, које све више базира на једном социјалном гледишту. Већ од дужег времена, вели Руаст — садашњи професор грађ. права у Греноблу, у своме делу *Notion juridique de contrat collectif* — опазио је цео свет да се уговор, као главни извор облигационих односа налази у правој кризи. Дискусија је почела прво са познатом новином Немачког грађанског закона о изјави воље као бази за правну интерпретацију уговора, а за тим се прудужила дискусијом саме улоге воље у уговорима. Па се отишло и даље, и констатујући тешкоће са којима се класична доктрина вечито бори у погледу на истраживање воље странака, дошло се до тврђења: да при тумачењу уговора треба тражити једино справедљивост, онакву какву је судија буде нашао у својој савести. (*Schlossman: Der Vertrag*).

Најзад се дошло до самог уговора као извора облигација и доказивало, да је његов значај у приватном праву знатно смањен, да је маса тако званих уговора, у ствари само један чист акт пристанка на већ свршене правне факте; да је то акт не уговорног већ статуерног права, који више није извор, већ само потврда раније створених облигација (*Hauriou: l'institution et le droit statutaire. Recueil de l'académie de Toulouse — 1906-c. 134*).

Салеј пак, у своме предговору у делу Женија — о методи тумачења и изворима у позитивном приватном праву¹ вели: сигурност веза, потреба кредита, а и извесна социјалишка открића најзад су нам показали, на супрот сталним рекламацијама за повећањем аутономије воља у уговорима, да слободна игра воље није више ни најмање довољна, да уговор почиње губити свој престиж и свој монополисани положај у теорији извора облигација — и да изван слободног уговора има и сувише места за нове правне творевине, инспирисане правдом и

¹ Cèny: Méthode d'interpretation et les sources en droit privé positif. Préface de Raym. Saleilles)

правицом, и једним духом тежње за потпунијом солидарношћу, по коме индивидуална воља, ма колико била сујетна на своју независност, мора једном стати под власт извесних општих закона, који доминирају и регулишу слободну игру индивидуалних правних односа.¹

Са свих страна почиње дакле једна нова, често оштра и често умесна критика целе теорије уговора, једна стварна офанзива на старо класично учење о изворима облигација и на општи индивидуалистички став данашњег система приватног права. Најзад су дошла и нова мишљења заснована на поменутим критикама старог схватања и нове теорије о облигацијама и о изворима њиховим.

Циљ наших излагања јесте једно од најинтересантнијих нових гледишта, одлично правнички брањено и брањено од једног од највећих живих правника Дигија.²

Ради потпунијег излагања, ми ћемо прво показати данашње владајуће гледиште индивидуалистичке доктрине, а нарочито класично учење о изворима облигација, које је мање више још у снази увећани законодавстава, као и у правној науци.

I. Класична школа и њена индивидуалистичка теорија.

Карактерна црта класичног учења лежи у овоме: Облигација узета у њеном правом значењу, јесте правна веза између два лица од којих је једно принуђено чинити што или не чинити у корист другог. Ова је дефиниција позајмљена и потиче из Јустинијанових Институција (lib. III t. XIII pr.) и у римском тексту гласи: *Obligatio est*

¹ види: *Rundstein: Tarifverträge und moderne Rechtswissenschaft; Deslandres: L'avenement de l'associationisme (Chronique sociale de France 1908 c. 225.)*

² *Duguit: l'acte juridique, у делу: Etat, droit objectif et la loi positive. I — 148.* У овом реду идеја интересантна је, теорија проф. Адолфа Меркла, чију је најновију књигу. *Die Lehre von der Rechtskraft — 1923.* приказао професор Љубљанског Универзитета г. Л. Питамиц у Архиву — св. за март. 1924.

juris vinculum, [quo necessitate abstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.

На овај начин, облигација представља један правни однос између два лица и значи за једно лице право, а за друго обавезу, дуг. Као извор облигација према овоме, означава се свака правна радња у којој тај правни однос, у смислу изложеног значења буде заснован. И стојећи на тој дефиницији облигација, Римско је право а за њим и цела данашња класична школа, поделила изворе облигација: на правне послове и недопуштене радње; на уговор, квази уговор, деликт и квази деликт. Доцније је придодат и закон као пети извор облигација, где долазе све оне облигације које нису постале из ове прве четири категорије. Овакву је поделу потпуно усвојио само Франц. Грађ. зак. у чл. 1370—. И ако римска класификацији извора не говори о квази уговорима и квази деликтима у данашњем смислу, јер ти изрази и нису оригинално римски, ипак је њихово порекло у Римском праву. Римско је право на име бројало у изворе облигација и извесна правна факта, која нису била ни уговор ни деликт (разуме се да ми овде увек мислимо на *delicta privata*). Али Римско право није тим изворима давало неко нарочито име, већ су их писци као на пр. *Caius* — означавали да постају: *ex variis causarum figuris* (*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris — D. I. I, de oblig. XLIV — 7.*)

Ови извори у Римском праву нису били ни класирани. Међутим су Римљани облигације овог порекла означавали као да су постале из уговора или као из деликта, према томе да ли је факт којима су биле те облигације проузроковане био допуштен или недопуштен, забрањен. Зато и *Caius*, у свом већем делу *Aurei*, чији су само неки делови сачувани као фрагменти у Дигестима, а специјално у тексту горе наведеном, чини алузију на ове врсте облигација.¹ Јустинијанове пак Институције су у том погледу прецизније и у њима се говори већ о облигацијама које могу постати: *quasi ex contractu*

¹ *E. Petit-Droit romain 252 § 266.*

и *duasi ex maleficio* (J. § 2 ft.) и тек је много доцније, у 18 веку, ушла у употребу скраћена и синтетизирана формула о квази уговорима и квази деликтима, са којом је дефинитивно била усвојена класична четворна подела извора облигација.

Овај традиционални систем, и ако не сасвим лажан, а оно сигурно иреалан, површан и заплетен, многи представници старе школе свели су на једну рационалнију поделу. Тако Планиол своди изворе облигација на само два: уговор и закон¹; сматрајући с правом да у уговору воља странака ствара облигације, одређујући им предмет и пространство. Закон у томе учествује само у смислу санкционисања уговорних закључака путем давања права на тужбу, или ради надзора над тим правним радњама, означавањем граница до којих слобода уговарања може ићи, прописујући узроке забране или ништавности правних послова, због прекорачења тих граница.

Изван уговора, вели пак даље Планиол, извор облигација може бити само закон. Код свих неугговорних облигација, дужник је обавезан, не зато што би он то хтео, јер он то и неће или и ако би хтео, његова воља изолована и без одговарајуће воље другог лица, не може га ни обавезати правно, — већ за то што то законодавац хоће.

Само што закон, кад ствара једну обавезу за једно лице, ствара је за то што код дужника постоји извесна околност, извесан узрок који оправдава постајање те обавезе. Тај узрок лежи у неправедно нанетој штети, коју је свако лице дужно избећи да чини или ако је учини, дужно је накнадити. Очигледно је да се ова дефиниција потпуно поклапа са облигацијама које произлазе из деликта и квази деликта. Исто је то и са ква-

¹ PlanioI: Droit civil: II §. 807 и §. 809. У осталом ово упрошћавање и свођење извора нарочито у погледу деликта и квази деликта, с обзиром на њихову заједничку основну особину да проистичу из недопуштених радњи — ушло је и у многа законодавства. Тако чл. 823. Нем. грађ. зак. ставља у недопуштене радње, све што се до сада сматрало за деликт и квази деликт, а то је и код Швајцарског грађ. зак.

зиговорним облигацијама, јер и оне по својој дефиницији и садржини, претпостављају једно неправедно оштећење, учињено некоме по томе основу, што се сви квази уговори свode на појам неправедног обogaћења за једног, што неизоставно и неизбежно претпоставља значи оштећење неправедно за другог.

Али и код овако сведене и рационализоване поделе извора, ипак се сва мишљења и теориска разлагања класичара, свode на основу идеју и главну поставку: да облигације у основи значе једну правну везу, *vinculum iuris*, између два лица и да само оне радње јесу извори облигација у којима је вољом странака, управо сагласношћу воља уговорача — или вољом законодаваца, створен један правни однос, једна правна веза између правих субјеката.

По томе учењу, увек се замишља у сваком облигационом односу једна правна веза, један однос између два лица, један двострук однос: обвезе и тражбине, дужника и повериоца. Ово је правило неопоримо, вели Планиол. Применимо ли га и на својину и ту ћемо видети, као и у целом стварном праву, да постоји не веза директна између лица и ствари као што вели старо учење, већ један облигациони однос и то између лица. Стварно је право само тако право, што је сопственик носилац једног права, али и за то што то право имплицира одмах једну општу, универзалну обавезу за сва друга лица, која нису титулар тога права. (PlanioI: *Traité de droit civil*. t. II Préface-1917).

Свака облигација према томе учењу, садржи један исти правни однос између два лица, само у два разна вида: активна и пасивна, према томе да ли се посматра са гледишта онога према коме се обавезује и онда тај однос за њега представља једно право, или са гледишта онога који се обавезује, за кога он значи обавезу. Ово схватање класичне школе иде консеквентно до краја, те одбацује у начелу једнострану изјаву воље као извор облигација, резонујући — да све донде док друга воља де дође у сагласност са том једностраном изјављеном вољом, ова никад неће сама бити довољна да створи ма какав облигациони однос.

Међу тим једнострано обвезивање као што су н. пр. незвано вршење туђих послова, стипулације за другог, или једнострана понуда за закључење уговора, обећање награде, рекламне цене и т. д. ипак је ушло у извесна законодавства као извор облигација, и ако та законодавства почивају на истом индивидуалистичком систему као и цела класична теорија. Пример: Немачки грађански законик. чл. 130, 145 и 657.

Осим тога, проучавањем извора облигација и традиционалне поделе њихове, многи су аутори још поодавно дошли до извесних закључака и опажања, која нису могла оправдати ову стару поделу и која су све више утврђивала данас један неоспоран факт: да је стара теорија о изворима облигационим завршила свој задатак и да њена објашњења и класификација облигација нису више ни тачна, ни довољна. Традиционална подела извора имала је два основна аргумента. Први је аргуменат главни постулат натуралиста, да је човек самим рођењем својим, дошао на свет као носилац субјективних права, која му припадају апстрактно и *a priori* од сваког конкретнoг друштва или државе, чији би он члан или поданик био. Примењујући овај основни постулат на своју теорију облигација, класичари су дошли до закључка да и сваки облигациони однос, будући један правни однос између правних субјеката, мора имати свог титулара на активној страни овог односа, као што има солвенска као носиоца обавезе на пасивној страни његовој. Међутим чим се овај постулат примени на правне ситуације, у којима нису носиоци права и обавеза само поједина лица већ читаве колективне групе, онда он није више у стању пребродити тешкоћу постављеног питања: где је носилац права код колективне групе, или у опште, шта је ту правни субјект? Да би се ова тешкоћа пребродила, дошло се до идеје о тако званим правним лицима или моралним личностима, која је контраверсу само појачала, оставивши проблем ни до данас не решен. Други је аргуменат класичара у ставу: да за једну облигацију, специјално за њено постајање, треба два лица, два правна субјекта, дужник и поверилац, који ће бити везани једном везом правном, која тиме постаје извор облигација. И тај став

о правној вези двају правних субјеката, лица од којих је једно у активи, а друго у пасиви, постао је основни постулат класичара за означавање извора облигација и за нормирање њихово.

Међу тим живот друштвени, а нарочито економски односи у њему, развио је се данас толико, да се маса правних факата и правних послова појављује не само у једној унилатерарној форми, већ и даје многобројне примере једностраних облигација, које су то чак и у формално правном смислу. Тако је код преноса меница и чекова, где је последњи преносилац једнострано и не познавајући у опште према коме, пуноважно себе обавезао. Тако је и са трговцем који истиче цене својој роби; тако је и са предузећем преноса које објављује своју тарифу; тако је у опште са свима понудама награде за извесан наступели случај или факт. И ту класична теорија о облигацијама као правној вези између два лица — није могла дати солуције, већ је морала прибећи једној чистој факцији, као што је квазиуговор.

Сва ова опажања учинила су да многи правници устану против класичне теорије и да почну тражити у својим доктринама друге изворе облигација, покушавајући да правну мисао у опште извуку и ставе изван овог уског рама правне везе двају лица као правних субјеката. У том погледу данас постоје покрети у правној науци свих народа.

Противници традиционалног класирања извора облигација, устајали су прво против тако званих природних или урођених права човекових и неосноване концепције да човек самим фактом рођења и егзистенције, добија извесну власт, коју та школа означава као субјективно право, а човека као правног субјекта, подмета или носиоца тог права. Сматрајући да су та права фиксирана самим фактом, што је човек човек и сматрајући та права природним и урођеним у смислу чл. 1. Декларације права од 1789 — *les homes naissent et demeurent libres et égaux en droit*; представници старе школе закључивали су *a priori*: да су та права ранија и виша од сваког друштва и да човек узет у потпуно изолованом стању има и имаће увек та права. Полазећи пак у

већини случајева од схватања да је човек јединка друштвена и да се право без друштва и његове организације не може ни конструисати, противници класичне теорије устали су да докажу, да је свака индивидуална воља сама за себе, у колико није противна законском пропису, довољна да произведе правне обавезе. Једном речју покушава се генералисати и поставити као једини извор облигација, једнострана индивидуална воља која је сагласна правном пропису.

II. Теорија правне моћи или објективне власти.

Критикујући индивидуалистичку теорију једни су аутори остали само на одбачају природног права и у напред претпостављеног субјекта правног¹, док су други тражили циљ правној вољи², сматрајући да вољу покреће циљ, а воља је та која детерминише сваку правну радњу и која према томе постаје једини извор облигација.

Најзад има противника класичне теорије који потпуно негирају целу традиционалну концепцију о *vinculum iuris* и правним субјектима, сматрајући да је цела данашња индивидуалистичка правна школа застарела³. Сви ови аутори полазе мање више од једног заједничког гледишта: да нема а priori никаквих правних субјеката и да човек као такав не може у праву бити посматран у савршено изолованом стању, већ га треба узети онаквог какав јесте у ствари, а то је као члана друштвене заједнице. И полазећи од другог принципа из јавног права: да је закон само позитивна консакрација општег правног правила у објективном смислу, они закључују да правно правило као и право, у ствари редигује делања људи који живе у друштву. А та делања могу интересовати право као и социологију, само по својим спољним манифестацијама које су у ствари акти воље. И схватајући да је објек-

тивно право, то јест правно правило као једна логично правна концепција, у ствари норма за људске радње и делање воље, то се та форма може само и применити на вољу људску. А како се до данас ничим није могло доказати, да осим појединачне воље постоји која друга, то норма може имплицирати правну моћ само појединачним индивидуалним вољама. Та моћ правна пак, назвата је објективним правном моћи¹ — или објективном влашћу.

— На тај начин домен субјективног права сведен је на објективно правно правило и објективни правни пропис, то јест на објективну моћ која припада индивидуалним вољама сагласним са тим објективним правилом и на објективну дужност — обавезу која се налаже индивидуалним вољама. А све ово пак, по речима нај-енергичнијег представника социолошке школе у праву Дигна — бива без икакве идеје о субјектима правним активним и пасивним, већ само на основу идеје о једном правилу, које се рађа из једног факта кога је човек свесан, а то је факт друштвене солидарности, која се с правом намеће индивидуалној вољи и допушта појединцу извесна правно могућа хотења, баш због циља који та хотења проузрокују. Закључак овога излагања јесте: Свака индивидуална воља има ефективну моћ хотења, чим је акт те воље одређен и прузрокован каквим циљем који је у сагласности са правним правилом. Према томе сваки акт индивидуалне воље, одређен једним циљем, конформан са правним правилима, значи једну не само спољну манифестацију воље, већ једну правну радњу која је сама у овој концепцији, довољна да објасни све изворе облигација. У свакој пак овако манифестовано вољи, треба разликовати предмет њен и циљ њен. Предмет је сама спољна акција коју врши аутор воље — појединац, а циљ је онај резултат које се том акцијом има постићи.²

Прма томе погрешно је резонување представника индивидуалистичке доктрине, да се на пр. у једном уго-

¹ Jellinek: Gesetz und Verordnung, Laband; Staatsrecht I

² Ihering: der Zweck im Recht.

³ Duguit: Etat I.

¹ Dujuit: Etat, 140 и даље.

² Ihering: der Zweck im Recht — I st. 1 — 15.

вору о куповини и продаји не може ни тражити, ни наћи какав друштвени солидарни циљ, већ да је то искључиво индивидуални акт два правна субјекта. Још мање је тачно да држава та акта штити и да они имају правни карактер, не за то што су у сагласности са правним правилима заснованим на друштвеној солидарности, већ само с тога, што они представљају једно индивидуално право које припада сваком човеку. И негачно је учење класичара да ако правна правила интервенишу и овде, да то бива само с тога што и то правило проистиче из тог индивидуалног права које му је претходило, и за то што је оно одређено да санкционише свој проишход, то јест то индивидуално право.

Једном речју, представници те нове социолошке школе сматрају да нема урођених права и да право постоји само као објективна норма, заснована на идеји друштвене солидарности, која је са истом идејом у складу, ради објективног нормирања једне субјективне правне ситуације.¹ Акт воље онога који чини странку у уговору, правно је заштићен не за то, што је тим актом вршено једно индивидуално право, већ за то што је тај акт дертерминисан једним индивидуалним циљем, који је у исти мах и социјални: Индивидуалним, јер уговорач проширује своју сопствену економску снагу тим актом; социјалним јер хотећи то, уговорач *ipso facto* ради на друштвеној солидарности, јер повећавајући своју економску снагу, он повећава и солидарност друштвену, путем који је овде представљен у подели рада, заснованој на чистој индивидуалној активности (идеје Durkheim-а у делу његовом: *la division du travail*) И са тога разлога акт индивидуалне воље уговорача заштићен је само дотле, докле он не иде против слободе активности других лица у опште и сауговорача на посе, јер би тада тај акт воље престао бити и социјалан и индивидуалан у свом циљу, пошто би представљао двострук насртај на друштвену солидарност. Према томе, по речима Дигиевим, сваки акт индивидуалне воље, дертерминисан једним циљем који

¹ Duguit: op. с I. 171 и даље.

је у сагласности са правним правилима, јесте један правни акт и као такав он ствара једну субјективну правну ситуацију, која је извор свих облигација. Са свим је индиферентно да ли је манифестација воље унилатерална или билатерална, јер је уговорни или неугговорни карактер тог акта воље само спољни процесус те воље, а то је индиферентно за дертерминисање самог хотења. Уговор или једностранни правни акт, само је предмет воље, а никако циљ воље који исту дертерминише.¹

Па да би показали солидност свога гледишта и неправилност старог схватања класичара, а специјално Планиоловог, представници овог новог правца веле: класичари тврде да је свако право у самој дефиницији својој један однос између лица, што је за њих елементарна истина, на којој је заснована цела правна наука. Теза класичара је дакле, да право не може егзистирати у корист једног лица другогаче, него као против право према другом лицу способном да га сноси као дужник, то јест способном да се обавезе правно, да заснује једну облигацију за себе. Такво је заиста мишљење класичара у већини, а нарочито Планиола.²

Међу тим са овом погрешном концепцијом класичара, по мишљењу Duguit-а још и иде некако, кад је у питању један нормални субјект правни: једно лице, један човек као носилац активног права. Али се тешкоће одмах појављују, кад више није у питању само једна индивидуа као носилац једног права или користи у једном правном односу; јер се често на место једног лица јавља као носилац права једна група, једна колективна заједница. Ту се класична доктрина зауставља немоћна и ту су се и родиле многобројне контраверсе о правој личности колективних заједница и група.³

¹ Duguit: *ibid.* 172

² Planiol op. cit. II. préface —

³ О моралним лицима писано је много. Од познатих писаца цитирамо: Bekker: *Zum Lehre von Rechtssubjekten u Jahrbücher für die Dogmatik* — XII — 1872 — 1 — Michoud: *Notion de la persona-*

И ту није више могуће говорити о односу двају лица и о правном субјекту као таквом, што је најбољи доказ, као и прибегавање чистим фикцијама о моралној, правној личности, колико идеја о правном односу и *vinculum*-у није тачна. Јер постоје безброј правно заштићених ситуација и нарочито оних, које потичу из друштвене солидарности, а које је апсолутно немогуће ставити у уски рам правне везе између два носиоца права, два правна субјекта.

Као резиме тог новог теориског расматрања, излази следећи закључак: једна субјективна правна ситуација не значи и није однос између два субјекта. Она резултира из једног акта индивидуалне воље и састоји се у томе, што извесна индивидуална воља може бити директно или индиректно приморана да испуни извесну одређену радњу; и у томе што, се нико не може успротивити остварењу жељеног резултата те радње. Нема дакле никакве везе између онога који је хтео један факт, предмет или циљ, и онога који је обавезан да то изврши. Нема тако исто везе између онога који је у обавези и елемента који се тим користи. Не могу се ту тражити два разна вида једне везе која у ствари не постоји, већ се просто тражи да ли има једног акта воље, одређеног циљем сагласним објективним правом.

Тиме је све упрошћено, веле представници социолошке доктрине. Овом доктрином се да лако разумети, како је трговац везан само својом једностраном понудом било према своме коресподенту, било према публици — путем рекламе; како је предузеће преноса везано тарифом коју је објавило; како је осигуравајуће друштво везано једностраним условима презентираним и пред-

lité morale. — *Bermatzik*: Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person — Arch. für öffentliches Recht — V — 1900 — 166, — 204, и 236. *Von Brentz*: Pandecten I. — 222 — III. 454 — 3. asg. — и т. д.

ложеним осигураницима.¹ Овом се доктрином једино објашњава и обавеза једностраног обећања за оснивање једне фундације у једном акту за живота. Индивидуалистичка теорија хтела је све ове тешкоће избећи применом квази уговорне теорије на изложене случајеве, па није успела, као што у опште није успела у својим покушајима објашњења једностране воље² као извора облигација. У другом случају пак, вели Диги, стварност је била јача од теорије и створила је правне послове у којима је остварен извор облигација и без фикције квазиуговорне и само једностраном изјавом воље. Тако је на пример, у случају берзанског купца, кад купује облигације и друге берзанске вредности које су оптерећене извесним теретима — давањима у корист општине, друштва или држава, које су те папире издале, а где је остварен извор облигација и без фикције квазиуговорне и само једностраном изјавом воље. Где је ту уговор? Где је ту правна веза, кад купац није ни за један секунд био у односу и вези са емисионарем тих обвезница? Ту никаква сагласност воља није постојала, па ипак класична школа хоће да и ту говори о уговору. На једној меници или чеку на пример, последњи преносилац обавезан је према сваком трећем лицу, које постане притежатељ те менице или чека, па ма које то лице било. Где овде има уговора? То је законска обавеза, рећи ће се можда. Али позитиван закон само констатира обавезе појединаца, он их не ствара, вели Диги³.

И онда наставља: све ово долази отуда што уговор није унутрашњи процес воље, већ само један начин њене спољашње манифестације. Има ту заиста једна сагласност воља само она није тражени извор облигација. Извор облигација је у свакој индивидуалној појединачној вољи уго-

²² Duguit op. c. 187—9. Уговори названи *contrat d' adhesion*, да би се нарочито подвукла ништавност улоге коју код тих уговора може имати воља слабијег (економски) уговорача. — A. Colin и H. Capitant — Cours de dr. c. II. 258.

²³ B. Worms: de la volonté unilatérale-P. 1891.

²⁴ Duguit: op. cit. 191.

вораца, вољи која тежи да произведе један правни резултат и то је толико тачно, да су представници класичне школе принуђени да признају код синалагматичних уговора, чим је уговор једном закључен или је сагласност воља утврђена, да свака појединачна воља вреди сама по себи и да производи законске последице које је хтела, без обзира што би она друга воља из споразума била у немогућности да произведе те исте последице — Солуција коју су класичари морали примити у теорији ризика код синалигматичних уговора то потврђује, јер се иста друкчије неби могла ни објаснити.

Представници нове школе исто тако тврде, да се њиховим концепцијом може лако објаснити, не само стално сужавање домена уговора у данашњем правном животу, већ и један од проблема и предмета вечите дискусије у праву, као што је питање о пуноважном заступању и пуномоћству. За правно заступање — за пуномоћство нађена је једна једина формула: личност пуномоћника се губи, да би уступила место личности властодавца. Baudry Lacantinerie — Précis de droit civil III. 592 — 7 éd.) или: правни послови извршени од пуномоћника имају се сматрати као извршени од властодавца¹. Што све значи само једну дефиницију у којој је личност властодавца замењена личношћу пуномоћника, али се тиме ништа не објашњава. Треба видети стварност. Једна личност хоће један резултат. Она га хоће у хипотези правно, јер је у сагласности са правним правилом. И то је баш та личност која хоће, а не која дуга и њена се воља манифестује, а не нечија друга. Русо је био савршено у праву, кад је рекао: да се воља не може представљати, заступати; воља не може имати пуномоћника. Једна личност хоће правно једну корист. Она то може хтети за себе или за неког другог, све једно је. Индивидуална воља је манифестована према правном правилу, субјективно правна ситуација је тим створена, корист се мора добити овако како је се хтела.

¹ Aubry et Rau: Cours de droit civ. IV p 650. 4 éd.

Каква је ту потреба замењивати једном личност другом. Довољно је да тај акт конформан праву, а сама корист може се хтети и за другог. Ово се најбоље види код колективних група и удружења. И ту у ствари, само акт индивидуалне воље производи своје правно дејство. И ту један администратор, управљач — није у основи ни пуномоћник, ни орган друштва, јер се ни ту не може поставити питање да ли појединци који хоће једну корист или једну обавезу колективне групе, фунгирају као представници или органи колективни, т. ј. да ли су колективне групе једно правно лице, да ли представљају једну моралну личност.¹ Међу тим, тај представник је у ствари личност као и свака друга: његова је воља индивидуална и ништа друго. И она сама као таква, кад хоће једну колективну корист производи правно дејство, јер је легитимна и адекватна друштвеној солидарности, а по томе и правном правилу. И ту се нема истраживати, да ли постоји каква колективна воља и да ли је носилац те колективне воље један правни субјект или не. Па када се одбаци принцип и идеја правне везе, правног односа, па се прими само индивидуална воља која хоће да осигура извесно право извесном лицу или групи — та воља у ствари следује једном циљу друштвене солидарности и тиме и производи своје правно дејство. А овим је све објашњено без фикција, без дискусије, само простом констатацијом факата и без обзира да ли је та колективна група једна правна личност, тј. способна за правне радње, јер те личности (колективне) и не постоје.

а) Индивидуална воља као објективна власт.

Међу тим и под претпоставком да су горе изложене опсервације Дигијеве тачне, одмах се намеће једно питање. Ако је индивидуална воља, чији је циљ у сагласности с правним правилом, општи извор облигација и

¹ види: Gierke: Cenossenschaftstheorie. с. 623. Nauriou: Le mouvement social 2. app. 144. од 1899.

творац субјективне правне ситуације, како ће се том вољом објаснити постанак облигације из деликта или квази деликта, из свих дакле недопуштених радњи? Прво, ту индивидуална воља није могла створити једну субјективну правну ситуацију ни по томе, што циљ њен овде значи једну недопуштену радњу, која не само да није сагласна са правним правилом, већ је директно противна томе правилу? По изложеним принципима деликат не може бити извор облигација самим тим што је деликт, што је противправан.

Осим тога и закон и судска пракса и доктрина, изложени су регулисању масе факата и радњи, које у опште не значи никако циљ или резултат једне воље, која тај резултат у опште није ни хтела (теорија објективне одговорности за накнаду штете — принцип одговорности послодавачке основан на професионалном ризику — зак. франц. од 9. априла 1898 г. — Или чл. 18 нашег Устава о одговорности државе за накнаду штете, причињене од њених чиновника трећим лицима).¹

Са овим питањима улазимо у главну материју теорије индивидуалне воље као објективне власти и специјално објашњење Дигијево његовог постулата о правној вољи, као објективној власти, (*pouvoir objectif*).

Диги вели; „Једна правна радња као израз једне индивидуалне воље, стварајући једну субјективну правну ситуацију, може бити у исто време и често је услов за примену једне објективне правне норме, и за постанак једне објективне власти, моћи. И стога је често мешана субјективна правна ситуација са објективном влашћу, а још више су придавате извесним правним актима последице које су објективно правне природе (*D'ordre objectif*) и које као такве не могу бити произведене индивидуалном вољом. У тим случајевима, у ствари има само једна објективна власт и једна објективна обавеза — директно имплициране објективном прописом (*règle*), чија је примена само условљена манифестацијом индивидуалне воље. Једном речју манифестација воље има у много случајева

¹ Види чл. 18 данашњег Устава.

један двострук карактер: она је један правни акт и према томе творац једне субјективне правне ситуације; она је у исто време и један факт, који условљава примену једног објективног правног прописа.

Правно правило наређује или забрањује у опште, али оно често наређује или забрањује само ако је то и то наступило или ако је тај и тај акт учињен. Правно правило је један психолошки појам, али не урођени психолошки појам. Оно као појам није ни у смислу Кантове филозофије, једна категорија људске свести — оно је формирано учовечијој свести под утисцима факата из спољашног света и односима тих факата према свесним вољама. Ова факта могу пак бити невољна, као што могу бити и манифестација индивидуалне воље и њихов однос на свесну вољу претвара се у идеју — појам друштвене солидарности. Појам правног правила је дакле условљен у опште појмом друштвене солидарности, али тако исто и појмом (*réception*) свих факата и аката, који додирују — који се односе на ту друштвену солидарност.

Најзад човек не схватајући правно правило као један апсолутан појам, може га схватити и схвата га у истини често у примени, као нешто подчињено једном невољном факту или једном акту индивидуалне воље. И следствено, објективна власт и објективна дужност, обоје у ствари правно правило примењено на случајеве индивидуалне воље, схваћени су тако исто, као подчињени једном невољном факту или једном акту индивидуалне воље. И тај акт или тај факт, нису извор ове моћи или дужности објективне, они су само услов — разлог за примену једног објективног правног прописа. Међу тим један правни акт, једна правна радња јесте један акт воље, детерминисан једним циљем солидарности, али је он у исто време и један факт и као такав, он се може појавити као узрок за примену објективног прописа. Као правни акт он ствара једну субјективну правну ситуацију, као факт он условљава, проузрокује примену закона. Те две последице иду једна уз другу, али и не једна у другу; нарочито субјективна правна

ситуација остаје недирнута, док се не оствари жељена последица — чак је ни промена прописа не може изменити. Али чим је правна последица њена реализована, све је свршено, не остаје више ништа¹.

Међу тим објективна последица, та објективна власт — следује непрестаним променама правних прописа, а мења се паралелно њиховој еволуцији. У исто време она је у сталном континуитету и ни у колико се не исцрпљује својом сталном и понављаном применом. Ова објективна власт не може бити напуштена од њеног титулара — она је у ствари сам правни пропис, а нико се не може од правног прописа оградити. Разуме се да би сва ова резоновања остала без вредности, ако их социални феномени и факти не би потврдили. Довде је све хипотеза, али разни примери потврђују ово гледиште, вели Диги: у свему видеће се да се, као последица једног акта воље који ствара једну субјективну правну ситуацију, рађа једно стање, један скуп правно могућег хотења, стање које је у ствари примена прописа условљеног правним актом. Узмимо само за пример теорију правних лица или теорију уговора јавно правног карактера.²

Нигде ту не треба тражити субјекта права, јер ту субјекта права и нема: свугде и код органа државе, као и код тако звани моралних, правних лица, постоји само могућност хотења, *Wollen dürfen*, а само једна индивидуална воља може располагати једним хотењем. Овде су титулари те воље представници, односно јавни службеници државе или администратори удружења. И ту нема никаквих субјективних права — има само једна објективна власт, то јест има примене правног прописа условљеног наименовањем тих службеника. На тај начин

¹ Ово је у ствари констатација Јерингова: да се појам индивидуалне наредбе не састоји у томе, што је она применљива само на једно лице, већ у томе што она том применом исцрпљује свој ефекат. *Ihering, Der Zweck im Recht* — 1 — 327 — 1877.

² *Laband: Staatsrecht des Deutschen Reiches* I. 359. 1895. — или теорија органа, *Jelinek: Allgemeine Statslehre* с. 512 и ост. — 1900.

ишчезавају све тешкоће везане за правну ситуацију јавних службеника

Ову концепцију потврђују и друга факта, вели Диги, а нарочито брак, онако како је схваћен у модерном друштву. Брак је несумњиво један правни акт; он се чини у форми уговора и ту индивидуална воља ствара једну субјективну ситуацију. Али цео је свет сагласан да уговор о браку није исто што и обични уговори и то је тачно. Само нико не каже, зашто брак није уговор као и сви остали уговори и у чему је та његова различност? Међу тим теорија објективне власти и ту даје своју солуцију. Брак је један правни акт, један уговор. Али је он у исто време и један факт који условљава, проузрокује примену једног правног објективног прописа. Примена овог објективног прописа имплицира једну објективну власт, једно стање ако хоћете, један збир правно могућег хотења (воља) — не дакле једно субјективно право супруга, већ једну објективну власт, општу и продужену, која се може трансформирати, али не и одбацити. Та генерална и продужена власт јесте, на пример мужевљева власт или родитељска власт. Исто тако се показује и на исти начин и једна објективна дужност, на пример дужност алиментације. Само по том истакнутом принципу ова власт или ова дужност, не исцрпљују се никако после реализације једног особеног случаја, већ постоје и даље све док траје брак, то ће рећи све док траје примена правног прописа, који имплицира егзистенцију ове власти или дужности. Ова власт је објективна. Последица је тога немогућност за индивидуалну вољу да се исте одрекне, јер појединац не може својом вољом поништити, ни скратити примену једног правног прописа. Тиме се објашњава зашто је развод брака на основу обостраног престанка супруга у већини законодавстава забрањен.

Најзад ова објективна ситуација, која је у ствари правни пропис примењен на индивидуалну вољу — пратиће сваку трансформацију овога прописа. Опште је мишљење на пример, да сваки нов закон који мења стање супруга сужавајући или чак укидајући мужевљево власт.

има бити примењен на све брачне заједнице, чак и на оне које су закључене под владом старог закона. Међу тим, ово се не би дало објаснити теоријом субјективног права. Ако би супрузи имали извесна субјективна права, проистекла из самог брака као правног акта, како би их један нов закон могао лишити тог стеченог права? Нека се чак одбаца, као што то Планиол чини принцип стечених права; нека се сматра обавезном, примена закона на сваки правни акт у моменту кад се исти врши, ипак проблем није решен, ако се остало само на гледишту индивидуалистичке теорије да је однос супруга последица брака узетог као правног акта. Брак је дакле у исти мах један правни акт, и један факт који је услов за примену објективног прописа — правила.

Исти је случај и код својине. Право бити власник једног добра јесте у ствари објективна власт; тако свака индивидуална воља има објективну власт да стави на искључиву услугу и корист индивидуалну или колективну, извесно богатство. Ова власт је објективна, јер је општа и стална²⁸; она се може иставити против сваке радње која би ишла против овог искоришћавања богатства; она се не исцрпљује у један пут и обнавља се непрестано, све док траје то искључиво искоришћавање. Својина није дакле једно субјективно право, она представља скуп правно могућих хипотеза, непрекидно обнављаних и она је у истини једно правно стање (état.) Оставимо на страну начин прибављања својине, вели Диги¹, за момент. Акт подвлашћена, искоришћена није извор својине, али је њен услов. И свака воља која хоће одржање индивидуалне својине, хоће један циљ сагласан правном пропису који је у ствари друштвена солидарност и тај карактер својине јесте у ствари карактер једне објективне власти сталне, опште, а који се мења само у колико се мења и сам правни пропис.

Али тако схваћена, независно од начина прибављања, својина је више апстрактна него реална. Наро-

чито је важно схватити узрок, који је ставио једно богатство у службу извесног интереса (utilité) или правно речено, схватити начин прибављања својине. Ово искоришћавање (стављање у службу извесног интереса) час је признато директно законом, као последица извесних невољних аката — на пример као последица смрти извесног лица или вољних, али не правних, као посесија без намере habendi. Час опет, ово искоришћавање богатства резултира из једног акта индивидуалне воље, правног акта.

Primus, у хипотези власник на основу закона, пренесе својину secundus-у. Primus тиме врши несумњиво један правни акт. Зар се дакле, вели Диги, не би могло онда рећи: својина није једна објективна власт, пошто она овде произилази из једног индивидуалног акта, а објективна власт потиче само из објективног прописа, правног правила. Одговор је следећи: акт преноса јесте акт правни; својина примусова као и секундусова јесте једна објективна власт; ту је примена једног објективног прописа проузрокована правним актом преноса. Немачки правници дискутују одавно питање, да ли је акт отуђења својине, преноса, у опште вршење једног субјективног права које припада власнику, и уносе у ову дискусију њихову уобичајену пенетрацију. Један од њих Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht стр. 328 — 1878 — вели: отуђење од стране сопственика, преносом својине, не може бити у исти мах и оно што врши пренос — што преноси. Својина је обичан услов за правну вредност једног акта располагања својинским предметом, а не основ и извор тог располагања. Питање није добро постављено — форма одговора нам се не допада, али је ова солација тачна, вели Диги. Прибављање извесне одређене користи од извесног богатства, имплицира извесној вољи моћ, власт да измени титулара ове користи. Ова воља може бити, и она је најчешће воља самог титулара. Ова власт мењати бенифицијера, јесте објективна власт, имплицирана правним прописом основаним на солидарности, а који допушта апроприацију и циркулисање добара. Воља се пак ова, манифестује у границама своје објективне власти. Ова

¹ Duguit: op. cit. с 209

манифестација је један правни акт који ствара једну субјективну ситуацију, и који садржи облигацију субјективну за извесну једну другу вољу, да осигура извесном елементу, лицу корист од прибављеног добра (богаства). И то је све. И тако својина узета нама кој начин, било апстрактно, одвојена од начина прибављања, било посматрана с погледом и на начин прибављања, није никад једно субјективно право; али она није чак строго узевши, ни једна објективна власт, она је један факт, схваћен у једном датом моменту живота једног народа као један факт солидарности, па следствено и као услов једне објективне власти која припада извесној индивидуалној вољи. Овако схваћена правна природа својине, вели Диги,¹ објашњава врло добро како су још од Римскога Права, позитивни закони и правници и против своје воље, били принуђени помешати право својине на једну ствар, са самом стварју, и узимати у обзир прибављену ствар, а не својину, говорити о преносу ствари, а не о уступљењу права. Француски Грађ. Закон нарочито гледа у својину на непокретностима и покретностима, непокретности и покретности у природи. И заиста ту нема никаквог права, има само прибављања богаства — добара и оно што је овде признато правом, то је баш та економска ситуација, у којој иста повлачи једну објективну власт за извесне воље. На тај се начин објашњава тако исто, за што су Римљани брижљиво правили разлику између акта којим се ствара једна трајбина и акта којим се преноси својина, као и зашто сва модерна законодавства организују специјалну техничку процедуру, којом се констатује пренос и конституисање својине, јер се све то своди на исти принцип: својина је један економски факт, који је услов за једну објективну власт; важно је дакле да тај факт буде социјално констатован. Својина није субјективно право, она само условљава објективну власт и то ма какав био начин конституисања својине. Нека нам се дакле, вели Диги, не говори о једном стеченом праву у стварном једног лица на један начин дефинитован и ненару-

¹ Duguit: op. cit. c. 210.

шљив. Постоји само једно стање, једна објективна власт у сталној еволуцији, које као и правни пропис који намеће Држава стварајући законе, формулише правно правило и констатује модификације које прима од сталне еволуције друштва, модификујући у исто време и објективне моћи које произлазе из тих правних правила.

Закључак: сваки акт индивидуалне воље, детерминисан једним циљем коме је објективно право признало легитимност, ствара једну субјективну правну ситуацију. Ова ситуација није у опште некакав однос, веза између два правна субјекта — она само имплицира једну индивидуалну вољу која је законски, легитимно хтела извесну радњу, и другу извесну, вољу, која је обавезна да изврши ту радњу: један елемент који одатле прима извесну корист, једну силу која може и дужна је, ако постоји, да се стави у покрет ради реализације те користи. Али депава се често да тај правни акт буде у исто време услов за примену једног правног прописа и за рађање једне објективне власти, која не произилази никако из акта, јер је она у ствари сам пропис примењен и подлежи истим недостатцима као и сам тај пропис.

б) Акци воље као услов за примену правног правила.

До сада су узимате у претпоставку манифестације индивидуалних воља, чији је циљ конформан праву. Али има хиљадама манифестација воље проузрокованих циљевима, који нису у сагласности с правним прописом. Ту Диги доводи до врхунца своју теорију објективне власти и индивидуалне воље. Шта је дакле са недопуштеним рдњама, које су тако исто извор облигација?

Цивилни деликти, *delicta privata* су просто узроци — услови постајања једног права и једне обавезе за накнаду штете. Цивилни деликт сам по себи, не може бити творац једне субјективне правне ситуације. Међу

тим, вели Диги¹ стара теорија цивилиста, наслеђена из Римског Права, означава деликте и квази деликте за извор облигација исто као и уговоре; то је увек воља која рађа, заснива облигације, воља сагласна закону у уговору и квази уговору, противна пак закону у деликту и квази деликту, један однос субјективно правни рађа се између вољног проузроковача деликта и жртве којој је причињена штета тим деликтом. У уговору и квази уговору та је воља допуштена, у деликту и квази деликту забрањена. Као што је речено, пре свега немогуће је замислити и гледати у вољи проузроковача деликта узрок одговорности, пошто је и овде као и раније, воља управо одређена циљем противним објективном праву, а друго има маса одговорности које се више не везују за факта воље. Одговор је увек исти: одговорност деликвента пошто не потиче из каквог акта воље, може једино проистацати из правног прописа. Остаје следствено да се утврди да ова одговорност не ствара једну субјективну ситуацију, и да је факт за који је она везана, само услов за примену једног објективног прописа и репродукцент једне просте објективне моћи — власти.

Штета је, вели Диги проузрокована намерно или ненамерно. Тиме је реализован услов за примену једног прописа објективног права и допуштење за извесне воље да законито траже репарацију штете — обештећене. То право значи једну објективну власт, власт моћи формирати једну субјективну правну ситуацију, из које ће се родити субјективна обавеза, дужност за извесно лице да накнади штету, за друго лице право да користи ову накнаду. Неће бити субјективне ситуације све док не наступи моменат интервенције индивидуалног вољног акта, који ће и проузроковати, јер је у сагласности са објективним правом, обавезу за једну одређену вољу да накнади проузроковану штету. И све дотле, док та индивидуална воља није манифестована тражењем накнаде, не може се појавити никаква тражбина и никакав дуг. То је тачно. И по данашњим позитивним законима, ни један

акт извршења неће бити спроведен док нема манифестације законски, легитимно констатоване воље у намери да штета буде надокнађена. Ово је необоримо.

И код наслеђа је исти случај, где анализа горе изведена¹ и примењена на извесна факта сигурно нежељена (non voulu), доводи до индентичних закључака. Ова факта, као на пример смрт једног лица, нису ни уколико творци једне субјективне правне ситуације. Она су само материјални услов за примену правног прописа, примену из које потиче једна власт и једна дужност објективна. Смрт де сијус-а не уводи наследника у какво субјективно право, већ само у објективну власт — моћ, да може правно штети прибављење наслеђевине. И зар се може рећи да самом смрћу де сијус-а наследник постаје сопственик наслеђене имовине, зар се може примити да је наследник обавезно постао сопственик, власник тих доба као нпр. heres necessarius из Римског Права, кад смрт де сијус-а не чини наследника пуноправним субјектом правним, пошто је већ претходно утврђено да је својина само једна економска власт. Власт наслеђивања остаје подложна свима варијацијама објективног прописа: тако да ако се пропис мења и та се власт мења, и ако се једним законом поништи или измени ред наслеђивања, нема разлога да се он не прими на наслеђа, већ отворена у моменту његове промугације. Може се дакле тврдити да наследник, пре но што се о наслеђу изјасни, није смрћу де сијус-а уведен у право наслеђа, већ је само постао титулар власти за правно манифестовање своје воље, у погледу на примање или одбачај наслеђа².

Тако је исто немогуће примити поставку да самим рођењем, једна личност постаје носиоцем права. То би било повраћање у чисту индивидуалистичку теорију. И рођење је један факт; оно проузрокује један елеменат, чији интерес може имати једну социјалну вредност, која условљава за извесне личности власт да правно могу

¹ Duguit op. c. I. 219 и даље.

¹ Duguit: op. cit. 221.

² Duguit: ibid. 223.

хтети у погледу на тај елемент. Infans, дете тек оплођено, не може бити сматрано као један субјект правни. Једно прибављање богатства може бити само извршено у његову корист.

Закључак: акти не намерни и акти намерни, проузроковани једним противправним циљем, не могу ни под којим условом бити проузроковачи једне субјективне правне ситуације, ни следствено бити извор облигација. Они су само услов за примену објективног прописа, намећући извесној вољи објективну власт — са карактером већ раније дефинисаним.

Као што се види, резиме објективистичког учења је двострук. За правне радње: воља индивидуана сагласна правном правилу у свом циљу, производи спољну манифестацију и једну субјективну правну ситуацију — која је извор објективне власти. Та објективна власт је извор облигација. Код недопуштених радњи те манифестације, радње, само су услов за примену објективног прописа, намећући објективну дужност накнаде за причиниоца штете, као пандан објективној власти оштећеног да ту накнаду захтева.

III. Критика двају праваца

Прелазећи на критику и старог и новог учења о изворима облигација, ми напомињемо одмах да је наше основно гледиште на правно следеће: Право је објективна синтеза људског друштвеног живота. И ако је истина да друштво почива на идеји солидарности, онда је несумњиво да и право мора тај печат носити. Отуда је очигледно да је наше мишљење ближе социолошкој доктрини у праву него ли класичном учењу. Али то не значи још да ми усвајамо интегрално цео теоријски концепт социолошке школе, а нарочито кад се тиче објективне теорије њене.

1.

Посматрајући једним сумарним погледом материју облигација, добија се несумњиво овај први утисак: све правне радње на којима су облигације засноване, иду

највећим делом у оне, за чије је заснивање потребна воља двају лица и где несумњиво сагласност воља вршилаца тих правних послова, значи каузалитет правне радње. Треба гледати стварност, као што каже Диги, па видети да основну и главну количину свих правних послова, чине баш ти послови, за чију је правну реализацију апсолутно потребно имати две јасно изражене воље (Немогуће је, ма колико се ставило на ма какав систем рећи: један правни посао не значи две воље и две изјаве воље, већ само једну). Али примајући као основну поставку код двостраних правних послова изјаву воље двају лица, не значи да ми усвајамо и архаичну формулу правне везе, као опште облигационог извора. Две воље координиране у спољној манифестацији својој, то значи у конкретном правном послу, не вежу се само за то и тиме, што је васпостављена правна веза између носиоца тих воља — већ за то што обе хоће један исти резултат, једну исту правну последицу. И исто онако, као што греша стара школа узимајући да је једино та веза, тај правни однос између двају лица извор облигација, исто тако и представници нове теорије греше кад хоће да потпуно одвоје те две јасно изражене воље у створеном облигационом односу и да сваку за себе начине, ма којим од означених путева, извором за облигације. Ми сматрамо да је сагласност воља ипак један од најбољих концепата за објашњење извора облигација, али сагласност воља у циљу, у каузи, а не у самом послу.

³⁵ Напомена: Наша је мисао у овоме. Код свих правних послова који производе један облигациони однос, треба разликовати једну основну ствар. Пре свега и у опште облигација нема без санкција. Никаква облигација не може имати правни карактер ако не даје право на тужбу за њено извршење, једном лицу (или једном одређеном броју лица). У том погледу класичари имају право кад замишљају облигацију као један дуг, на чије извршење има право једно одређено лице. Али ову санкцију и ову особину облигација треба гледати као питање формално, као питање правног прописа или објективног правила. Нема облигација без санкција, али те санкције сам закон прописује и на њих даје право. То значи да у овом погледу, за правну вредност једне облигације потпуно вреди гледиште објективне правне теорије: да је облигација извор уједној субјективној правној ситуацији коју имплицира

објективно право — т. ј. закон. Што значи ако нема облигација без санкција, нема ни санкција без правног прописа, што следствено значи да нема ни облигација без правног прописа. Доказ је за то најбољи у теорији тако званих натуралних облигација — природних — које свој правни реалитет губе потпуно са једног разлога што немају санкција, а ипак те природне облигације одговарају принципима и једне и друге школе.

Други је аргуменат наш у једној психолошкој очигледности. Тако звана веза између правних субјеката, не постоји у ствари и ту је тачно гледиште објективиста. Али је нетачно њихово тврђење да је једино једностран воља та која заснива један облигациони однос, чак и онда кад се призна: да у двостраним правним пословима у ствари постоји манифестација двају воља, које одвојено функционирају као две засебне индивидуалне воље, способне обе да за себе створе облигације. По нашем мишљењу не постоје две воље, као што не постоји ни једна сама воља као узрок за стварање облигација; постоји један циљ који обе воље, или ма који број воља, хоће на исти начин и под istim условима: постоји дакле једна заједничка воља.

Да објаснимо. Воља је детерминисана циљем својим, т. ј. резултатом који је узрок хотењу. Јеринг лепо објашњава. Покрети воље у физиолошким процесима имају два вида: један објективан, други субјективан. Жедан човек пије зато што је жедан — али да би утолио жеђ, он узима воду. Циљ је субјективни утолити жеђ; узимање воде је објективна радња. Оно што је непроменљиво у овом покрету воље није објективна радња, већ циљ субјективни. Жеђ се може угасити разним средствима.

Код манифестације воље у правним пословима може се иста ствар констатовати. Два уговорача једним уговором остварају један облигациони однос; савршено је индиферентно шта ће бити предмет спољне манифестације воље. Доцније ћемо видети да се овај принцип поклапања воља у заједничком циљу управо детерминисање једне воље једним истим циљем код два или више лица, може применити у свима проблемима извора облигационих, без обзира за кога се прибављају користи

или у чијем интересу постају ти облигациони односи. Довољно је за моменат констатовати да у првој групи двостраних односа, по странама које учествују у једном послу у моменту стварања облигација — постоји један извор тих облигација, а то је: једном истом вољом одређени циљ код свих вршиоца правног посла, вољом која постаје заједничка од момената детерминисање заједничког циља.

Тај пак циљ који покреће вољу као такву и условљава правну вредност и самог правног акта, као спољне манифестације воље, и по Дигију, предмета — објекта власти, јесте још у Римском праву заснована и до данас одржана: *causa*.

2.

Опште правило и до данас одржано за већину послова правних, јесте да нема облигација без довољно одређене *causae*¹ и да ни једна правна радња без ње не може бити реалисана. Сваки је правни пропис извршен у једном одређеном циљу који су странке хтеле. Тај циљ је оно што се обично назива *causa*. Пренос својине ради стварања једног новог облигационог односа, или гашење једне већ постојеће обавезе није у ствари циљ по себи, већ правно средство да се циљ постигне. На пример преноси се својина једног добра у циљу поклона, или ради исплате једног дуга или се преносом ствара дуг (облигација) акципијенса, то је тај циљ због кога се пренос својине тог добра врши и чија је он кауза, *causa donandi*, *causa solvendi*, *causa credendi*. Али не треба мешати појам циља (*le but* — *Bestimmungsgrund*) са мотивом (*le motif déterminant* — *Bewegsgrund*).²

Тако на пример код правних послова *causa donandi*, мотив који је покренуо вољу може бити осећај захвалности, узајмни поклон и т. д. И он се у основи разликује од циља — *causa*, у том правном послу. *Causa*

¹ H. Capitant: De la cause des obligations, c. 168 — 1923. Paris.

² Regelsberger: Pandecten-t. I. § 167.

(Bestimmungsgrund) нормално даје једном акту његов правни карактер и прави од тог акта на пример један уговор о поклону, о зјајму, о исплати дуга. На против мотив (Bewegsgrund) је обично индиферентан за правни посао и његове последице само изузетно добијају важност правну на пр. код отуђења дужникових добара учињених creditorum fraudandorum causa.¹

Француска доктрина, а специјално Франц. грађ. зак. чл. 1131 — изучавају каузу само у области уговорних облигација, док швајцарски, а нарочито немачки правни писци примењују теорију каузе и на све својинске акте и правне радње, познате под именом „Vermögenswendungen“ за који израз Капитан вели, да је врло јасан и да означава: постојање, престајање, гашење тражбених права (повереличких права, тражбина) пренос својине, конституисање и пренос других права у домену својине. Међу тим немачка доктрина и специјално Немачки грађ. зак. код уговорних облигација створили су, за разлику од француске доктрине читаву једну категорију апстрактних правних аката, одвојених од њихове causae. Тако је немачка доктрина поделила правне послове на две групе: оне који су везани за своју каузу (Kausale Rechtsgeschäfte) и на апстрактне правне послове (Abstracte Rechtsgeschäfte.) У прву групу долазе већина уговора, а нарочито синалагматични уговори.² У другу долазе реални — стварни уговори или правни акти преноса стварних права, и неки облигациони уговори као што је уступање тражбеног — поверилачког права чл. 398, 413 Нем. Грађ. Законика. Пренос дуга, чл. 414 истог зак. и они уговори о стављању дуга на расположење дужника или признање повериоца да дуг не постоји (чл. 397). Ово је и код Швајцар. Грађ. Законика. Пријемом делегације по налогу делегата, обавезује се према делегату за плаћање; апстрактно признање дуга. Сви су ти правни послови пуноважни и без каузе.

Ово диференцирање апстрактних и каузалних прав-

¹ Н. Capitant: de la cause des obligatus c.

² c. *ibid.* c. 198.

них послова има један шири значај за теорију облигација него што се обично замишља, јер као што се у свима (модерним и старим) системима правним констатацијама: каузални правни послови без каузе нису правни послови. Али они то нису не само за то што би овде кауза значила циљ правно изражене воље — па да би та воља била основни факат који детерминише правност и правну вредност означеног правног посла, већ и за то, што се без нарочито означених правних послова не може тај циљ остварити. Код апстрактних правних послова као код преноса својине, вредност и реалитет циља који се тим преносом хоће да постигне, лежи у вредности и реалитету самог правног посла, самог преноса својине, где правни посао носи своју каузу у самом себи.

И онда код апстрактних правних послова, баш за то што се вредност правног посла не детерминише његовом каузом, као на пр. уступање тражбине, и за то што код таквог посла кауза може бити разноврсна, довољно је да су воље уговарача идентичне, њихов правни реалитет је тиме осигуран. Међу тим објективистичко учење о објективној власти и субјективној правној ситуацији, овде нам не може објаснити само простом индивидуалном вољом или једним актом индивидуалне воље конформне по циљу свом правном правилу — како се и апстрактни правни послови могу претворити у извор облигација.

Исто је тако недоследно и објективистичко тумачење својине. Ми мислимо да је и право бити власник једног добра, једна власт — али друга и под другим околностима установљена, од оне што то објективистичка теорија учи. Код својине специјално и код свих стварних права у опште, постоје два стања: једно је латентно, друго је активно, које наступа у моменту фактичког вршења права. (Доцније ћемо видети и разлику између та два стања у погледу индивидуалне и објективне теорије). То латентно стање једног права и преварило је Дигија — да одвоји субјективна права од објективне власти и да закључи као и Јеринг, да су субјективне ситуације непромењиве, али да чим је њихова правна последица остворена, све је свршено, не остаје ништа. Остаје велимо ми, остаје

и право у латентном стању — за које Диги и сам признаје да не престаје, већ се трансформише и еволуира заједно са правним прописом на коме је и засновано.

И то вршење права представља једну власт, али не објективну већ субјективну власт власника, засновану на праву својине у стању латентном, које ту субјективну власт располагања, коришћења имплицира — док она, та власт остаје као и један правни пропис, стална општа и континуирана, што у осталом и Диги признаје, јер каже: да се својина на крају не може узети ни као објективна власт,¹ већ као једна функција, respective атрибуција.

Својина није једно субјективно право — вели Диги. Она чак није ни једна објективна власт. Пре свега и апстрактно узевши, нетачно је рећи да својина не представља никакво субјективно право. Својина је по нашем мишљењу на против, најсигурнији доказ о стварној егзистенцији субјективних права у данашњем приватном правном систему. За нас је пре свега својина основни правни појам, толико имисираан, не само у психолошку већ и социјалну свест човекову, да је она по својој структури, по својим атрибутима и по својој намени, толико дубоко усађена у опште психички концепт човеков — да се она може сматрати не само као првоначелна по пореклу у прогенури правних појмова, већ је она ставила свој генераторски печат на целокупни систем позитивног приватног права. Својина је индивидуална и зато је субјективна у правном смислу. И зато је цео данашњи систем приватног права индивидуалистички, јер почива на основном правном појму индивидуалне својине. Отуда је и својина не само основни већ и општи правни појам. И цео спољни процесус, као и све унутарње мотивације данашњег позитивног приватног права у опште, импрегнисани су правним начелом индивидуалне својине, на коју се сведе огромном већином сви правни послови и сви правни односи. И кад Планиол вели,

¹ Види. J. Péritich. Du développement du sentiment juridique en Serbie. Zürich — 1919. и критику г. Перића на ову Дигијеву контроверсу о својини — fonction. (Школе у праву — с. 30 — шт. као рукопис.)

да је облигациони однос тако општи за приватно право, да се и својина своди на тај однос између титулара права својинског и осталих лица у опште, ми мислимо да би се, ако не са више разлога, а оно се исто толико, могло рећи: да се сви правни односи, па и облигациони, могу стварно и у крајњој линији свести на својину, ако не својом правном конструкцијом а оно својом наменом, својим циљем и својим правним последицама. То је толико тачно, да су чак и социолози, и они чије је коцепте и Диги примио, као што је Диркајм, гледали у подели рада и добара као основа индивидуалног својинског права, једну од основних база за развијање друштвене солидарности. То је Диги признао и потврдио и сам у речима: да индивидуално економско снажење, представљено у индивидуалним правним радњама базираним на принципу поделе рада које представљају користи и прибављање добара у опште економском смислу за своје бенефицијенте — јесте један неминовно оправдан акт с гледишта друштвене солидарности. А шта је прибављање добара у економском смислу, ако оно нема својински карактер у приватно правном смислу. Прибављати добра, добити користи, у праву значи увек у основи својински однос између онога који прибавља и користи се и онога што се прибавља и чиме се користи. Па и цео круг живота данашњег човека и то узетог са социолошког гледишта, чине својински мотиви. Својина је његова тежња (резултат), она је његов концепт — имати или немати, мотор је свих друштвених као и свих физиолошких покрета човекових. И у томе је, ма каква варијација тог мотива била и сва causa нашег живота узетог било апстрактно, било као социјалне чињенице, било физиолошки. И цео универсални каузалитет људске егзистенције у основи се своди на имати или немати. То не мора значити да је тиме и оправдано све што је тако, али из тога круга тешко је извести људску мисао. Можда ту и лежи сва трагедија човечан-

ства, али ту леже и све његове дубоке емуляције и сви потреси који су га покретали у свима добима до данас.

Није својина дакле само један факт. Она је једно право и то субјективно право располагања, које у основи својој значи једну апсолутну власт, коју може ограничити закон, али не зато што својина није субјективно располагање правом, већ зато што је закон правно правило којим државна власт, као суверена на својој територији, регулише све правне односе и све правне радње индивидуе које се налазе или живе на тој територији. И баш за то, она може ограничавати права, јер су правни субјекти у приватном правном смислу, њени поданици у јавно правном смислу. А сам факт што она регулише те односе, што ће рећи права располагања власника или носиоца права својине, доказује само да тих права има, да она постоје и да су њени носиоци баш ти поданици или индивидуе, чија су то индивидуална права, која она у погледу времена и простирања регулише законом.

Отуда и акт транскрипције значи не само правни акт, што је по себи јасно, већ значи вршење једног субјективног права својине, које се трансформише или које само собом даје своме титулару право располагања предметом, на коме почива његово право својине у стању латентности. То пак право располагања јесте у ствари једна субјективна власт, а не објективна, јер не произилази директно из објективног правног прописа, већ из права својине, која и имплицира ту власт располагања. Да је то тако види се најбоље баш код отуђења својински предмета, код преноса својине. Преносом својине правни носилац тога права својинског, врши своју субјективну власт једним актом индивидуалне воље, те је отуда, чим је правна последица овога акта свршена, баш по Дигијевом постулату о субјективним правним ситуацијама, и све свршено. Може се рећи прецизније: свршено је само са субјективним правом траденса, пошто сада акципијенс по том преносу права својине, стиче у своје име и са себе исту власт располагања, исто субјективно право.

Ову тезу о субјективној власти и о сопственику као правном субјекту, доказује још боље почесно отуђење извесних субјективних права и власти располагања, коју власнику даје право својине, а не директна примена објективног прописа. Власник може добро заложити, он може уступити другом лицу право *utendi* или *fruendi* на својинском предмету. Шта је то право за акципијенса, ако није субјективно право, субјективна власт прибирати плодове или у опште уживати својинско добро, чија својина, као субјективно право и даље лежи на титулару, власнику. Објективном влашћу то се не може објаснити, а још мање својином као фактом који проузрокује примену правног прописа.

Исти је случај и код располагања заоставштине тестаментом, под предпоставком да се означени наследник прими наслеђа. Наследник је у хипотези, постао сопствеником. Шта је то што је наследнику уступљено, да ли сам предмет својине или право. И једно и друго, али спојено једно с другим. То ће рећи: субјективна власт, субјективно право располагања тестатора, као сопственика, прешло је као и код транскрипције на новог правног субјекта, личност наследникову. То је и доказ о постојању подмета, субјектата правних. (Право својине је стално, субјекти се мењају, и они су носиоци субјективне власти располагања коју врше на основу датог права. Не треба мешати тако звана лична права са субјективним правима, јер су она права не преношљива — она се гасе са самом личношћу носиоцем.) А да је то право заиста субјективно, доказ је најбољи огроман низ случајева правно и фактички допуштених и могућих, где тестатор своју власт располагања по праву својине, своје субјективно право, преноси тестаментом на друго лице, а наследнику оставља само *nuda proprietas*. Тако на пример тестатор, што је чест случај, остави једну кућу на доживотно уживање једном лицу, док својинско право своје на исту преноси на наследника. Легатар уживалац има субјективно право *utendi*, које у хипотези значи *habitatio*. То субјективно право наследник не може легатару одузети, али се овај може истог увек одрећи, а то је најбољи доказ да је то једно субјективно право

једна субјективна власт, а не објективна, јер баш по Ди-
гију — титулар објективне власти не може се исте од-
ређи, пошто она истиче из објективног правног прописа
— а то је закон, а од закона се не може нико огра-
дити.

Наш закључак је овај. Постоје и субјекти-
вна права која су реална субјективна власт,
детерминисана једним правом које је санкци-
онисано једним објективним правним пра-
вилом. Својина је основно право у субјек-
тивном смислу које је извор те субјективне
власти, засноване на појму права својине.
Само право својине и ако и ма колико ограничено пози-
тивним законом не може променити ту своју ос-
новну особину, јер она потиче из саме при-
роде тога права. Држава може својину огра-
ничити или укинути, али јој атрибуте не мо-
же изменити.

3.

Најзад нам остаје једна трећа опсервација.

У поглед на каузу немачки доктринари приметили
су још раније, да један уговор носећи своју каузу у са-
мом себи, има осим тога још један циљ. На пример, је-
дан уговор о продаји закључен је ради испуњења једне
обавезе проузроковане једним ранијим правним послом
и у томе случају, они сматрају да кауза из тог претход-
ног правног посла има исту улогу као и кауза у ап-
страктним уговорима т. ј. ако не може уговор о продаји
остати ипак у снази — санкције би лежале само у ли-
чној тужби због неправедног обогаћења.¹

Међу тим ми налазимо да, не само што има таквих
правних послова који носе своју каузу у неком пред-
ходном уговору, већ их има који ту каузу стављају у
један будући правни посао. Такав је пример са колек-
тивним уговорима о раду. Општа је дефиниција тога
уговора да послодавац не узима на себе обавезу да

радницима да посла, као што се ни радничка група не
обавезује снабдети послодавца радном снагом. Они се
само реципрочно обавезују за будућност да ће, ако на-
ступи случај закључивања посебних уговора о најму, ти
уговори бити закључени под условима предвиђеним ко-
лективним уговором.

Као што се види кауза колективног уговора пре-
нета је у сваки индивидуали најамни уговор који, будући
у исто време правна последица колективног уговора
несумњиво повлачи грађанску одговорност послодавца,
док извор те одговорности, то јест те облигације, лежи
у предходном колективном уговору. Цивилна одговор-
ност пак радника, потиче из правила њиховог синдиката
или ма ког другог професионалног удружења — чији
су они чланови. Овим конститутивним уговором, који
представљају правила о оснивању и саставу једног уд-
ружења, и који је основни извор индивидуалних обавеза
радника код колективних уговора — даје се много пра-
вилније објаснити и проблем тако званих правних лица,
моралних личности.

Отуда се може с правом закључити, да онај циљ
детерминисан вољом и сагласан правном правилу, ко-
јим објективистичко учење жели да аргументише свој
постулат о објективној власти и субјективној правној
ситуацији као извору свих облигација, само је једна
нова анализа каузе, толико познате и толико дискутов-
не као основног елемента за све правне послове.

А та кауза постоји мање више, не само у свима
уговорним облигацијама, већ исто тако и у свима
облигацијама створеним једностраним изјавама воље, па
и у легатима.¹

Овде ћемо поменути само једну мисао, као допуну
овог нашег гледишта. За постанак облигација код свих
правних послова, воља је дужникова та која у ствари
доминира. Она се претвара у један акт располагања имови-
ном, који реализује једно субјективно право, јер предста-
вља заиста једну субјективну власт коју то право даје
дужнику као свом носиоцу — субјекту. И ту теорија

¹ Planck: Bürgerliches Gesetzbuch — I — c. 184. — IX, 2.

¹ H. Capitant: De la cause des obligations — p. 13. § 5.

објективне власти не би била довољна да нам својим начином то право располагања објасни. Само ово нас опет уводи у област питања способности појединих лица за правне радње, што за моменат мора изаћи из круга овог разматрања.

Наше је мишљење дакле ово.

Морају се разликовати двострани правни послови од једностраних.

За разлику од објективистичког гледишта на правне послове, ми сматрамо да сви двострани правни послови, респективе уговори — противно изложеном гледишту нове школе, имају свој облигациони однос у заједничкој вољи странака проузрокованој једним истим циљем као правном последицом тог правног посла. Осим тога, ми сматрамо да се ни код ових правних послова, као ни код оних заснованих на једностраној изјави воље, не може говорити ни о објективној власти, ни о објективној дужности — обавези. Несумњиво је по нашем схватању, да у свима овим приватно правним пословима, странке учествују као носиоци извесних субјективних права, која представљају за сваку од њих једну субјективну власт.

Осим тога, ми смо рекли већ да се и облигације са стране дужникове свode на једно субјективно право располагања имовином својом, јер свака облигација представља наплату из имовину дужникове. Посматрана и са активне стране повериоца, облигација представљена у тражбини или у тражбеном праву, своди се у ствари на тужбу којом је законодавац санкционисао све тражбине. И то право на тужбу чисто је субјективне природе, јер је природа те тужбе условљена, не правним објективним правилом, већ природом правног посла из кога она проистиче, који опет и по учењу објективиста, представља једну субјективну правну ситуацију. И ако би се овде могло говорити о каквој објективној власти, то би било само у погледу на правне последице тужбе — којом се, а на основу правног прописа, ставља у покрет једна објективна власт представљена у актима самих органа државних, који ће прав-

ни ефект тужбе реализовати силом те власти. Отуда баш и код примера где је законодавац у напред фиксирao права и облигације из једног правног посла, као што је на пример брак, ми се не можемо сложити са објективним учењем.

Тако по објективистичкој теорији, брак је факт који проузрокује примену правног прописа и као такав он је извор облигација. Међутим ми можемо одмах одговорити, да је он и акт воље и то воље два лица, где се једна индивидуална воља не може назвати извором облигација јер ако игде, у браку мора бити сагласности воља или заједничког циља који детерминише воље оба уговорача и у исто време реализује закључени правни посао.

И кад је реч о обавезној примени нових закона на брачне односе и ако раније закључене — то не доказује да нема субјективних права, већ да само права и обавезе супруга потичу директно из закона, јер их закон детаљно редигује, а индиректно из сагласности воља супруга, која детерминише примену законског прописа.

За то се нема потребе говорити о одбацивању принципа стечених права, јер овде не може ни бити говора о стеченим правима, пошто су прописи о уређењу брачних односа јавно правног карактера, јер су принудни и не могу се никаквом особеном вољом, осим законом мењати. И ако је опште мишљење у науци за примену новог закона, а не ранијег на закључене бракове, то је само за то што је брак законски регулисан и то принудно и онда је очигледно да, чим се укине стари закон остаје једино примена новог, пошто се код брака аутономија воље зауставља на самом акту закључења брака, а права и дужности супруга фиксира закон.

По томе брак више потврђује индивидуалистичку тезу, него објективистичку и Дигијеву на посе. Код брака се дешава обрнуто ономе што Диги говори о теорији субјективних права. Ту постоје а priori облигације и права — њих је закон предвидео и фиксирао унапред за све супружнике, настањене на територији владе тог закона. И баш су с тога и изјаве воља и правни акт, који представља акт о закључењу брака, а не сам брак као

факт, елементи који проузрокују примену тога законског прописа. Отуда се може рећи да је та заједничка воља у циљу закључена брака, дала живот тим облигацијама и проузроковала примену закона.

Само и ако ми тражбена права сводимо на субјективну власт њихових носиоца, ми те правне субјекте не замишљамо апстрактно и одвојено од друштвене целине. На против, сматрајући да су и приватно правне норме и приватно правни односи чисто друштвеног карактера и порекла, ми можемо само поновити познату и необориму поставку Штајнбахову: „да правно схватање које хоће да појединца са кругом његових права, постави као каквог првеног Робинзона на једно усамљено острво, док тај појединац у ствари живи у средини себи равних индивидуа — мора доспети у неотклоњиву противуречност са фактичним стањем односа.¹

Са овом констатацијом улазимо и у последњу материју облигационих извора, у којој је објективистичко учење покушало да потражи аргументе за своју теорију објективне власти и факта као услова за примену правног правила, као општих извора облигација. Реч је о недопуштеним радњама, које у класичном учењу представљају две врсте извора облигација: деликт и квази деликт.

О цивилним деликтима, долазним или кулпозним објективисти дају овај постулат: акти намерни или ненамерни, детерминисани једним противправним циљем, не могу ни под којим условом бити творци једне субјективне правне ситуације; они су само услов за примену објективног прописа, имплицирајући извесној вољи објективну власт којом ће та воља принудити деликвента на накнаду проузроковане штете.

И овде се намеће наша опсервација о тужбу и пра-

¹ Steinbach: Die Grundsätze des heutigen Rechtes über den Ersatz von Vermögensschäden. с 12.

ву на тужбу, којом закон сакционише све облигације потекле из недопуштених радња. То је правно субјективно као што је субјективна и власт располагања оштећеног лица тужбом за накнаду. О објективној власти може се говорити и овде само у погледу на реализацију ефеката тужбе, која припада органима власти — државе.

Али има једна очигледна недоследност у овом постулату објективиста. У правој науци одавно су познати и данас теоријски довољно обрађени извесни факти који за једну личност значе противправно оштећење, док за друго лице извршиоца тих факата, значе употребу његовог права. Реч је о тако званој злоупотреби права¹. На страну основно питање да ли се може начелно говорити о злоупотреби права, али постоје несумњиво случајеви, у којима неко лице и ако формално вршећи једно своје право, поступа тако да чини штету другом лицу и спречава исто у уживању његових права. Ова колизија права, да је тако назовемо, јавља се понављено и добија нарочиту важност у питањима суседског права.² Ако се сад примени објективна теорија на ове случајеве — очигледно је да она не само, што не може ове случајеве објаснити, него је у супротности са самом собом. По тој теорији сваки правни акт, па следствено и вршење једног права значи једну објективну власт имплицирану правним правилом. Међу тим ми имамо у хипотези две такве власти, јер постоје две одвојене субјективне правне ситуације, по којима оба вршиоца својих права, врше сваки за себе једну објективну власт. Те се две власти у овој колизији неминовно потиру, а међу тим то је баш по објективној теорији немогуће, пошто објективна власт представља једну објективну норму, т. ј. законски пропис, а од закона се нико не може оградити.

Ипак је једно у овоме учењу тачно.

Проузрокована штета је фактички услов за примену једног прописа објективног права. Та примена реализу-

¹ види Dr. Н. Перић. О злоупотреби права.

² Dr. Д. Аранђеловић: Одговорности за накнаду штете. стр. 14. Београд. 1924.

је се у давању права на тужбу за накнаду штете. И то је све. Али то није ништа ново и то је гледиште у опште усвојено у приватном праву, чак су га класичари, као што је Планиол, много боље аргументисали, стављајући се на општи принцип у приватном праву: да нико нема права наносити другима неправедну штету, који принцип имплицира онај о неправедном богаћењу, који је право одавно санкционисало специјалном тужбом.¹

Тако можемо завршити ова наша излагања о објективистичком учењу о изворима облигација, са овим закључком:

Једна је поставка социолошког гледишта на приватна права несумњиво тачна. Човек се ни у приватно правним односима не може посматрати апстрактно и одвојен од друштва као целине. Човек је у том погледу, не неки носилац урођених, природних права, већ један социјални чинилац, једна друштвена јединка, чија деловања и чије правне моћи јесу корелатив делања и правне моћи других људи, његових сајединки у друштву.

Али ово не значи да он има индивидуално потпуно да се изгуби. Не, јер му његов положај друштвене јединке омогућава једну субјективну власт у приватно правним односима његовим, која власт извесно мора координирати са сличним правима других индивидуа, у чему лежи највећа гаранција његових сопствених права. И у колико год има права, у толико је човек један правни субјект и у толико су та права његова субјективна права, субјективне правне моћи, субјективна власт.

И у колико је овде основано социолошко гледиште на човека као правног субјекта, у толико је класична поставка о природним и урођеним правима човека *à priori* замишљеним, нетачна и застарела.

Али се исто тако не може потпуно одбацити класично учење о двома вољама и о правним пословима

условљеним заједничким циљем тих воља, као извором облигација, нарочито не у теорију уговора. Само се мора признати на супрот класичном учењу да је и једно-страна воља са једним облигационим циљем могућа и исто тако стваран извор облигација.

¹ Planiol — op. cit. — II — V.

ПРАВНА ПРИРОДА ОДВОЈЕНОГ БРАЧНОГ ЖИВОТА.

Коментар §. 102 грађ. зак. и чл. 218 зак. о цркв. властима.

Одвојен живот супруга за разлику од развода брака, не раскида дефинитивно брачну везу, већ је у извесној мери и за одређено време ставља ван дејства. Развод брака је у основи цивилна институција, а одвојен живот црквена. Он је једна палијатива хришћанске цркве у односу на принцип неразлучивости брачне везе.

Развод је био познат у римском праву још од првих времена. Прво *geridum*, па после обострани споразум за раскид брачне заједнице, били су све до Јустина II, наследника Јустинијанова познате форме развода, регулисане још и познатим законом *lex Julia de adulteriis*, који је специјално регулисао правну природу и дејство *geridium*-а.

Развитак хришћанства у Римској Империји све је више сужавао развод, док исти није једном новелом Јустиновом¹ био најзад потпуно укинут. Ово укидање развода последица је утицаја хришћанске цркве, у чијем се крилу још од почетка оснивања њеног, појавила борба око тога: да ли ће се усвојити принцип неразлучивости брачне везе, чији су се браниоци позивали на познате речи апостола Луке и Марка, или ће се допустити превареном мужу напуштање неверне жене и ступање у други брак, како је и апостол Матеја проповедао. Западна црква је усвојила најзад оно прво гледиште, док је Источна пришла овом другом.

Али одбацујући развод, католичка црква је неминовно морала наћи једну нову установу којом би решила и други проблем који се установом брака поставио, а то је измирење принципа неразлучности са оправданим немогућношћу заједничког живота у честим случајевима брака. Тако је у католичкој цркви и дошло до установе одвајања од стола и постеље, коју текстови често називају и разводом: *divortium a toro et mensa*. Отуда је католичка црква одбацујући развод, морала ићи консеквентно у постављању установе одвојеног живота и прихватити и тако звану *separatio perpetua*, која се у својим правним последицама мало разликује од развода. Разлика је више у форми, јер се њиме одржава принцип неразлучности брачне везе, а усвајају готово све последице развода, осим обавезе верности супружничке и обавезе издржавања. Па остајући доследна свом ставу и одбацавању развода, католичка црква је одбацила споразум и слободни договор и пристанак оба супруга на одвојен живот.¹

Православна црква није имала потребу да иде овим путем, са простог разлога што је усвојила установу развода. Самим тим она није имала разлога давати нарочити карактер одвојеном животу супруга, те је у њој и непозната установа *separatio perpetua* и њених тако радикалних правних последица. Отуда одвојен живот по нашем канонском праву не може имати широких и дубљих правних реперкусија на правно дејство брака, што се види најбоље и у нашем грађанском закону, чији су писци остали потпуно верни традицијама своје цркве.

Као чиста црквена установа одвојен живот је тај свој карактер задржао и у грађанским законодавствима хришћанских земаља, која су му давала шири или ужи значај према томе, да ли су те земље биле католичке или не, и да ли је брачном односу дават више или мање карактер једног уговора.

Тако је француско грађанско законодавство, почев прво од уставног наређења од 3 септембра 1792 г. да се брак има сматрати као приватно правни уговор,

¹ В. А. Colin — Н. Capitant: Droit civil — t. II. p. 192—1923.

¹ Pothier: Traité du contrat de mariage. Nos. 508 и даље.

већ у закону од 20 септембра 1792 г. признало развод као цивилну институцију, уводећи га доцније и у Грађански Законик. Ресторација је истина у Француској с повратком црквеног брака укинула ове одредбе, али је 1884 развод био понова установљен. То су урадила и сва грађанска законодавства хришћанских земаља изузев Италије.

Само док је у прво време револуционарно француско законодавство усвојивши развод као чист грађански правни посао, отишло у логици до краја и воспоставило принцип слободног развода по међусобном споразуму укидајући одвојен живот, дотле су доцније и Франц. Грађански Законик и већина страних законодавстава тај принцип одбацили. Али су опет с друге стране, та законодавства прихватајући одвојен живот, одбацила *separatio perpetua*, свдећи је на кратак рок трајања или претварајући је без икаквог рока, на основу самог закона, у развод.

Аустријски Грађански Законик је питање развода регулисао у начелу с обзиром на религију супруга и одбацивши развод у принципу за католике, другим вероисповестима оставио вредност њихових религиозних прописа, као правило за развод — издвојивши нарочито Мојсијевце. Али је баш са овог разлога А. Г. З. нарочиту бригу посветио одвојеном животу, стварајући од њега једну посебну цивилну институцију регулисану у § 104 до 109., допуштајући чак одвојен живот по слободном пристанку супруга.

Франц. Грађ. Зак. чије одредбе у чл. 306—311 регулишу питање одвојеног живота, допуњен специјалним законом од 1908 г. изједначио је у каузалитету развод и одвојен живот, а у последицама их приближио, остављајући најдужи рок од три године за трајање одвојеног живота. Само је Франц. Грађ. Зак. прописао да ће се по истеку овог рока и одвојен живот на основу самог закона — претворити у развод брака на тражење ма ког супруга. Тиме је Ф. Г. З. донекле обезбедио и религијску савест својих грађана католичке вере, којима црква њихова забрањује развод брака.

Сличне прописе има и Немачки Грађански Законик,

који у чл. 1575 дозвољава супругу, који има права тражити развод брака, да може са истих узрока искати и одвојен живот, то јест, ако стоје они исти разлози за развод из чл. 1565—1572. Исти Закон допушта да се одмах, чим је досуђен одвојен живот, на основу саме те пресуде може тражити развод брака.

Исти смисао имају и одредбе Швајцарског Грађ. Законика, по којима одвојен живот може бити досуђен увек кад може и развод брака. То зависи од тражења тужбеног. Само што по чл. 146 швајц. гр. зак, суд не може досудити развод, ако је тражен одвојен живот, а може досудити одвојен живот и ако је тражен развод, само ако има могућности и изгледа за мирее.

Очевидно дакле сви ови законици стављају упоредо развод и одвојен живот, прописујући им исте узроке, а ублажавајући последице одвојеног живота или их одвајају чисто формалним начином, остављајући код одвојеног живота само брачну везу у целости, а укидајући све правне последице брака.

Разлика је по њима између развода и одвојеног живота, мање у последицама, у правном дејству на брачну везу и права и обавезе које из ње потичу, а више у формалном смислу одржања брака и следствено, немогућности за ступање у нов брак у случају одвојеног живота. Иначе узроци су исти за обе установе. Разлози који условљавају развод, условљавају и одвојен живот.

Отуда је разумљиво зашто код ових законодавстава, одвојен живот прелази у развод и на захтев ма ког супруга. У ствари ту и нема одвојеног живота, већ само развода непосредног и *ad tempus*. У том погледу је најкосеквентији Нем. Грађ. Зак. јер он саму пресуду о одвојеном животу, одмах и непосредно претвара у бракоразводну пресуду. По чл. 1576 Нем. Гр. З. сваком је супругу дозвољено на основу пресуде о одвојеном животу и чим је иста изречена, тражити да се брак разведе. Франц. и Швајц. Зак. и ако прописују рок од три године као максимум за одвојен живот, претварају исти у развод чим један захтев о томе постоји. Развод је пак у начелу дозвољен, чим је дозвољен и одвојен живот.

Овим одредбама и правна природа одвојеног живота, поред свег његовог религиозног порекла и основа, диференцира од развода само по интезивности правног дејства. Супрузи се враћају у правном погледу у стање пре брака, и у једном и у другом случају — само што код одвојеног живота брачна веза није формално раскинута.

Правни карактер одвојеног живота по нашем законодавству.

Српски Грађ. Зак. у погледу одвојеног живота има потпуно одвојен став. У пропису § 102 Грађ. Зак. одвојен живот има карактер једне превенције, једне мере и покушаја за одржање брачне заједнице. Отуда га законодавац и назива покушајем мирења. Прва правна последица овог стања јесте: да одвојен живот супрузи не могу захтевати, већ им суд-исти може само *ex officio* досудити. Одвојен живот за тим, може се досудити само ако нема законских узрока за развод и најзад, ако има законских разлога за развод, суд не може досудити одвојен живот.

Међутим могло би се и следеће тумачење навести. Ако обично мирење не би било довољно, суд може досудити одвојен живот. Што би значило да кад, и ако, постоје довољни узроци за развод, суд може досудити и одвојен живот као покушај мирења, ако има изгледа за мирење. Овако тумачење приближује пропис § 102 Гр. З. прописима Швајц. Гр. З. али га је баш за то немогуће овде применити.

По нашем грађанском закону одвојен живот није у опште институција цивилног права, а најмање она којом се регулишу брачни односи и укидају правне последице брака, већ је то једна обична процесно правна мера или средство у бракоразводној парници, којом се иде на одржање брачне везе. То се нарочито потврђује и завршном одредбом §. 102.

Тиме је наш грађански законик остао двоструко доследан. Прво доследан верском расположењу својих аутора и канонима Православне Цркве и друго доследан

своме изворнику Аустријском Грађ. Законику. Наш Грађ. Законик доследан је канонима Православне Цркве, јер одвојен живот дефинише као „само разлучење од заједничког живота“, потенцирајући тиме дефинитивно ограничење правног дејства одвојеног живота на брачну везу, коју оставља недирнуту осим обавезе заједничког становања. А доследан је и свом изворнику, јер одваја формално развод од одвојеног живота и по узроцима њиховим, јер прописује нарочите узроке по којима је развод допуштен и без којих је он немогућ, а о узроцима одвојеног живота и не говори. Прописи §§. 94, 95 и 96 грађ. зак. тај смисао и имају, јер се узроци у њима наведени односе само и једино на развод брака. Наша поставка је тачна и по одсуству сваког прописа у нашем Грађ. Законику, којим би се регулисао однос мужа и жене у одвојеном животу и њихова реципрочна права и обавезе за време трајања истог. Питање мужевљеве власти и пословне женине способности, питање алиментација, питање обавезе верности и сва остала није наш законодавац ни додирнуо, ни расправљао, јер му то није ни требало с обзиром на његово гледиште о одвојеном животу супруга.

Међутим супротно овом концепту Грађанског Законика, одвојен живот супруга с обзиром на његове правне последице по сам брак, добио је у једном специјалном закону један други правни карактер. Реч је о Закону о Црквеним Властима и његовом чл. 218 по коме „ако се у парници за развод брака досуди одвојен живот, па се муж и жена у року од пет година не измире, епархијски ће суд после тога, на захтев обе парничне стране развести брак.“

По овом законском пропису, и под условима које је он прописао, одвојен живот, противно дефиницији из 102 Грађ. Зак. постаје један правни институт, један од осталих узрока за развод брака. Тиме се дефинитивно његов правни карактер, а са њим и његово правно дејство мењају и од једног средства за одржање брачне заједнице, одвојен живот постаје један законски узрок за развод брака. Па ипак и овим про-

писом његова правна природа није регулисана дефинитивно, а ни целисходно.

Тако, док се у свима страним законодавствима одвојен живот појављује упоредно са разводом као институција приватног права, истина са религиозном основом али ипак као цивилна установа, дотле по стилизацији чл. 218 зак. о Цркв. власт. он је један обичан разлог за развод брака и ништа више. И тако је по реченом пропису одвојен живот изгубио и онај карактер који му је давао Грађ. Законик, јер не служи више одржању брака, већ његовом раскиду. А није добио ни у важности својој, јер противно свом општем правном карактеру, није одржан као цивилна установа уз установу развода, од кога је у дејству више удаљен, но што би био различан. Он је дакле прост узрок по коме је развод дозвољен, као што је то прељуба, или одсуство супруга или ма који од оних разлога који су побројани у § 94 б. 95 и 96 грађ. зак. Питање пак зашто је то тако, налази одговора у историји закона, о црквеним властима, из које се зна да је предлог о одвојеном животу као узроку развода, постао у самој дебати скупштинској, неочекивано и независно од пројекта самог закона, као што то обично бива код нас при вотирању законских пројеката.

Али тиме, што је чл. 218 поставио одвојен живот међу разлоге за развод брака, законодавац је у основи изменио и правни карактер одвојеног живота. И док је по свом основном финалитету одвојен живот био једна средина између брачног стања и раскида брачне заједнице, сада је он један узрок за развод, а тиме се мења - теорија законских узрока за развод.

Очевидно осећајући ову дисхармонију у новој одредби, законодавац је ипак покушао да члану 218. да и један генералнији значај, задржавши бар по форми сми-сао § 102 грађ. зак. у пропису да се по основу одвојеног живота брак може развести кад то оба супруга буду захтевала.

О смислу чл. 218 постоје два супротна тумачења код нас. Једно је г. Др. Чеде Митровића, а друго Каса-

ционог суда. По тумачењу уваженог професора г. Ч. Митровића¹ „израз оба супруга“ из чл. 218. значи и једног и другог супруга, што значи да развода брака по основу одвојеног живота може бити само на захтев оба супруга, а никако једног. То је тумачење усвојила и пракса Духовних Судова. Осим овога тумачења постоји и једно објашњење Касационог Суда, које смо напред поменули и које је аргументишући највише правом сваког супруга на бракоразводну тужбу стало на гледиште да израз оба супруга значи: ма који, и један и други од супруга. Разлози опште седнице Касационог Суда онако како су изнети, нису довољни да побију тумачење г. Митровића. Али и ако су управо недовољни разлози Касац. Суда, ипак се не може примити гледиште које допушта развод само на захтев оба супруга. Ми смо разумели законодавца, али теоријски он нема право. Захтев да оба супруга само заједно могу тражити развод, а не само и један, по чл. 218. могао је потећи из старања да се овим чланом зак. о црк. властима не измени дефинитивно правна природа одвојеног живота и да његово наређење не поништи пропис § 102 гр. з. Хтело се дакле оставити одвојеном животу карактер мирена и ипак дати му једно дејство које дотле у нашем праву није имао. У толико се наш законодавац збиља приближио прописима осталих Грађ. Законика, у колико одвојен живот по чл. 218 са протеклог законског рока постаје узрок за развод. Али је оваква редакција истог члана учинила ово приближавање илузорним и створила једну нову тешкоћу. А та је тешкоћа толика да се она може пребродити само дефинитивном изменом и чл. 218 и досадање судске праксе.

Аргументима Касационог Суда, а у одлуци од 30 октобра 1904 г. Бр. 6216 (в. Гој. Никетић: Одл. оп. сед. К. С. књ. I. ст. 190) имало би се замерити да нису довољни. Свега је један од тих разлога, који има заиста правне вредности, а то је онај који говори да би одвојен живот (у случају г. Митровићевог тумачења) имао карактер једног ванзаконског стања, јер би се тај одво-

¹ в. Др. Ч. Митровић: Из црквеног права, 1909 ст. 217—222.

јени живот тако могао продужавати и после оног максималног рока од пет година, који је законом и пресудом Духов. Суда одређен, а то закон не допушта.

Ово је један умесан и добар разлог, јер додирује једно принципипијелно питање. Само је на жалост К. С. ту стао и није логично продужио своју тезу до краја, те је тиме смањио и вредност своје аргументације. А ево зашто. Теоријски, одвојен живот има двострук карактер. Један је црквено правни, а други грађанско правни. По првоме он је једна мера хришћанске цркве за одржање брачне везе; по другоме он је једна мера грађанског законодавства за мирење религиозне савести оних супруга којима црква забрањује развод, а грађански закони допуштају. Наше цивилно право међутим узело је онај први мотив, па га тако и унело у § 102 гр.з. остављајући одвојеном животу и даље карактер брачне палијативе. Доношењем чл. 218. одвојен живот постао је и узрок за развод брака, те му је тиме дат и један грађанско правни карактер. Али тиме, што се по чл. 218. одвојен живот може досудити само у бракоразводној парници, он је формално задржао и карактер покушаја измирења супруга. У суштини пак тај карактер је веома измењен фактом, да се одвојен живот може досудити кад не стоје довољни законски узроци за развод, а заједнички је живот немогућ. Тиме је одвојен живот опет добио дефинитивно цивилно правни карактер као мера ближа разводу, него измирењу. И тако видимо да је код нас грађански законик своје прописе о одвојеном животу подешавао црквеним канонима, а закон о цркв. властима опет га више третирао са гледишта грађанско правног. Чак шта више, видећемо из даљег излагања да је оваква стилизација, какву има чл. 218. противна и погледима Православне Цркве.

Тврдећи да би са тумачењем, да само оба супруга а не један могу тражити развод по чл. 218., одвојен живот добио карактер ван законског стања, Касациони суд је додирнуо истину у овом питању, само исту није довољно осветлио, ни открио, јер ако се по чл. 218. допушта развод само на захтев оба супруга, онда се у ствари развод и не допушта, а допушта се једно

стање немогуће по прописима Грађанског законика, а и по прописима Православне Цркве. Непристанком ма ког упруга, живот одвојен по истеку пет година не може се сконвертирати у развод. Он остаје и даље, јер је такав смисао чл. 218. Ако се пак један супруг може и по истеку овог рока успротивити разводу и продужити трајање брака, он може одвојен живот самим тим једнострано продужити до краја живота, јер суд не може развод изрећи све док се једна супруг томе противи.

А продужити толико одвојен живот значи продужити га *ad perpetuum*. Према томе је ма и посредно, али сигурно и несумњиво оваквом применом чл. 218. и код нас заведена *separatio perpetua*, једна чиста установа Римокатоличке Цркве. Остајући при етимолошком тумачењу речи „оба супруга“ из чл. 218. наши Духовни Судови који суде бракоразводне парнице, баш зато што су духовни, то јест везани за каноне Православне Цркве, ризикују оваквим тумачењем да у исту уведу једну установу Католичке Цркве.

То је први аргуменат противу етимолошког тумачења речи „оба“ у чл. 218. и његове погрешне примене код развода брака.

Други је аргуменат у самој правној природи уставне брака у нашем Грађанском законнику и његовој природи по канонском праву.

Ми смо већ напоменули да је једино француски револуционарни Устав од 1791. прогласио брак као обичан приватноправни посао и логично томе одбацио одвојен живот, а допустио развод по заједничком пристанку. Али од тада ни једно европско законодавство, осим Белгије, није стало на ово гледиште, па ни сам данашњи франц. грађ. зак. У том погледу гледиште Православне Цркве поклапа се са прописима грађанског законика. И тако обоје, и црква и законик не сматрају брак као један обичан уговор, а изрично забрањују развод по међусобном споразуму и пристанку супруга. У § 103. Грађ. зак. забрањена је таква радња брачника овим пасусом: на развод брака не могу супружници уговора имати, нити се на уништење или разведење ни привремено сагласити не могу.

Међутим етимолошко тумачење чл. 218. зак. о црк. вл. иде директно против ове одредбе Грађ. зак. и ако истаима и један јавно правни карактер.

Јер ако се прими тумачење чл. 218. онако како га пракса Духовних Судова примењује и развод, по основу одвојеног живота пресуђује само на захтев и по пристанку обе стране, онда је тиме очигледно у погледу на развод по чл. 218. уведен принцип договорног пристанка. Тражити пристанак оба супруга, значи тражити њихову сагласност о разводу, а то значи развести брак по пристанку и договору супруга и без узрока које је Грађански Законик прописао. Тиме је погажена забрана слободног уговарања развода по § 103. Грађ. зак. а са њом и цео принцип законских разлога за развод, на коме принципу почива наше грађанско законодавство. С друге стране тиме је нарушено и једно правило канонско Православне Цркве, јер се у погледу забране слободног уговарања и споразумевања супруга о разводу, то правило ничим не разликује од прописа § 103. Грађ. зак., што сведочи и чл. 216 зак. о Цркв. властима.

Другог резонувања нема и не може га бити. Или се брак разводи са законских узрока, а они су набројани у §§ 94. 95 и 96. Грађ. зак. или се досуђује одвојен живот, ако тих узрока нема. Чл. 218. примењује се дакле кад развода не може бити. Установити пак да ће се развод ипак досудити ако се по истеку одвојеног живота оба супруга на то сложе, значи допустити супрузима да о разводу могу споразум чинити. Тиме пак збрисана је цела теорија законских узрока, а супрузима остављено да својим договором одлучују о судбини развода, јер по чл. 218. суд им мора досудити одвојен живот и ако иначе других законских узрока за исти нема.

Да резимирамо.

Католичка црква одбацујући развод морала је нарочито подвући установу одвојеног живота и дати јој особити значај. Православна црква усвајајући развод ту потребу није имала, отуда је у њеном канонском праву одвојен живот више једна мера за измирење супруга и одржање брака.

Отуда су и грађанска законодавства католичких

земља стављала одвојен живот упоредо са разводом, не двојећи их по узроцима и сводећи их један на други. Отуда су и грађанска законодавства православних народа потпуно одвојила развод од одвојеног живота.

Међутим како је наш Грађански Законик ограничио развод на један одређен број узрока, то је одвојен живот постао стална солуција за све бракоразводне парнице у којима супрузи нису могли довољне узроке за развод показати. То стање је учинило да одвојен живот од средства за мирње супруга, постане етапа за развод брака. Тако је постао чл. 218. З. о Цркв. властима.

Али баш за то немогуће је по чл. 218. примити тезу развода на бази обостраног пристанка супруга. Таква теза је противна и самом смислу законског наређења о дејству одвојеног живота, а с друге стране она уводи новине које се противе изричним одредбама и канонског права и Грађанског Законика. Најзад та теза своди брак на обичан приватно правни уговор, где воља странака замењује закон, што је опет противно основним принципима нашег породичног права. Истина то не значи да бисмо ми можда били против таквих новација, али је онда потребно мењати закон.

Закључак:

Ако по чл. 218 одвојен живот од пет година по пресуди судској може бити узрок за развод брака, онда се по том основу брак може развести и на захтев само једног и ма ког супруга.



Др. Г.
39299

ШТАМПАРСКЕ ГРЕШКЕ

Моле се читаоци, да ове грешке исправе.

Страна	ред	стоји:	а треба :
27	3 одоздо	реорију	теорију
28	у намени под 1.)	ourr.	ouvr
33	18 одоздо	collectif-e	collectif-de
33	1 "	Panast:	Rouast:
33	1 "	Notian	Notion
43	10	свако субјективно право има два стања а треба: свако субјективно право, па и својинско има два стања итд.	
96	1 "	ivid.	ibid.
111	1 "	Noses	Nos