

О државној интервенцији у породичним односима, 1927.

Садржај

Увод

1. О породичним односима и породичном праву у опште

Одељак I.

Историја односа између породице и државе

Глава I.

О односима између породице и државе и друштвеном животу у опште

2. Право и друштво

3. Породица и њен однос према држави

4. Положај индивидуе у породици и држави

Глава II.

5. О браку као основу постанка породице и утицају његовом на друштвени живот

Одељак II.

О ограничењу родитељског права *de lege lata* и *de lege ferenda* и основу државне интервенције у породичним односима

Глава I.

О ограничењу родитељских личних права и одузимању очинске власти

6. О родитељској власти у опште
7. О одузимању очинске власти као средству за спречавање злоупотреба исте и оштећења дечјих интереса

Глава II.

О ограничењу родитељских имовинских права

8. Права родитељска на имовини дечјој
9. О одузимању очинске власти по основу очеве проглашења за расипника
10. Теоријско оправдање установе проглашења за расипника
11. О заштити деце из ранијег брака

Одељак III.

О државној интервенцији у ванбрачним породичним односима и у опште о породичном правном положају ванбрачне деце

12. О истраживању очинства и материнства ванбрачне деце
13. Француски закон од 16. новембра 1912. године
14. Разне теорије које данас постоје о правном основу тужбе за истраживања ванбрачног очинства
15. Општи преглед на установу истраживања ванбрачног очинства

Одељак IV.

16. Неколико речи о државној интервенцији у задружним породичним односима

Закључна реч

347.6

Д-р А. П. Лазаревич

о Државној Интервенцији
у
Породичним Односима



БИБЛИОТЕКА
Министерства Прав.
Бр. 4033

БИБЛИОТЕКА
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

Уведено у нови инвентар бр.
1 јануара 1942 год.
Београд, 21.

252

О ДРЖАВНОЈ ИНТЕРВЕНЦИЈИ У ПОРОДИЧНИМ ОДНОСИМА

Dr. АДАМ П. ЛАЗАРЕВИЋ.



32409

БИБЛИОТЕКА
Министарства прав,
Бр. 1033

БЕОГРАД
ИЗДАВАЧКА КЊИЖАРНИЦА ГЕЦЕ КОНА
1. КНЕЗ МИХАИЛОВА 1.
1927.

САДРЖАЈ

Страна

УВОД.

§ 1. О породичним односима и породичном праву у опште	1
---	---

ОДЕЉАК I.

Исшорија односа између породице и државе

ГЛАВА I.

О односима између породице и државе и друштвеном живоју у опште

§ 2. Право и друштво	5
§ 3. Породица и њен однос према држави	8
§ 4. Положај индивидуе у породици и држави	10

ГЛАВА II.

§ 5. О браку као основу посшанка породице и ушцају његовом на друштвени живој	17
---	----

ОДЕЉАК II.

О ограничењу родишелских права de lege lata и de lege ferenda и основу државне иншервенције у породичним односима

ГЛАВА I.

О ограничењу родињелских личних права и одузимању очинске власи

§ 6. О родитељској власти у опште . . .	24
§ 7. О одузимању очинске власти као средству за спречавање злоупотреба исте и оштећења дејих интереса	42

ГЛАВА II.

О ограничењу родињелских имовинских права

§ 8. Права родитељска на имовини дејој	53
§ 9. О одузимању очинске власти по осно- ву очеве проглашења за расипника	58
§ 10. Теоријско оправдање установе про- глашења за расипника	69
§ 11. О заштити деце из ранијег брака	79

ОДЕЉАК III.

О државној инјервенцији у ванбрачним породичним односима и у опште о породичном правном положају ванбрачне деце

§ 12. О истраживању очинства и мате- ринства ванбрачне деце	78
§ 13. Француски закон од 16. новембра 1912. године	89
§ 14. Разне теорије које данас постоје о правном основу тужбе за истраживања ван- брачног очинства	93
§ 15. Општи преглед на установу истра- живања ванбрачног очинства	95

ОДЕЉАК IV.

§ 16. Неколико речи о државној инјервен- цији у задружним породичним односима . . .	100
Закључна реч	108

БИБЛИОГРАФИЈА.*

- Алекса С. Јовановић, Историјски развитак српске задруге, Београд, 1896.
- В. Божић. О положају породице и наследства у правној системи, Београд, 1893.
- Живојин Перић, Задружно право по грађанском законику Краљевине Србије, друго поправљено издање, Београд, 1924.
- Др. Лазар Марковић, Породично право, Београд, 1920.
- Др. Раја Пројић и Др. Александар Јасински, Приватно Право у Војводини, Сомбор, 1922.
- Живко М. Милосављевић, Римско приватно право, књига I Београд, 1899.
- А. Rûšnov, Tum č općemu austrijskomu građanskomu zakoniku, drugo prerađeno i popunjeno izdanje, Zagreb.
- Ambroise Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil français 2. édition, Paris, 1919.
- Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 10. édition, Paris, 1925.
- G. Baudry Lacantinerie, Précis de droit civil, tome I., 2. édition, Paris, 1885.
- Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 5. édition, Paris, 1897—1902.
- Fustel de Coulanges, La cité antique, Paris, 1872.
- A. Girard Teulon, Les origines de la famille; Questions sur les antécédents des sociétés patriarcales, Genève—Paris, 1874.

* Ова библиографија садржи само најчешће цитирана дела, као и она на која смо се највише ослањали у своме раду.

- Georges Digard*, De la puissance paternelle sur la personne des enfants, Paris, 1882.
- Ernest Lehr*, De la puissance et de la tutelle paternelle d'après les principaux codes de l'Europe, Etude de législation comparée, Bruxelles, 1907.
- A. Audibert*, Essai sur l'histoire de l'interdiction et de la curatelle des prodigues en droit romain, Paris, 1914.
- Henry Lhospied*, Etude sur la recherche de la paternité en droit comparée, Paris, 1914.
- A. Girard Teulon*—fils, Les origines du mariage et de la famille, Paris—Genève 1884.
- Paul Frédéric Girard*, Manuel élémentaire de droit romain, 7. édition, Paris. 1924.
- Eugène Petit*, Traité élémentaire de droit romain, 9. édition, Paris, 1924.
- Georges Cornil*, Droit romain, Bruxelles 1921.
- Virgile Rossel et F. H. Mentha*, Manuel de droit civil suisse, tome premier, Lausanne Payot et Cie.)
- Dr. Heinrich Dernburg*, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und Privatrechtsnormen des Reiches, Dritter Band, Vierte neu bearbeitete Auflage, Familienrecht und Erbrecht, Halle a. S. 1896.
- Dr. Ludwig Enneccerus, Dr. Theodor Kipp und Dr. Martin Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 12—14. Auflage, zweiter Band, zweite Abteilung, Das Familienrecht, Marburg, 1923.
- Dr. Armin Ehrenzweig, Dr. A. Pfaff und Dr. Josef Krainz*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Zweiter Band, Sechste Auflage, Wien, 1924.



У В О Д.

§ 1. *О породичним односима и породичном праву у опште.*

По своме положају у правном систему породично право заузима место у приватном праву (*ius privatum*), али се оно одликује од осталих приватних права својом особитом правном природом, те тако у ствари чини групу за себе, као засебна правна дисциплина.

Као свако право у опште, тако и породично право није само себи циљ, већ оно има да послужи задовољењу извесних потреба. Приватно право, пак, према природи потреба које има да задовољи, дели се на две групе: на имовинско и лично *resp.* породично право, јер су и све потребе људске двојачке природе: материјалне и моралне. Породично право има за предмет задовољење потреба првенствено личне, моралне природе, и због више интимне природе породичних правних односа породично право можемо назвати интимним правом. Интимним зато, јер оно узима у обзир човека, као таквог, и као оца, мужа, брата и т. д. а не, на пример, као сопственика, повериоца, дужника и томе слично.

У приватном праву, у опште, важи начело аутономије воље појединаца, које је начело изражено у речима: да воља и наредба човечија замењује закон, а да су законске диспозиције само сурогати расположења воље појединаца. Међутим у породичном праву тај принцип није нашао примене у целости; већ се породично право,

и у колико садржи и чисто имовинске односе, разликује од општег имовинског права, јер је ту воља имовинских субјеката ограничена извесним обзирима личне, чисто породичне природе. Породични односи већим делом регулисани су на један, више-мање, апсолутан начин, и тако је воља појединаца ограничена правним поретком.

Према томе, породично право је у главном принудно право (*ius cogens*). Ту законодавац, да тако речемо, своја расположења није предложио (*proposé*), већ их је наложио (*imposé*), односно наметнуо. Јер ту није у питању само лични интерес појединаца, већ је ту донекле ангажован и јавни интерес. Отуда је породично право добрим делом јавног карактера (*ius publicum, a ius publicum privatorum pactis mutari non potest*).

Карактеристика породичног права састоји се још и у томе, што су, како овлашћења, тако и дужности, које се у праву састоје, везане за саму личност њихових субјеката (*intuitu personae*) и по правилу, не могу се на другог пренети ни у погледу њиховог вршења. Такве су природе права и дужности супружника, родитеља, деце и т. д. Породично право се даље одликује неједнакошћу положаја правних субјеката, чије међусобне односе оно регулише. Тако у брачним односима имамо мужевљу власт над женом, а у родитељским односима родитељску власт над децом, односно власт старатеља над пупилом. У интересу хармоније у браку и јединства брачне заједнице жена је потчињена своме мужу, а у интересу деце, деца су потчињена својим родитељима, односно пупиле својим старатељима. Тај однос потчињености, пак, одликује се тиме што налази свога ослонаца у закону, а није заснован вољом странака, као што је н. пр. дужник својом вољом дошао, у извесном погледу, у положај потчињености према своме повериоцу.

Принцип релативитета права, по коме право није једна апсолутна и непроменљива, једноставна појава, већ да оно варира према времену и приликама, с обзиром и на менталитет и културни ниво једнога народа, нарочито важи за породично право. Породично право, више него ма које друго, носи карактер националне индивидуалности и тако се појављује као национално право. Извесни облици породичног живота *resp.* извесне породичне установе, могуће су само код народа са нарочитим моралним особинама: као што је н. пр. задруга у Јужних Словена један типичан облик њима својствене породичне заједнице. Поједине установе породичног права код једног народа показују одличне резултате, док су исте код другог неприхватљиве, и, као што ћемо доцније видети, о појединим установама у разним државама постоје разна антиподна мишљења, у погледу њихове корисности и у опште целисходности.

Извесним установама породичног права приговара се данас да су, онакве какве су, застареле, то јест, да не одговарају савременим потребама и приликама, с обзиром и на менталитет садашњице, те да би их, због тога, требало реформисати или чак и укинути. Ми ћемо се у нашој расправи обазрети на неке од тих приговора, и покушаћемо да критички размотримо извесне установе породичног права и извесне породичне односе, и да о њима, по могућству, дамо и своје мишљење.

Нама је циљ при томе, да укажемо на потребу што већег старања и интересовања државе о породичним стварима, која је потреба нарочито изазвана слабљењем породичне свести народне, под којом свешћу разумемо у опште свест о породичним правима и дужностима у најширем смислу.

И, пошто се претходно у кратко будемо осврнули на право и његов смисао и значај у опште, као и на извесна опажања из историје породичног права, прећићемо на саму ствар, која нас овде интересује.

О Д Е Љ А Н I.

ИСТОРИЈА ОДНОСА ИЗМЕЂУ ПОРОДИЦЕ И ДРЖАВЕ.

Г Л А В А I.

О односима између породице и државе и друштвеном животу у опште.

§ 2. *Право и друштво.*

Човек је по својој природи такво биће да му је живот у друштву својствен. Управо без друштва живот човечји не би ни био могућ, нити се у опште замишља. Јер је човеку појединцу, у борби коју води са природом, ради одржања своје егзистенције, потребна помоћ других људи. То је мишљење свију: и правника и социолога.

Друштвени живот, пак, претпоставља да постоје извесна правила, која својим дејством омогућавају одржање заједнице. Та правила узета скупа представљају оно што се у најширем смислу зове друштвеним поретком. У појам друштвеног поретка, у најширем смислу, улазе како она обавезна правила, која је држава прописала у циљу регулисања животних односа појединаца међу собом и према друштву као целини, тако и она, која су створена самим животом, као што су на пример, правила друштвеног морала, обичаји, навике и т.д.. Скуп правила која је држава прописала чини друштвени поредак у ужем, специфичном, смислу, односно правни поредак, или боље, право. —Па како у свакоме друштву мора имати извесне

дисциплине, извеснога реда и поретка, *resp.* извеснога права, то се каже да нема друштва без права, и где је друштво ту је право: *ubi societas, ibi ius est.*

Живот у заједници, у друштву, условљава постојање извесних граница, у којима се сваки поједини члан заједнице има кретати и развијати своју делатност, а да при том не наруши ону хармонију, која је потребна за миран и правилан развој и егзистенцију заједнице друштвене. Кад не би било правила, која одређују границе и правце кретања појединца као таквог и као члана друштва, појединци би се у своме кретању сукобљавали, а из тих сукоба резултирали би потреси, судбоносни можда и по саму егзистенцију целине. Настао би, како се то обично каже, рат свију противу свакога: *bellum omnia contra omnes.*

Јер. — „још у колевци човечанства, у породици првога човека, по библијском казивању, јавила се борба супротних интереса, која се завршила смрћу слабијега (Авеља је убио његов брат Кајин“.)¹⁾

Право, које је, по речима славнога римског правника *Celsus-a*, вештина доброга и правичнога (*ius boni et aequi*) има за функцију да омогући живот у друштву. Живот у друштву почива, пак на једној врсти узајамног поверења појединаца и међусобним односима. То поверење загарантовано је правним поретком и заштићено је од нарушења разним мерама предвиђеним у праву, које су мере познате под општим именом *санкција*. Но по своме стварном дејству, без моралног утицаја и ефекта, које оно оставља у свести грађана, другим речима без народне правне свести, право не би било у стању да одржава хармонију у односима друштвених чланова. Сигурност правног

¹⁾ Видети: Д-р Чедомир Митровић, Црквено Право, II издање, стр. 3., Београд 1921.

поретка не почива, дакле, толико на санкцијама, којима су угрожене његове повреде, колико на правној свести грађана. Јер кад се правна свест грађана поколеба, онда су санкције немоћне, и поред све своје озбиљности и строгости, да спрече револте, па често и наступање анархије у друштвеном животу.¹⁾ Право је нужност — *necessitas* за опстанак друштва, и у колико је животна заједница већа, у толико је оно све потребније

Животне заједнице људи могу бити разноврсне, али се све оне оснивају било на вољи људској, израженој у циљу образовања једне одређене заједнице, било, пак, да постају спонтано без учешћа човечје воље, већ једино по законима природе и под утицајем потребе задовољења извесног животног нагона. Човек сам себи није довољан, већ му је потребан удружен живот ради задовољења његових разних потреба, физичке и духовне природе, јер је по своме физиолошком и психолошком саставу позван да живи у друштву.

По теорији воље или уговора, људи су из првобитног, примитивног, начина живота прешли у друштвени живот путем уговора, то јест, узимајући извесне обавезе према целини у замену за извесна права, која им целина обезбеђује.²⁾ — Међутим теорија уговора мора се одбацити и усвојити друго решење, по коме удруживање бива спонтано, без нарочитог уговарања, и основа му је у самоме природном нагону, инстинкту, човечјем.

Осем ових теорија има и друга једна теорија о постанку друштва, по којој је друштво постало на тај начин, што су јачи покорили слабије, те их

¹⁾ Видети: Д-р Чед. Марковић, Правна Свест, Београд 1921, године.

²⁾ Видети: I. I. Rousseau, Contrat Social, p. 16. et suiv. Ernest Flammarion éd.

на тај начин принудили на заједнички друштвени живот. Друштво, дакле по овој теорији свој основ постанка базира на сили и на победи јачега, а не на споразуму међу равнима, како постанак друштва објашњава индивидуалистичка доктрина. — Но за право нема значаја начин и узрок постанка друштва, већ оно зна за друштво само као за свршен факат, чије га се порекло не тиче.

§ 3. Породица и њен однос према држави.

Најважнији облици људске заједнице јесу породица и држава. Породица је, пак, први и природни облик те заједнице. Она је старија од државе. Држава је, пак, савременија заједница. Чланом породице и државе постаје се најобичније и нормално рођењем. То је редован начин, иначе чланом државе може се постати и на један ванредан начин, то јест прирођењем, које одговара усвојењу код породице. По речима Русовљеви¹⁾ породица је први модел политичке заједнице. Отац оличава шефа државе, а деца оличавају народ.

Да је породица старија људска заједница од државе, то је несумњиво, — али се при томе поставља питање, где треба тражити прве почетке права: да ли у породици или у држави? — Ако се узме да права није могло бити без државе, онда се питање не може у опште ни поставити. Но ако правило: *ubi societas, ibi ius est*, одговара истини, онда се први почетци права несумњиво морају тражити у првом облику друштва, а то је породица; а доцније се је право само трансформирало и усавршило.

„Старо право, вели Fustel de Coulanges, постало је у породици. Оно није дело законодавца, већ му је наметнуто. Породица није примила законе од друштва, иначе би друштво према дру-

¹⁾ Видети: I. I. Rousseau, op. cit, p. 7.

гим принципима уредило право својине и наслеђа. А за то је доказ, вели, и то, што постоје извесне установе у породици, које држава толерира, а које су противне друштвеним интересима. Друштвени интерес, на пример, није да земља буде неотуђива и недељива у породици, а та установа постоји и данас у појединим државама, као на пример породични федеикомис. — Закони по којима је, вели даље писац у свом делу, било оцу дозвољено да прода па и да убије своје дете, а који су важили у Грчкој и староме Риму, нису без сумње били измишљени од друштва, односно државе, јер би друштво, без сумње, рекло оцу: „Живот твоје жене и деце као и њихова слобода не припада теби; ја их штитим па и од тебе; ти им нећеш судити, ти их нећеш убити, ако погреше, већ ћу ја бити њихов једини судија.“¹⁾ Ипак држава тим правилима друштвеног живота, на које је она при своме постанку наишла, даје ново обележје и квалитет тих правила се мења.

Регулатор друштвеног живота нису, пак, једино и искључиво правна правила. Право би често било немоћно да одржава кохезију индивидуа, из којих се друштво састоји, да није других помоћних снага. Главна снага, која помаже праву у вршењу његове функције, јесте морал. Радње управљене противу права прво се сукобљавају са моралом, јер је морал шири појам од права, које је обухваћено појмом морала. Све што штити или забрањује право, штити и забрањује и морал, док обратно не би било потпуно тачно. Санкције при повреди морала састоје се у осећају, који се при томе јавља код човека, да је учинио нешто, што није требало да учини, и што може изазвати осуду противу њега. Тако, ин-

¹⁾ Видети: Fustel de Coulanges, La Cité Antique, p. 94 et suiv. (има превод).

дивидуа треба да саобрази своје делање моралном схватању заједнице у којој живи, ако неће да изазове општу осуду противу себе. Индивидуални, субјективни, појмови о моралу не смеју се сукобљавати са друштвеним, објективним, моралним појмовима. Ако би, пак, до тога сукоба дошло, онда се друштвени морал мора претпоставити индивидуалном моралу, и друштво има право и да интервенише ради отклањања тих евентуалних сукоба. Исто важи и у погледу породичног морала. Појединац, налазећи се између две заједнице, између породице с једне и државе с друге стране, биће подложен утицају и једне и друге. Која ће од тих двеју заједница на њега пресудније утицати у појединим моментима, то зависи од разних објективних и субјективних околности.

§ 4. Положај индивидуе у породици и држави.

И држава и породица теже да појединца што више потчине своме утицају. Свака од њих жели да му наметне свој начин образовања и да га на један одређен начин оспособи за вршење своје функције у заједници. Погледи пак ових двеју заједница, о правцу и начину образовања индивидуе и њеном спремању за самосталан живот и рад, могу бити различити. Због те различитости често се баш успех и једне и друге доводи у питање. Јер, као што се оправдано и умесно примећује, пошто и држава и породица имају за циљ потпуно потчињавање индивидуе, то је ни једна ни друга не могу потпуно потчинити. Ипак утицај породице на појединца обично је претежнији и пресуднији, јер се јавља још од првих дана његовог постанка. Држава, пак, када хоће свој утицај да врши, она наилази на већ формиране јединке, тако да је, тако рећи, потребно рушити старо, да би се ново могло зи-

дати, — а то представља један велики утрошак енергије. Отуда је утицај породице увек био велика сметња развијању утицаја државног. И свака реформа коју је држава хтела да спроведе, била је скопчана са напорима и чекањем. Потребна је била еволуција, миран развој; а то значи да је требало чекати, да временом нестане разлике у погледу државе и породице, на развитаку и кретање индивидуе, и да породица постане помагач државе у спровођењу њене, т. ј. државне воље.

Подударност између спољашних правила државне власти и унутрашњих уверења њених поданика не постоји увек и на сваком месту. „Духовно јединство једне државе вели професор г. Слободан Јовановић, никада није потпуно. Поред нечега што њене чланове духовно спаја, има увек нешто што их духовно раздваја.“¹⁾

Сукоб у тежњама између државе и породице нарочито се дешава у нехомогеним државама, које у својим границама имају становништво разних народности и вера, са разноликом правном свешћу и разноликим моралним појмовима. За то имамо леп пример у нашој историји, где се, за време вековног ропства и подвлашћености, српска задружна породица са успехом одупирала намерама турске државе.²⁾ И, не могавши на други начин да сломи отпор, који им је давала српска породица, под импулсом снажног нагона националног самоодржања, Турци су, у циљу асимилације и одрођавања српског живља, прибегли познатој мери одвођења у Турску мале српске деце од 7 година, коју су децу после у нарочитим школама васпитавали у турском националном ду-

¹⁾ Видети: Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Београд 1922. стр. 4. и даље.

²⁾ Видети о томе: Алекса С. Јовановић, Историјски развитаку Српске Задруге, Београд 1896.

ху, и на тај начин стварали од њих у историји по злу познате јаничаре.

Породица је постојани чувар традиција и националне индивидуалности, и увек је била конзервативнија заједница од државе. Отуда се дешава та појава, да држава за своја новачења и реформе обично наилази прво на најодушевљеније присталице у онима, код којих је свест породична слабо развијена или је ослабила. И то је у главном увек био варошки елеменат, за разлику од сеоског, који је више везан за породицу као патриархалну заједницу, и увек је зато да се одржи породични *status quo*. Али се с тога обично у вароши и појављује пре потреба државне интервенције, него у селу.

Тенденција модерне државе изгледа, пак, да је у томе, да постане скупом слободних и независних индивидуа, а не скупом више или мање аутономних заједница, као што је на пример породица. Она има тенденцију да појединца одвоји од осталих заједница и да га што више привеже за себе. Ова пак, тенденција државе, могла би, на први поглед, изгледати као да је у супротности са тенденцијом модерног појединца за удруживањем у разне мање и веће заједнице различите од државе. Али та је супротност само привидна; јер удруживања ова, којима модерни појединац тежи, јесу заједнице засноване на индивидуалној вољи, са slabим везама, тако да остаје отворено поље државном утицају. Јер када друштво једном одвоји индивидуу од породице — онда је оно њен апсолутни господар.

Друштво врши свој утицај на индивидуе у породици, и тај је утицај често од пресудног значаја. Друштвени утицај је данас надмоћнији од породичног утицаја, и у тој надмоћности неки обично виде опадање моралног нивоа. У процесу еманципације индивидуе друштво и породица отимају се о превласт и врше различите улоге.

Наравно, све зависи од тога шта се подразумева под еманципацијом.

Међутим, поставља нам се питање: да ли је положај индивидуе у модерном друштву слободнији и независнији и да ли се круг индивидуалне слободе проширује или на против смањује? Ово питање представља, без сумње, један проблем испитивања и одговор на исто не могуће је дати без претходне озбиљне опсервације факата. Али се при томе треба ставити на гледиште модерних појмова о слободи, према којима се слобода састоји у ограничењу слободе појединаца, у циљу и у корист опште слободе и друштвене солидарности. Појединац пак, у томе ограничењу *de facto* од своје слободе ништа не губи, већ, чак шта више, добија. Јер, ако је његов круг ограничен и окрњен кругом других, и његов индивидуални круг захвата од пространства других, те тако узајамним ограничењем круг појединаца је и круг социјални, општи, и обратно. Без тога узајамног ограничења, пак, постојање друштва не би било могуће. Кругом друштвене слободе обухваћени су кругови индивидуални, који се губе у истоме. — Циљ је слободна индивидуа у слободном друштву. И ограничење индивидуалне слободе може се једино и искључиво правдати потребом опште друштвене слободе. Пређу ли се границе тих потреба, тада имамо бесправно и неосновано ограничење индивидуалне слободе. И држава, кад год хоће да ограничава индивидуалне слободе грађана, она то правда потребама опште корисности.

Индивидуа је пристала да друштву жртвује један део своје слободе у замену за обезбеђену јој сигурност онога дела што је задржала. Круг њене слободне личне делатности ограничен је општим социјалним кругом, али су му границе обезбеђене од самовољног и бесправног нарушења. Ми у томе видимо једну врсту осигурања индивидуе: редовним подношењем мањих жртава,

она се обезбеђује од евентуално већих и непредвиђених, које могу наступити.

Пошто држава као што рекосмо, када хоће да утиче на своје грађане, приликом увођења извесних реформи, наилази на тешкоће услед тога што мора да рачуна са њиховим убеђењима и навикама, стеченим у једној другој заједници, у породици, и пошто она у томе моменту наилази на њих, тако рећи, већ убеђене, то је и њена интервенција тада слабо ефикасна. Да би била ефикаснија потребно ~~би било проширити је како просторно~~ тако и временски. Потребно је да се утицај државе спроводи још од ране младости њених грађана; што се постиже нарочито преко школе и средством писмености, дакле посредним путем. Но и у том случају ипак успех зависи од поверења и љубави коју грађани имају према држави и државној власти, која врши државну вољу, а то опет, као што рекосмо, зависи од каквоће народног елемента и духа народног. — Интересантан је сукоб, који се појављује између родитељске и државне власти са увођењем обавезног школовања. Држава је, налазећи да је по њене интересе корисно, да писменост буде што више распрострањена у народу, прописала, да је похађање основне школе обавезно (чл. 4. зак. о народ. школама). Али се родитељи, често, противе намери државној и претпостављају ону мометан-помоћ у раду, коју им деда чине, њиховој писмености.

Истичемо дакле, да утицај породице на појединца често увелико смета правилном дејству утицаја државног. Држави је, пак, јако потребна сарадња породице за постигнуће својих циљева. И тек удруженим снагама породице и државе, може се индивидуа асимилувати друштвеној средини и придобити за извесне новине у начину живота и рада. За ту пак сарадњу потребна је

идентичност у погледима и интересима породице и државе, а те идентичности обично има само у хомогеним државама, т. ј. у државама са више мање хомогеним народним елементом.

Данас је, у главном, у позитивним законодавствима држава предвиђено, шта све држава може тражити од својих грађана и под којим условима. Одређене су, дакле, тачно дужности свакога појединог грађанина према држави као целини, и правило је да појединац нема никакве обавезе према држави, која није у закону предвиђена. Обавезе се те састоје или у извесном позитивном делању, у чињењу или у нечињењу. „У старо време пак, вели Fustel de Coulanges, појединац је био потчињен једино сувереном закону друштва. Његов лични спас био је да сарађује на просперитету државе, на њеном благостању, њеној моћи и слави. Индивидуална слобода је била сведена на нулу. Чак је било законом прописано како се и одело имало носити. Атински закони, у име религије, забрањиваху човеку да остане нежењен. У ограничењу индивидуалне слободе ишло се тако далеко, да је законом било одређено и како ће се жена чешљати, а људима је било забрањено да брију браду. ¹⁾ Пошто је појединац припадао држави и душом и телом, она се је старала о његовом и физичком и духовном васпитању, јер јој је била потребна његова умна и физичка снага. Човек је био оруђе државе, и као такав требао је бити солидно образован и снажан физички и интелектуално. Зато је држава себи била присвојила искључиво право у погледу начина васпитања и образовања омладине. То је био њен монопол. *Salvus patrias* био је руководни принцип. ²⁾

¹⁾ Видети: Fustel de Coulanges, op. cit., p. 263.

²⁾ Ibidem, p. 265.

И појединци су морали слати своју децу на образовање код учитеља које је држава одредила. *Homo non sibi natus est sed patriae*, говораху старе римске патриоте.

Са појавом хришћанства настају и промене у устројству старог друштва. Оно, као религија општа, ништи старе егзистичке религије, и победа његова значи крај старог друштва, заснованог на идејама партикуларизма и оснивање новог друштва, на основу новопрокламованих начела универзалности културе и религије. Ударене су међе и границе утицају цркве и државе на појединца, а по принципу: „Цару цареву — Богу Божје, душа Богу — тело држави.“ Човек је увидео да има и других дужности, а не само да живи и да умре за државу. И сама организација породице се мења. Отац под утицајем хришћанства губи апсолутну власт над својом децом, и задржава је само у толико, у колико му је природом дата због дечјих потреба. Конституција и право породице је трансформисано. Породица се је демократисала. Вера постаје општа, друштвена, а не домаћа. Учитељи и пропагатори хришћанства учили су, да је свака власт Богом дана и да је, као такву, треба поштовати, али да се власт не сме злоупотребити. Јер власт није циљ, већ је средство Богом дано да се омогући остварење циља живота: благостање телесно и душевно.¹⁾

¹⁾ Видети: Georges Digard, *De la puissance paternelle sur la personne des enfants*, Paris. 1882., p. 151. et suiv.

ГЛАВА II.

§ 5. *О браку као основу постанка породице и утицају његовом на друштвени живот.*

Као год што човек као физичка индивидуа, на пример, постаје рођењем, тако исто и све друштвене заједнице, почев од најмањих, као што је породица, па до највећих, као што је н. пр. држава, имају свој начин постанка. О тим разним начинима постанка појединих друштвених заједница у правној науци се много дискутује. Тако, наиме, постоје разне теорије о начину постанка државе, као и о узроцима који су изазвали њено постојање. Једном речју све појаве у друштвеном животу траже објашњење, постављају се многа питања, на која правна наука треба да одговори; појављују се многе нејасности које треба да расветли. Живот друштвени се развија, из једне појаве постају друге, и у томе непрекидном низу појава треба пронаћи у колико је једна утицала на друге, другим речима, има ли међу њима какве узрочне везе, и ако има, онда каква је та веза. Расправити све то значи решити друштвени проблем, а то и јесте прави задатак правне науке.

Међу многобројним установама друштвеног живота брак је једна од оних које га детерминишу. Историја друштва огледа се у историји брака и сваки стадијум друштвеног развитака и културног напретка одликује се нарочитим особеностима брачним. Еволуција брака ишла је напоредо са еволуцијом целе друштвене за-

једнице. Крађа и отмица, па затим куповина, као начини на који су у староме друштву бракови закључивани, јесу сјајан доказ о правној свести појединих народа у датом времену и о појмовима њиховим о слободном и дозвољеном. Данашња моногамна брачна заједница јесте несумњиво једна културна тековина, која је добивена по цену вековних напора. Она је основица организације грађанског друштва и главни **извор** породичних одношаја. Кроз њу се у друштво уводе нова поколења, која га одржавају и обнављају. Само у њој мушкиње и женскиње налазе најповољније погодбе за допуну оних недостатака, са којима долазе на свет и који чине да је њихово физичко јединство неопходно потребно.¹⁾

Породица је најосновнија људска заједница. То је друштвени молекул, један модел друштва у минијатури. И друштво у ствари и није ништа друго до скуп тих молекула. „У првобитном стању прво друштво, то је друштво родитеља и деце. Оно се шири у породицу, која се опет грађа у племе; племена састављају народ, а овај се склапа у грађанско друштво и добија име „држава.“²⁾ А пошто је брак извор породице, то једна заједница која хоће да одржи престиж у односима према породици, мора се потрудити, пре свега, да брак подвргне своме нормирању. Око тога се је, пак, вековима водила, па и данас се у главном води, позната борба између цркве и државе, и држава још није постигла да одстрани утицај црквени и да брак учини искључиво правном *resp.* грађанском установом.

По чл. 28. устава наше Краљевине брак сто-

¹⁾ Видети: Живко М. Милосављевић, Римско приватно право, Београд 1889. књ. I.

²⁾ Видети: Алекса С. Јовановић, *op. cit.*, стр. 64. — Брак је, вели један француски правни писац, расадник државе. — (*Le Mariage est la pépinière de l'Etat*). — Видети: G. Baudry Lacantinerie, *Précis de droit civil*, tome I. 2. éd., p. 235, No. 415, Parls, 1885.

ји под заштитом државе. Он садржи у себи један морални и један правни елемент. Но, због првенствено моралног карактера брачних односа, законодавчева *resp.* државна интервенција у области брака била је упућена више на економску него на личну страну супружничких одношаја.

Кад је реч о државној интервенцији у брачним односима, онда нам се појављује једно интересантно питање о томе: да ли би се могло правдати и у колико би било целисходно државно **принудно** утицање на грађане у циљу њиховог **о**предељења на закључење брака; и да ли какве мере у томе правцу до сада **већ** постоје? — У одговору на постављено питање могли бисмо, пре свега, рећи, да данашња модерна држава **већ** покушава, на разне начине да утиче на вољу појединаца у реченом циљу; али да се још не примењују никакве непосредне мере, већ само посредне. На пример, дајући својим чиновницима додатке на породицу, држава им донекле омогућава ступање у брак и олакшава им сношење терета породичног живота. Ти породични додаци без сумње су често један подстрек за појединце у наведеном циљу, али не у толикој мери да би се о њима могло говорити као о једном озбиљном средству државне брачне политике.

„У старих Грка и Шпартанаца, вели Алекса С. Јовановић, у своме већ наведеном делу на стр. 89, женидба је била обавезна из религиозних и политичких узрока. Избегавање, као и касна и неприлична женидба, доводили су јавно презрење и лишење друштвене части и породичног поштовања.“ Код нас, у осталом, слично мишљење о овоме влада у народу и данас. Сам факат да је неко жењен, чини да се на дотичног појединца гледа обично са више уважења, — бар тако је у маси народној.

Жењен човек одгајивањем деце заиста врши једну човечанску и социјалну дужност, и зато не-

ки француски правни писци веле за жењеног човека, да је он: *l'homme social par excellence*.

Ступање у брак показује извесну одважност, сигурност у самога себе, јер, озбиљни људи бар, свесни су дужности и терета, који су последица тога ангажмана. А многи избегавају брак услед малодушности, услед недостатка одважности да приме борбу са животним тешкоћама. Па у томе, без сумње, и лежи основ томе уважењу, које су стари народи показивали према ожењеном човеку, а које се у неколико и код нас показује. — А већ римски *pater familias*, као што је познато, дизан је на степен божанства! Док су, на против, жењени људи без законитог потомства т. зв. „*orbi*“ били ограничени у наследним правима, и по закону. *Lex Papia Poppaea* могли су примити само половину наследства које им је тестаментом остављено. Они, дакле, нису имали право прибављања наследства (*ius capiendi* у целости; а нежењени су истог права сасвим били лишени, — те их је на тај начин законодавац терао на ступање у брак.¹⁾

У нашем позитивном законодавству имамо одредаба које ни у колико нису целисходне; али је та нецелисходност често неизбежна. На пример, инвалидским законом је обезбеђена потпора удовама погинулих и умрлих ратника, а то је имало за последицу уздржавање истих од ступања у брак, да не би изгубиле ту потпору. Ма да се у томе закону види извесна тенденција законодавца, да на дотичне утиче у позитивном смислу. Тако по чл. 4. д. закона о потпори војних инвалида и породица умрлих или несталих војника, удовицама, којима је потпора лично досуђена, и којима би престала тећи тек после њихове смрти, може се на њихов захтев *ради преудаје* један пут

¹⁾ Видети: Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, 2. éd., t. III., p. 55. et suiv.

за свагда издати једногодишња или двогодишња потпора и то 15 дана после венчања. Овај се издатак појављује као нека премија на удају.

Но, ма колико било умесно и целисходно државно мешање и старање у овоме правцу, ипак природа остаје и даље најбољи и најсигурнији покретач и регулатор. Јер једино инстинкт и природом дата осећања љубави и дужности у стању су да одлуче појединца на корак одрицања слободе и удобности и пријем терета и обавеза. Природа се је постарала да и најтеже дужности и терете учини сношљивим, управо пријатним.

Породица је, вели *Planiol*, за човека једна неопходна потреба. Стање слабости и немоћи, у којем дете долази на свет и нега коју оно тражи, налажу његовим родитељима дужности, које се не могу испунити за један дан, и које чине солидну основу свију породичних односа. А то је све доказ о природној нужности породице, односно трајне брачне заједнице. Иначе да није ове тешкоће човечанство би могло задржати систем слободних и привремених заједница. Јер у суштини *raison d'être* брака јесте стварање нових генерација. Сви други разлози и циљеви јесу више или мање споредни, и могли би наћи задовољење и ван брачне заједнице. Назови реформатори, вели даље *Planiol*, који су пледирали за укинуће породице били су безумници.¹⁾ — Трајна брачна заједница, у основи и битности својој, није, дакле, вештачка творевина законодавчева. Њу су створиле животне потребе, и законодавна интервенција састојала се је само у нормирању и модификацији онога што је већ постојало.

Пошто никакве принуде данас у томе погледу нема, појединцима је остављено на вољу да слободно одлучују о томе: да ли ће ступити у

¹⁾ Видети: Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 10. éd., p. 234., No. 640 и 641.

брак или не. Али ако су већ у браку, онда не зависи од њихове воље колико ће брачна заједница трајати и кад има престати, већ се у томе погледу морају поштовати извесна правила, која је држава прописала у општем интересу. Јер у породичном праву не важи, у главном, онај познати правни принцип из приватног права, да воља и наредба човечја замењује закон. Прописи о браку, нарочито, више су јавноправног карактера. Присталице слободне заједнице (*l'union libre*) противни су свакој државној интервенцији у брачним одсима, сматрајући, како вели Планиол, да одсуство сваке принуде у друштвеном животу представља прогрес и срећу човечанства.

Овде се, пак, појављује нарочито интересно питање о томе: да ли у опште може бити оправдано и целисходно принуђавање силом једног брачног друга на вршење брачне дужности, нарочито дужности заједничког становања? — То је питање врло деликатно и ми га само нотирамо.

У Француској јуриспруденцији било је случајева употребе принуде у овој ствари, које је случајеве забележио Планиол, у своме већ неколико пута цитираном делу. — Али тај поступак власти многи критикују, говорећи, да се ово принуђавање, поред тога што не може бити ефикасно, противи начелу личне слободе, и да се не слаже са модерним наравима и схватањима.¹⁾

Услед учестаних ратова наступио је последњих година нагли поремећај у свима односима друштвене средине, па наравно и у односима брачним и породичним уопште, који су и најосетљивији. Повећање економских тешкоћа садашњице, скупота живота, а специјално у варошима оскудица у удобним и јевтиним становама, учинили су да код појединаца постоји нарочито уздржавање од ступања у брак, тако да се је у последње време почело

¹⁾ Видети: Planiol, op. cit., p. 305., No. 894.

говорити о кризи брака. У француској број годишње закључених бракова све се више смањује; због чега Планиол баца кривицу на француски фискални систем, који је, вели, дуго година био организован на тај начин да је рушио велике породице.¹⁾

* * *

Што се тиче правне природе брака, ми се у расправу тога питања нећемо нарочито упуштати; пошто ми брак и брачне односе посматрамо са једног особитог гледишта, с обзиром на тему наше расправе. Али ћемо, ипак, и то узгредно, напоменути, да се брак у правној науци данас сматра, у главном, као један уговор *sui generis*, т. ј. као сагласност воља двају лица различитог пола, у циљу заснивања потпуне животне заједнице међу њима. Дакле: брак је један споразум: *consensus facit nuptias*. Али, и ако је уговор по начину постанка, брак у суштини својој јесте једно стање, један *status*, — управо један уговорни *status*. Теорија уговорних статуса, — најбоље је, по нашем мишљењу, решила питање о правној-природи брака.²⁾

¹⁾ В. Planiol, op. cit., p. 251.

²⁾ Видети о томе Д-р Драгутин Јанковић, Покушај једне теорије уговорних статуса, Архив. књ. I., стр. 334., свеска за јуни-јули 1925. год.

О Д Е Љ А К II.

О ограничењу родитељских права de lege lata и de lege ferenda и основу државне интервенције у породичним односима.

Г Л А В А I.

О ограничењу родитељских личних права и одузимању очинске власти.

§ 6. О родитељској власти у опште.

Рођење је факат којим се заснивају односи између деце с једне, и њихових родитеља с друге стране. Садржину тих односа сачињавају права и обавезе родитеља и деце, као субјеката њихових. Рођење је, дакле, један правопроеизводни факт, који ствара правне односе особите врсте.

Према данашњем стању права дете се појављује као личност у праву, као субјекат права и обавеза, према својим родитељима, још од самог рођења. Правима деце одговарају дужности родитеља, и обратно, деца од извесног доба узраста имају, пак, одређене дужности према својим родитељима, које се дужности појављују као корелатив њихових права.

Односи између родитеља и деце су више моралне природе, па и санкција у случају повреде тих односа, невршењем дужности или злоупотребом права, јесу моралног карактера. Али су ти односи, у главном, нормирани и прописима пози-

тивног законодавства, — па следствено, при регулсању тих односа може се употребити и законска принуда као санкција. Као санкцију моралне природе напомињемо нпр. — осуду извесних поступака од стране јавног мњења, а ако законску санкцију одузимање очинске власти на пр., које је у закону предвиђено.

Као и сви други правни односи, тако и ови о којима је овде реч, имају историју свога развитка. Они нису увек били овакве природе какве су данас, односно, то су били више-мање, само морални а не и правни односи, јер правом нису били регулисани. Али током времена, са културним развитком и променом појмова о праву и о моралу, мењали су се и појмови о односима између родитеља и деце и правни положај детета из основа је измењен. Власт родитељска, односно очинска, којој су деца потчињена, еволуирала је — и то у корист деце. Њен круг смањен је, природа њена измењена је.

Познато је, пре свега, да дете није било увек личност у праву, није било носилац како обавеза тако и права. Дете је првобитно сматрано као објект права, и то као објект приватно правне природе. — А у јавно правном погледу *resp.* у односу према држави, и сам одрастао човек у извесном правцу, по нашем мишљењу, је више мање објект, а не субјект права и данас. — Отуда право оца — *pater familias*-а — по римском праву, на живот и смрт детета, — тзв. *ius vitae ac necis*. Отац је могао своје дете продати, и то је његово право звано: *ius vendendi* При томе ако је дете продавано ван граница римске империје (*trans Tiberum*) оно је постајало робом, па отуда и објектом права и апсолутно, а не само релативно, т.ј. не само у односу према своме оцу. Иначе, ако је продано у границама римске државе, долазило је у положај сличан ропству, — у тзв. *mancipium*. Од свога *ius vendendi* отац је вршио употребу, нарочито ако је био сиромашног стања, —

па је дете давано и за дуг. Исто тако, ако би дете учинило какву штету, могао га је отац, место накнаде штете, дати трајно у *mancipium*. Доцније је продаја вршена привидно, и то у циљу еманципације.

Али се то право располагања са децом почело ограничавати. Јавно мњење у римској држави почело се индигнирати, те један такав отац почиње да се сматра недостојним и дете 3 пута продато ослобођава се од очинске власти: *Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto*.

И у старом српском праву положај детета сличан је био положају роба. Отуда реч: „Отрок“ значи роб, а тако исто значи и дете,

Тако је, рекосмо, било раније. Али временом правни положај детета се променио. Од објекта права дете постаје субјектом. Рођење се не сматра више као чињеница, из које потичу само приватноправни односи између родитеља и деце, већ се рођењем оснивају и јавноправни односи, т. ј. односи између детета и друштва као целине. Право на живот није приватно право. Друштво хоће да дете, слободно рођено, слободно живи и развија се, да би једнога дана могло вршити своје дужности члана друштва. Па не само рођено већ и дете зачето а још нерођено — *nasciturus* — — заштићено је и сматра се као и да је рођено, ако су у питању његова права — § 43. грађ. зак. То је правило пренето још из римског права: *Nasciturus pro iam nato habetur, quoties de commodo eius agitur*.

Пошто данас ропства нема и пошто нико човека у таквој власти не може имати, да њиме као једном ствари, може располагати, — то и подчињеност дечја према родитељима није више апсолутне природе. Одавна је већ прокламован принцип: да се људи рађају и умиру слободни, са правима човека и грађанина. — Али еволуција родитељске власти још није завршена. Правна не-

једнакост између родитеља и деце последица је фактичке неједнакости, јер се дете у односу према својим родитељима појављује као дужник према повериоцу. Воља родитељска то је и воља деце, и дете је онакво какво треба да буде по схватањима његових родитеља. Каже се: „какав отац — такав син“. Али то није циљ друштва, већ је његов циљ, да од рђавих родитеља створи добре грађане. А како то да се постигне и да ли би и какве законодавне мере требало предузети у томе циљу, ту баш и јесте тежиште питања које нам се поставља.

С обзиром на интимну природу односа између родитеља и деце, увек је у питању целисходност принудне интервенције, ради регулисања истих. Постоји бојазан, да се, место помоћи, интересима дечијим не нашкоди. С тога и јесте старање о деци и њиховом спремању за живот, остављено у главном увиђавности и вољи родитеља, сматрајући да ће родитељи, руковођени од природе великом љубављу према својој деци, најбоље умети и моћи схватити праве интересе дечије и упутити их правим путем, или како наш грађ. зак. у § 115. каже: „основ њиховом благостању положити“. Држава је за себе задржала само право надзора над радом родитеља, у толико, да ови, било из незнања или нехата, а често и намерно, не би учинили какву грубу погрешку у вршењу своје дужности.

Али се тај надзор код нас у Србији готово никако и не врши, нити га је и могуће вршити онако, као што би то требало, с обзиром на важност његову. Јер држава још не представља један тако савршени организам, да би могла тачно вршити надзор над радом свију својих чланова, доводећи акцију сваког појединца у сагласност са интересима целине.

Држава почиње непосредно водити рачуна о деци тек онда, када она достигну оно доба узра-

ста, у коме се од њих може тражити вршење јавних дужности: као што су на пр. војна или пореска дужност и т. д. А тада су то већ готово потпуно формиране јединке, са већ одређеним правцем живота — добрим или рђавим и рад на исправљању није тако плодоносан нити успешан.

При свем том, нешто из хуманих, а нешто из национално-опортунистичких циљева, а видећи у деци и своје будуће грађане, држава није могла остати до краја равнодушна према спремању њиховом за друштвени живот. Па не задовољавајући се само личним старањем родитеља о деци, а често немајући ни довољно поверења у то старање, она интервенише, стављајући на супрот интересима и погледима родитеља, своје сопствене интересе и погледе. Јер за њу није све једно, да ли ће од једнога детета постати исправан члан друштва, или какав деликвент, који ће можда представљати једну опасност по мирну егзистенцију и безбедност самога друштва као *целине*. *И у томе баш и лежи основ те државне интервенције.*

Старање о деци није више приватна ствар родитеља, већ је то њихова јавна дужност, чије се вршење по потреби може и изнудити. И тако, постепеним утицајем државе, породични односи, а специјално односи између родитеља и деце, прелазе из домена морала у домен права. Што је некада за родитеље била само једна морална дужност, данас постаје законска обавеза, чије вршење не зависи више само од њихових личних побуда, већ им се то с поља намеће. Тако имамо две воље: вољу родитеља с једне и вољу друштва, односно државе, с друге стране. Када ове две воље, које представљају два различита интереса, дођу у сукоб, онда прва уступа другој. Ту се појављује првенство интереса друштвених.

Често се пак појављује потреба, да се интереси дечји заштите, не само од трећих лица, већ и од самих родитеља. Јер, идеално би било

да су интереси дечји и радње родитеља у сагласности, и то је *id quod plerumque fit*, — али су могући изузетци, — те је њих потребно предвидети.

Родитељи пак могу оштетити интересе дечје на два начина: или када чине нешто што је противно тим интересима, или пак када не чине оно што би, с обзиром на своје родитељске дужности, требало да чине. Дакле, могуће је позитивно и негативно оштећење дечјих интереса од стране њихових родитеља.

Питање се сада поставља: какве би се све мере према позитивном законодавству могле предузети, да би се спречиле последице од евентуално штетних радњи једнога неисправнога родитеља? Каква ограничења у томе смислу постоје, а каква би се могла предвидети? Да ли је родитељска власт, у погледу начина васпитања и спремања деце за живот, искључива и неприкосновена, тако да искључује свако превентивно или репресивно мешање са стране?

Но, да бисмо одговорили на постављено питање, пре свега потребно је да одредимо појам очинске власти, као и обим и садржину тога појма. Управо, да испитамо и проучимо све што се схвата под тим појмом. А да бисмо то могли пак постићи, морамо се обратити првенствено на римско право и консултовати мишљења његових аутора. Јер римско право *c'est la lumière éternelle*, и у њему можемо наћи светлости за сва правна питања.

По римској концепцији оличење саме породице и њен апсолутни шеф био је *pater familias*. Он је био тај који је сва породична права имао у својим рукама.

Власт пак *pater familias*-а била је разнолика, и то: 1/ *Dominium* на стварима; 2/ *Dominica potestas* над робовима; 3/ *Manus* над женом и 4/ *Patria potestas* над децом. Породица римска би-

ла је у прво време аутономна, са *pater familias*-ом као шефом. *Pater familias* је једини био одговоран пред судовима државним, а њему су били одговорни остали чланови породице. Он је био и судија у породици, па је, као такав, могао и на смрт осудити своју жену и децу, а да државна власт није могла интервенисати ради поништаја те његове одлуке. Он је само имао правни персоналитет у потпуности (*caput*) и све елементе потпуне правне личности, која се састојала из три елемента: *libertas*, *civitas* и *familia*, одакле су потицала три правна стања, односно три правна статуса: *status libertatis*, *status civitatis* и *status familiae*. Лица пак, која су се налазила под очинском влашћу *pater familias*-а трпела су извесно ограничење своје правне личности, један *capitis deminutio*, и то *capitis deminutio minima*. То је долазило отуда, што су та лица била донекле апсорбована правном личношћу свога *pater familias*-а.

Појам очинска власт, *patria potestas*, потиче од речи *pater*, која по своме етимолошком значењу представља више идеју власти, ауторитета, а не идеју очинства. Робови су тако звали своје господаре, — те је тако та реч била синоним речи: „*pater*“. А идеју очинства у правом смислу оличава реч: „*genitor*“.¹⁾

Очинска се власт састојала из више разних права, а дужности, као корелативе права, нису биле тим појмом обухваћене. Пре свега отац је био шеф домаће религије, а као такав имао је ова права:

- 1) Право да призна или да одрече очинство своје детету приликом рођења;
- 2) Право женидбе свога сина и удаје своје кћери (*ius uxoris dandi*);
- 3) Право да своју децу еманципује, или да их даде другоме под своје (*datio in adoptionem*).

^{1.)} Видети: Fustel de Coulanges, op. cit., p. 100

4) Право да умирући одреди татора својој деци и жени (т. зв. *tutela testamentaria*).

5) Право да своју жену без разлога од себе отера;

6) Право да одреди наследника своје малолетном или душевно болесном детету, т. зв. *substitutio pupilaris*, и др.

Даље по првобитном римском праву једини и искључиви (господар) сопственик све породичне имовине био је *pater familias*.

Али при свем том, очинска власт није ипак била једна крајња произвољност, већ је, на против, била ограничена, нарочито верским обзирима и осећајима дужности и љубави *pater familias*-а према својим млађима, према својој деци (*pietas erga liberos*). Доцније отац под утицајем хришћанства губи апсолутну власт над својом децом, и задржава је само у толико, у колико му је она самом природом дата, ради задовољења дечјих потреба. За време царства наступа ограничење очинске власти и она постаје, више мање, један терет: *munus civile*. Деца стичу разна права имовинска и лична. Ако дете учини какав злочин више му не суди *pater familias*, већ државна власт.

Једино право које је за време Јустинијана остало оцу, то је да може продати своје дете чим се роди (*sanguinolentus*), и то под условом да је отац у нужди и да није у стању дете одгајити. (*Propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa*).

Римски правници уверавају, да до продаје и убиства свога детета ипак никада није долазило, и ако је, веле, то право отац *de iure* имао и по закону од 12. таблица. — Али је у томе случају било дозвољено, како оцу, тако и дотичном детету, па и самим трећим лицима, да отклоне дејства те продаје, дајући купцу цену или роба одговарајуће вредности.

Оцу је напоследку одузето право кажњавања деце (*castigare iure patriae potestatis*), изузев врло благих казни, као поправних мера, т. зв. *correctionis medicina*. А ако би дете ипак учинило извесну погрешку, која изискује једну строжију казну (*artius remedium*) која прелази право домаћег кажњавања (*ius domesticae emendationis*) отац је био дужан тражити интервенцију судске власти.¹⁾

Ипак је отац при свем том задржао своје право васпитања и васпитног благог кажњавања своје малолетне деце, а на основу тога свога права имао је и право на познату тужбу: *Interdictum de liberis exhibendis et ducendis*.

Поред ублажења њеног, очинска власт није више била доживотна, већ је трајала само до пунолетства синовљевог и до удаје кћери.²⁾

Али док је у области приватног права очинска власт била, више мање, неограничена, дотле је син, *filius familias*, на супрот очинској власти, само ако је за то иначе био способан, могао имати сва јавна права, као: изборно право, активно и пасивно (*ius suffragi et ius honorum*) *ius militiae*, *ius tutelae et curae* etc. Једном речју положај сина у јавно-правном погледу био је готово раван положају оца: *filius familias, in publicis causis loco patris familias habetur*.³⁾

У данашње време појмови о очинској власти битно се разликују од појмова који су о истој владали у староме друштву, а специјално у римском праву. Данас очинска власт представља више скуп дужности него права, а у колико и постоји као таква, односно као субјективно право, она се у главном и оснива баш на интересу оних према којима постоји, т. ј. на интересу де-

це. Права родитељска према деци данас су од споредног, секундарног значаја а дужности њихове долазе на прво место. „Има приватних (субјективних) права, вели г. професор Живојин Перић, која се оснивају баш на интересу онога лица, у погледу кога она постоје, као што је н. пр. очинска власт. Таква су, у опште, приватна права из породичног права: то су управо извесна овлашћења, извесна власт која се врши у интересу некога лица, тако да, у самој ствари, ту имамо, код титулара права, пре дужност него право. Уосталом, вели даље г. Перић, карактер је сваке власти, била она из приватног (породичног права) или јавног права, да је она једна дужност, само је разлика у овом погледу, између та два права у томе, што за вршење власти у јавном праву има санкције, коерцитивних мера, док тога нема у приватном праву: нпр. отац не би могао бити приморан, никаквим законским средствима, да врши очинску власт; све што ту може бити, као што знамо, то је да му се та власт одузме.“¹⁾

Према модерном схватању родитељске власти она би се могла дефинисати, као скуп права и дужности родитеља према личности и имању њихове деце, којим је правима и дужностима основ у вези сродства које се рођењем заснива између родитеља с једне и њихове деце с друге стране. Заснивање родитељске власти (*die elterliche gewalt*) јесте најзначајнија правна последица, која потиче из брачног рођења. А најглавнија садржина очинске власти јесте, пак, право и дужност водити бригу о личности деце.²⁾

¹⁾ В. Живојин Перић, *Задружно право по грађанском законнику краљевине Србије*, друго поправљено издање, стр. 164., примедба 1.

²⁾ Видети: D-г Heinrich Fitze, *Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Viertes Buch, Familienrecht*, S. 115, Leipzig, 1906.

¹⁾ Видети: Georges Cornil, *Droit romain*, p. 549

²⁾ Ibidem, p. 550.

³⁾ Видети: Живко М. Милосављевић, *op. cit.*, стр. 230—242.

Према Colin-у и Capitant-у родитељска власт може бити дефинисана као скуп права која закон даје оцу и мајци на личности и добрима њихове деце, за време док су она малолетна и не-еманципована, да би им се олакшало вршење дужности издржавања и васпитања, за које су они одговорни. ¹⁾ По Planiol-у родитељска власт је скуп права и овлашћења, која закон даје оцу и мајци на личности и имовини њихове малолетне деце, да би им омогућио извршење њихове родитељске дужности. ²⁾

По г. Д-р Л. Марковићу под родитељском влашћу разуме се скуп права и овлашћења, која закон даје оцу и матери у погледу личности и имања њихове малолетне деце, да би им омогућио и олакшао испуњење родитељских дужности: издржање и васпитање деце и спремање њихово за самосталан живот. ³⁾

По нашем српском грађ. закону може бити речи само о очинској власти, а не о родитељској; пошто само отац може бити носилац те власти, — ма да закон помиње реч: „родитељска власт“, говорећи о одузимању исте (в. §. 154. грађ. зак.) Тако и по г. Живојину Перићу очинска власт припада само оцу.

У нашем српском грађанском закону о правима и дужностима између родитеља и деце говори се у глави III, од § 112, па закључно до § 155. По § 112. грађ. зак. односи између родитеља и деце разликују се према томе каква су деца у питању: да ли брачна, ванбрачна, — односно законита или незаконита, — или усвојена. Према чему имамо и три врсте родитеља, и то:

¹⁾ Colin et Capitant op. cit., t. I. 2. éd., p. 441.

²⁾ Planiol, op. cit., 9. éd., t. III, p. 531., No. 16 6. — У истом смислу и: Ennecerus — Kipp — Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 12—14. Auflage, 2. Band, 2. Abteilung, Das Familienrecht, S. 298.

³⁾ В. Д-р Лазар Марковић. Породично право, стр. 183.

брачних, ванбрачних и уговорних, т. ј. по усвојењу. — Дужности родитеља уговорних исте су као и дужности родитеља брачних, а о ванбрачном очинству пак говорићемо доцније. — Основ свију родитељских дужности лежи у вези сродства, која се рођењем *resp.* усвојењем, заснива између њих и њихове деце, а те дужности могу бити у главном двојаке природе: личне и материјалне. Пре свега, када се дете роди оно није у стању да самостално одржава своју егзистенцију, и зато му је потребна нега и старање његових родитеља, а када једном поодрасте онда му је потребно и интелектуално образовање и васпитање, те да се тако спреми потпуно за живот, развијајући своје умне и телесне снаге. Одгајити од једног нејаког детета једну потпуно формирану особу, способну да ступи на позорницу живота и да се бори са разним животним тешкоћама, — то захтева неизмерно много и труда и добре воље. Тако да је то у ствари, један велики терет, једна значајна жртва, која се обично радо подноси, управо која се жели. Те скуп свих тих дужности око одгајивања и васпитања и образовања деце у закону је напоменут само више констатације ради, а не зато да би био истакнут и санкцијом загарантован. Јер вршење тих дужности, онакво какво се жели, никаквим се санкцијама не би дало изнудити, нити би санкције репресивног карактера, у овој области, у опште биле циљу сходне. Све те дужности спадају у домен природнога права и морала, и место говора о санкцијама, може бити у главном само речи о субституцији некога трећег лица родитељима, а наиме о туторству и старатељству, и спречавању штетних последица невршења ових дужности од стране дечјих родитеља. Природа остаје у свему овоме главни регулатор.

„Дете, вели Beaussiere има право на поштовање, јер је то већ једно лице; оно има право

на још више.... За дуго година, ни његов дух, ни његово тело неће бити сами себи довољни.... Његова морална судбина тражи за њега помоћи; то је она која му даје право. Детету треба непрекидна заштита и све врсте помоћи. Дете је од значаја за цело човечанство; оно међутим има позитивно и апсолутно право, само на помоћ двају лица. То је најтежа, али исто тако најпријатнија дужност. Природа је, вели, све учинила да припреми човечје срце за мучан терет породичних дужности. Она је ставила у наше душе најживље осећаје нежности и пожртвовања за ова несавршена бића, не чекајући да она буду у стању да одговоре на нашу љубав. И оза осећања треба да су врло неодољива да би се природа човечја, тако често противна дужности, предала без роптања овим сталним жртвама, овоме одрицању себе тамога.¹⁾

Дужности родитељске по срп. грађ. зак. предвиђене су, у главном §-ом 115. који ћемо због његове важности и интересантности навести у целости. Тај § грађ. зак. гласи: „Родитељи, под којима се разумева отац и мати, били они инокосни или задружни, дужни су деци својој бити и хранитељи, они треба да се старају за њихов живот и њихово здравље, да их хране и одевају, да им тело снаже и подижу, васпитавају и душевне способности развијају, у закону божјем обучавају, и науком срце и душу облагорођавају, и тако за срећан живот приправљају, и основ благостању њиховом положе.“

Као што се види ово је пропис не може бити идеалнији. То је просто једно породично „вјерују“. Остаје само на родитељима да га се у свему придржавају и по њему поступају, и тако да у дело приведу вољу законодавца, којем је, нема

¹⁾ Цитирано код Planiol-a, *op. cit.*, t. III., 9. éd., p. 234., примедба под 1.

сумње, на срцу лежало морално и материјално добро дечје. Али овај пропис, у погледу многих родитеља, остао је данас, на жалост, само идеал. Јер многи родитељи не поклањају својим дужностима према својој деци онолику и онакву пажњу и добру вољу, каква би могла одговорити основној замисли законодавца: пружити деци довољну негу и васпитање и дати им једно такво стручно образовање, какво најбоље одговара њиховим природним наклоностима, и од кога ће она моћи у будућности удобно живети, — те на тај начин положити основ њиховом благостању, како вели законодавац.

Даље, по § 126 грађ. зак., отац је дужан своју малолетну децу и заступати. Отац је дакле, као такав, законски заступник своје малолетне деце свуда и на сваком месту, пред судом, као и ван суда. Разуме се, то све у колико је заступништво по закону у опште могућно. Јер има правних послова, у којима апсолутно не може бити заступништва ни уговорнога ни законскога. То су правни односи где је субјективни моменат главни, нпр. усвојење или закључење брака. Исти је такав случај и са променом народности; и ту не може бити представљања; зато многи писци међународног приватног права налазе да отац не може превести своју малолетну децу у неку другу народност. (В. Живојин Перић, *op. cit.*, стр. 146). Заступништво, дакле родитељско тиче се у главном имовинских односа дечјих и то у колико се њихови интереси не би сукобљавали са интересима родитељским. Јер по чл. 158. зак. о старатељству, малолетном детету које под очинском влашћу стоји, поставиће се старатељ имања, ако би се интереси детињи са интересима очевом сукобљавали, или ако би отац са имањем таква наређења хтео да учини, за која он по закону сам не би властан био. То је, у осталом, сасвим природно и логично, јер нико не може заступати дру-

гога у послу где је лично заинтересован. То је правило било познато и у римском праву: *Ne mo in rem suam anctor esse potest.*¹⁾

Однос између родитеља и деце, то је однос између млађег и старијег, однос субординације детета својим родитељима. С тога су деца дужна покоравати се умесним наредбама и упутствима својих родитеља, а у случају њихове непослушности родитељи су по закону овлашћени да према њима употребе и извесне принудне мере, обраћајући се у томе циљу по потреби и државној власти за помоћ. Тако по § 120. грађ. зак. нико нема права децу туђу изгубљену, или одбеглу противу воље родитељске задржати, а родитељи ће такву децу и помоћу власти моћи натраг повратити и непослушну умереном домаћом казном казнити. Ако, пак, та умерена домаћа казна не би помогла, отац може, по § 350. крив. зак., због крајње непослушности, своју децу полицијској власти доставити, која ће их моћи казнити затвором до десет дана. Наравно да се родитељи, у свима својим поступцима према деци, морају руководити увек интересима дечјим и не смеју прећи границе потребе у кажњавању. Иначе, ако би они према деци крајње нечовечни били, или би их немилосрдно тукли и злостављали, онда ће за такав свој поступак моћи бити и кажњен на тужбу повређеног до 30 дана затвора — (§ 349. крив. зак.).

Тако исто по чл. 376. *Code Civil*-а отац може тражити од председника суда да се његово дете затвори, који затвор може трајати до 1 месец дана. То своје тражење отац не мора образложити ако тражи затварање детета млађег од 16 година; иначе мора поднети молбу председнику суда и навести мотиве свога тражења. Молбу ову председник подноси на оцену и државном тужиоштву пре но што донесе по њој одлуку. У оба случаја отац је властан у свако доба тражити пуштање деце у слободу. Ако пак притварање деце тражи

мајка, она то може постићи само путем молбе, којој се имају придружити и два блиска сродника дечја по оцу. Дакле, по тражењу мајке деца се никад неће притворити пре но што се случај испита и утврди оправданост тражења. То вреди и за оца, ако се је, оставши удов, поново оженио, па тражи затварање деце из првог брака.

Деца су дужна родитеље своје поштовати, и у свему њима послушна бити, и противу воље њихове ништа не чинити нити предузимати — § 120. грађ. зак. Основ потчињености деце родитељима својим лежи у самој природи ствари, једно с тога, јер деца, немајући искуства у животу, нису у стању, нити умеју, као што треба, о својим животним потребама старати се; и друго, и када одрасту и пунолетна и за самосталан живот способна постану, деца су из обзира пиетета према својим творцима обавезна увек и дужно поштовање им указивати. Јер, „природно је, како то лепо вели наш уважени професор г. Живојин Перић, да ми мећемо испред себе онога коме дугујемо егзистенцију, без кога ни нас не би било, то је поштовање слично страху које имамо према творцу Богу: — преко родитеља Бог нас је створио, осећај који гајимо према Богу, према посредном, општем, творцу, основа је осећају који гајимо према непосредним творцима, родитељима. Деца су дејство док су родитељи узрок, а узрок је важнији и по времену ранији од последице.¹⁾ Да би, пак, лакше кроз живот пролазила, деци је потребно и животно искуство њихових родитеља, њихов науч за живот, као што, на пример, мали тићи науче летети пре но што напусте своје гнездо и своје родитеље. Па тако даље продужује г.

¹⁾ Видети: Ж: Перић, *op. cit.* стр. 174. — Ми ово наводимо и стога, што су у овим консидацијама, по нашем мишљењу, изложени, у главном, и мотиви, којима се правда установа родитељске власти, у опште, и потчињеност деце њиховим родитељима и домаће чељади кућним старешинама

Перић и вели: „Онај који је најстарији има највише искуства, јер док је интелигенција ствар рођења и умнога рада, дотле је искуство ствар живота и година: може и млад човек бити интелигентан, али не може бити искусан: јер још није прошао кроз школу живота.“¹⁾

Све дужности родитељске према деци и права, како лична тако и имовинска, тесно су везана за личност њихову, и родитељи се тих дужности и права не могу по својој вољи ослободити, нити вршење њихово уговором на друга лица пренети. Такви би уговори као противни јавном поретку, а и бланарављу, били посве ништавни — § 13. грађ. зак. У чл. 1388 *Code Civil* то је изречно предвиђено. Па и сам развод брака не ослобођава родитеље њихових дужности према деци, али су у почетку или на крају спора за развод власни међусобно се поравнати у погледу снабдевања, односно васпитања и издржавања деце (§§ 105. и 118. грађ. зак.).

Отац има право да одређује и занимање својој деци. Али то очево право није неограничено. Јер „почем дете одрасте и 14. годину своју наврши, и склоност к другом начину живљења у себи осети и покаже, може пристојним начином оцу предложити и захтевати, да га на онај начин живота окрене и упути, за који способност и склоност има, које ако без успеха буде моћи ће и самом надлежном суду молбу своју тога ради представити (§ 127. г. з.) — Молбу би у томе случају дете имало поднети неспорних дела судији, који би о умесности детињег тражења имао да решава. — Али овакав случај можда још никада није у судској пракси забележен. Дешава се, истина, често да дете изјави да жели да се ода извесном послу, за који осећа нарочите наклоности. Но ако се отац томе противи, детету за постигнуће

¹⁾ *ibidem*.

овога циља само једно средство стоји на расположењу, а то је бегство из куће очеве, не тражећи интервенцију државне власти. Но и у том случају намера му може бити осујећена очевим правом на тужбу за повраћај своје одбегле деце, (*interdictum de liberis exhibendis et ducendis*), које му је право дато §. 120. грађ. зак. А осим тога, услед економске зависности од својих родитеља, дете ће се тешко и одлучити на такав један корак, већ ће увек следовати жељама својих родитеља. — Ово је питање на сличан начин решено и по § 148 аустр. грађ. зак.

По чл. 276. швајц. грађ. законика отац и мајка исто тако одређују професију своме детету, водећи у колико год је могуће рачуна о његовој снази, његовим способностима и жељама. Родитељску власт врше отац и мати заједнички за време трајања брака, а у случају неспоразума одлучује отац (чл. 274. швајц. грађ. зак.). Такво се решење за отклањање неспоразума између оца и мајке има усвојити и по нашем грађ. зак.; тим пре што по њему очинска власт припада искључиво оцу; те би мајка једино могла тражити да се од оца родитељска власт одузме, ако би за то било довољних разлога.

По немачком грађанском законнику право и дужност старања о личности и имању дечијем лежи првенствено на оцу, али и мати може бити носиоца родитељске власти. О родитељској власти мајке говори се у §§ 1684—1698. Тако мајци припада родитељска власт: 1) Када отац умре или буде судом за умрлог оглашен, и 2) када је отац родитељску власт пренебрегао, а брак је разведен — (§ 1684. г. з.)¹⁾

Своје дужности и права према деци родитељи врше под надзором државе, која је и сама

¹⁾ Видети о томе: *Enneccerus — Kipp — Wolff, op. cit., S. 298—299., Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatsnormen des Reiches, 3. Band, 4. Auflage, S. 159.*

непосредно заинтересована у томе, да се деца као будући њени грађани, што боље унуте и спреме за користан рад и вршење својих дужности према држави и друштву. Тај надзор држава врши преко својих органа, који предузимају потребне мере на које су законом овлашћени, ради заштите дечјих интереса. Наше српско право врло је оскудно у правилима, по којима се овај надзор врши, и сем неколико општих прописа у грађанском закону и правилима о поступању у неспорним (ванпарничним) делима, других нема. А потребно би било о томе питању и особити закон донети, и тако поклонити довољну пажњу овом тако несумњиво важном друштвеном питању: питању државног надзора над радом родитеља у погледу одгајивања и васпитања деце. У другим, напреднијим земљама, као што је на пример Француска, у томе постоји један комплекс закона. Можда код нас опширно и детаљно законодавно регулисање овога питања до данашњих дана није било потребно, али данас, када су се животне прилике и нарави у друштву тако осетно и нагло измениле, — мислимо о тој потреби не може се ни дискутовати. Старатељски, односно непосредних дела судија, у чију надлежност данас и спада овај надзор, нема довољно фактичке нити законске могућности да га колико треба и како треба врши, те се зато осећа потреба за нарочитом установом у свој материји и њеним особитим регулисањем¹⁾.

§ 7. О одузимању очинске власти као средству за спречавање злоупотреба исте и оштећења дечјих интереса.

Као једно од најпогоднијих средстава за спречавања оштећења дечјих интереса од стране родитеља, јесте установа одузимања родитељске власти.

¹⁾ Реч је, дакле, о државном надзору за живота, а не после смрти, родитеља, о чему има довољно одредаба у зак. о старатељству.

По римском праву било је такође предвиђено одузимање очинске власти од оног оца, који би своју децу малтретирао. Такав је случај, као што смо већ навели, био и ако би отац своје дете три пута продао, и тада је дете постајало слободно. Осим одузимања очинска власт могла је у римском праву престати и наступањем извесних факата, као што су на пример: смрт било родитеља било деце; *capitis deminutio* очева: *minima, media et maxima*, и слободна еманципација у опште.

Одузимање очинске власти има своје како практично тако и теоријско оправдање. „Родитељска власт, веле Colin и Capitant као свака власт поверена људским рукама, може бити злоупотребљена. Друштво не може остати равнодушно пред овим узнемиравајућим фактима, оно има дужност да интервенише. Власт над децом треба да се одузме од родитеља, недостојних да је задрже и даље, или неспособних да је корисно врше, и да се повери било другим члановима породице, било, као што је то често случај, ако је цела породица мало достојна поверења, страним лицима. Приватна иницијатива може овде учинити велике услуге, стварајући филантропске установе, којима управљају милосрдни и некористољубива лица... Старање ових лица о деци често је ефикасније од државног“¹⁾ Даље, Planiol говорећи о надзору над вршењем очинске власти, каже: „Очинска власт није ни најмање апсолутна власт. Поред породице постоји друштво, које има такође свој део права и интереса да брани; оно је дужно да штити децу, и оно има интереса да ни њихов морал ни њихово здравље не буду компромитовани.“²⁾ Agnesseau говораше: „Ма колико била велика власт родитељска, она има једну вишу власт у друштву, и, ако су родитељи прве судије, њихова пресуда је увек потчињена пресуди држ. судија (*des magistrats*).

¹⁾ B. Colin et Capitant, op. cit., t. I., p. 6.

²⁾ Planiol, op. cit., 0. éd., t. I., p. 557., No. 1728.

Ови испитују спорове који се појављују између родитеља и деце, као и оне који се појављују између других грађана; и, као што су дужни да уче децу, да поштују оне, од којих су примили доброчинство живота, држ. судије морају такође слушати оправдане жалбе дечије и не оставити чланове отаџбине ђуди неког појединца.“ (Цитирано код Planiol-a, *op. cit.*, 10. éd., t. I., p. 557., примедба под 2.).

Многи родитељи, напомиње Planiol, продужујући даље расправу питања о одузимању очинске власти, показали су се недостојним поверења, које им је законом дато и малтретирају или напуштају децу, или их пак подстичу на крађу и свађу, на просјачење и проституцију. — Овако и слично резонују и готово сви правни писци, пледирајући за контролу државе над вршењем родитељске власти.

Државни надзор над вршењем родитељске власти налази свога оправдања у факту могућности злоупотребе исте, и потреби, да се деца, као будући пуноправни грађани државе, заштите од евентуално рђавог поступања родитељског. И специјална очинска власт, као и родитељска власт у опште, вели г. Д-р Лазар Марковић, врши се у интересу детињем, у циљу заштите детета, и зато је дато право суду, да контролише оца и по потреби интервенише у корист детета.¹⁾

Случајеви, у којима се по српском грађанском закону може одузети од оца власт родитељска над децом, предвиђени су §§ 154. и 155.

Ми ћемо оба та §-а навести у целости. Тако § 154. грађ. зак. гласи: „Из важних и довољних узрока може се наредбом судском власт родитељска над децом од оца одузети. Такви би узроци били: кад би отац с ума сишао и у зграницо или лудило пао; кад би због учињења злочинства на дуже од једне године дана

у тамницу допао; кад би се некуд степао, и за годину дана ни гласа ни трага му било не би; кад би он као распикућа, пропалица и скитница судски оглашен био. Но како би ове препоне престале онда би и родитељска власт опет настала и своју пређашњу силу добила.“

У овоме §-у предвиђени су случајеви одузимања очинске власти услед фактичке немогућности вршења исте. Осим предвиђеног случаја осуде очеве због извршеног злочинства, где је, по нашем мишљењу, основ одузимања родитељске власти, поред те немогућности, и недостојност очеве, а не само спреченост. Јер ако је разлог у спречености, онда је требало предвидети да се оцу његова власт над децом може одузети и у случају осуде његове на затвор дужи од године дана због извршеног преступљена. Иначе смо у присуству једне недоследности законодавчеве.¹⁾

У кратко побројани случајеви, који су по наведеном законском пропису разлог за одузимање родитељске власти, јесу: 1) Душевна болест; 2) Осуда због злочинства; 3) Несталост и 4) Расипништво судом утврђено. Да би се, дакле, оцу одузела родитељска власт над децом, због његове удаљености из заједничког места живљења, није довољан разлог сама одсутност, па ма колико иста трајала, већ закон тражи несталост, да је се отац „некуд степао“, т.ј. да постоји неизвесност о животу и смрти његовој. Питање се поставља за случај злонамерног, или како наш законодавац каже „злоковарног“ одсуства; када би се отац нпр. удаљио од своје деце да би избегао вршење својих родитељских дужности. Тај би се случај, разуме се, граничио са недостојношћу и могао би се подвести под пропис § 155. грађ. зак., сматрајући га као пренебрегавање васпитања дечјег. Очево одсуство, пак, неће се узети за злонамерно, ако

¹⁾ В. Гг. Лазар Марковић, *op. cit.*, стр. 194.

¹⁾ В. Дг. Л. Марковић, *op. cit.*, стр. 204.

је отац, полазћи нпр. на један дужи пут, пре-
дузео потребне мере да интереси децји за време
његове одсутности не трпе. Иначе би се имало
поступити по општим прописима о одсутности и
несталости.

Тако Рушнов, говорећи о могућности одузима-
ња очинске власти по основу одсутности, вели: „Од-
сутност сама нема дакле за последицу угаснуће
власти, јер се ова може из удаљеног места извр-
шивати, те ако се сазна за боравиште очево, и ако
се отац налази у таквом положају, да може и из
места, у којем борави, без уштрба користи и пра-
ва деце, извршивати права и дужности, скопчане
са очинске власти; навластито ако је учинио сход-
них одредби, да се деца ваљано одгајују и обскрбе
у његовој одсутности, **неће бити никакве потре-**
бе, да се он лиши само временито очинске власти“¹⁾

Специјално о одузимању родитељске власти
због расипништва говорићемо доцније.

Даље § 155. грађ. зак. предвиђени су случа-
јеви одузимања родитељске власти због недостој-
ности очеве. Тај § гласи: „Ако би отац децу зло-
ставио, или би њих на зао пут живота упућивао,
или васпитање њихово сасвим пренебрегавао, то
ће га моћи не само деца и мати, но и сродници и
старешине и добри људи суду оптужити; и ако се
нађе, да је тужба основана, таквому ће се оцу
власт родитељска одузети, а за децу сходна наред-
ба учинити.“ — Један од случајева предвиђених
овим §-ом јесте тај: ако би отац децу своју, како
закон каже, на зао пут живота упућивао. Другим
речима, ако би их, на пример, упућивао да буду
крадљивци, варалице и нерадини, — дакле штетни
по друштво. Те тако овде имамо један случај
одузимања очинске власти, како из обзира заш-
тите детињих, тако, и више, из обзира заштите
друштвених интереса.

¹⁾ Видети: A Rušnov, tumač obćemu austrijskomu gra-
đanskomu zakoniku, drugo prerađeno i popunjeno izdanje knji-
ga I., Zagreb.

Тужба за одузимање очинске власти подноси
се надлежном првостепеном суду. Право тужбе
имају, поред деце и мајке и сви сродници децји,
затим кућни старешина, па и други људи, који
би на подношење тужбе били побуђени, а које за-
конодавац зове добрим људима. Право на ову
тужбу је дакле, општег јавно-правног каракте-
ра, јер постоји и у општем, јавном интересу, у
интересу друштва и државе. То би била, од при-
лике, тужба слична т.зв. *actio popularis* из рим-
ског права.

Околности побројане у наведеним законским
прописима поменуте су само примера ради, (*ex-
emplis causa*), а не лимитативно, — те се родите-
љима може одузети власт њихова над децом и кад
наступе друге, овима подобне, околности. Суду је,
пак, остављено, да у сваком појављеном конкрет-
ном случају, цени: да ли је заиста једна таква мо-
гућност наступила.

Међутим треба подвући разлику између два
различита појма у овом погледу, између појма
престанка и појма *одузимања родитељске власти*.
Јер родитељска власт над децом престаје самим
наступањем извеснога догађаја, *ipso facto*, као што
је нпр. смрт, приспело пунолетство или удаја *resp*
женидба — § 150. грађ. зак.. Када нпр. дете на-
врши 21. годину *eo ipso* оно постаје пунолетно,
sui iuris, и није потребна за то никаква судска рад-
ња. На против, појам „одузимање“ имплицира из-
весну радњу, у овом случају радњу суда, — на-
рочито управљену на то одузимање. Зато се по-
грешно говори о престанку родитељске власти ка-
да је реч о случајевима из §§ 154. и 155. грађ. зак.

По аустријском грађ. законiku то питање је
јасније расправљено. О одузимању, као и о пре-
станку очинске власти над децом, у опште, говори
се у §§ 172-178.а, а специјално у § 176, који гла-
си: „Ако отац душевно оболи, ако се огласи за
распикућу, или због кривичног дела буде осуђен

на казну затвор адужу од године дана, ако се својевољно иселио из земље или ако је више од године дана одсутан, не дајући гласа о месту свога бављења, очинска власт престаје да дејствује, и поставља се тотор, али кад се ове препреке уклоне, отац опет ступа у своја права. У овоме законском пропису предвиђени су, дакле, случајеви обуставе родитељске власти (*Ruhen der Väterlichen Gewalt*).¹⁾ Затим о губитку очинске власти (*Erlöschen der väterlichen Gewalt*) говори § 177 аустријског грађанског законика који гласи: „Очеви, која сасвим пренебрегну издржавање и васпитање своје деце губе очинску власт за увек.“. И тако по аустријском грађанском закону, као што се види, могуће је одузимање очинске власти с тим, да се више не може добити повраћај исте. У овом случају се отац сматра за навек дисквалификованим за вршење очинске власти. Међутим у § 154. срп. грађ. зак., који набраја случајеве престанка очинске власти, напоменуто је: „да ако би ове препоне престале, онда би и родитељска власт, опет настала, и своју пређашњу силу добила.“. Те према томе, грађански законик не зна за трајно и неповратно одузимање очинске власти. У томе погледу нема никакве разлике између случајева предвиђених у § 154. г.з. и оних из § 155. грађ. зак. Тако г. Д-р Л. Марковић, у своме већ цитираном делу, на страни 206., вели: „Ако би отпале чињенице које су довеле до престанка родитељске власти очеве, отац одмах добива поново ту власт, али не по самом закону, већ тек на основу нарочитог судског решења у томе смислу.“

И по немачком грађанском закону родитељска власт једном одузета (*erlöschen*) не може се ви-

¹⁾ Видети: *Ehrenzweig — Krainz — Pfaff, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 2. Band, 6. Auflage, 2 Hälfte, S. 323, Wien, 1924.

ше повратити, и ако су престали узроци њеног одузимања.¹⁾

У § 178. аустр. грађ. зак. говори се о ограничењу родитељске власти (*Beschränkung der Väterlichen Gewalt*) услед злоупотреба исте од стране очеве и услед његове-очеве неморалности. Тај § гласи: „Ако отац своју власт злоупотребљава и с њоме скопчане дужности не испуњава, или води нечасан или неморалан живот, онда може тражити помоћ од суда не само дете, већ сваки ко за то сазна, нарочито најближи сродници. Суд треба да испита предмет тужбе и да изда према околностима погодне наредбе; он може нарочито наредити да се отац стави под надзор суда у погледу управе имовином или у погледу старања за личност детета и да се с њиме поступа као са тотором.“²⁾ Овим је §-ом, као што се види, одређен и сам поступак одузимања. Разлози су по аустријском грађанском закону исти као и по српском: заштита детета од моралне и материјалне пропасти. Ако се отац, вели Рушнов, служи влашћу очинском на начин да се тиме детету чини увреда у његовим правима, или ако не извршује дужности, скопчане с том влашћу, може се само дете, или најближи сродници а и свако, који за то сазнаде, притужити надлежном суду, а има и суд, не чекајући никакве пријаве или притужбе, одмах, чим којим год начином добије знања о таквим повредама, учинити уреда ради потребне извиде и изрећи сходну одлуку.³⁾

Према *Ehrenzweig*-у, деца, по аустријском праву, стоје под родитељском влашћу (*elterlichen Gewalt*) оба родитеља, а осим тога и под специјалном о-

¹⁾ Видети: *Dernburg*, op. cit., 3. Bd. 4. Aufl., S. 164.

²⁾ В. Др. Драгољуб Аранђеловић, *Аустријски грађански законик*, друго издање, Београд, 1921..

³⁾ В. А. Рушнов, op. cit., стр. 278., књ. I.

чинском влашћу („väterlichen Gewalt“), која после смрти очеве не прелази на мајку.¹⁾

Француско законодавство нарочито је богато у одредбама којима се регулише вршење родитељске власти. Тако, према закону о заштити злостављане или морално напуштане деце, од 24. јула 1889. године, ако отац не врши своје очинске дужности, или власт очинску злоупотребљава, таквом ће се оцу одузети власт над децом, којој ће се поставити старалац; или ће деца бити предата некоме лицу, које само изјави да исту жели примити, у коме случају то лице, као и старалац судом одређени, стоји под надзором држ. органа. Такво лице се зове полузванични тотор — (*tuteur officieux*). — Суд ће, пак, увек у таквом случају саслушати и породични савет.

Узроци одузимања очинске власти по овоме закону многобројни су, а тако исто детаљно су предвиђени и регулисани случајеви, у којима родитељи губе право управљања децом имовином.

Родитељи, којима је власт над децом одузета, могу тражити повраћај исте. Али да би им се молба уважила, она мора бити поткрепљена доказима, којима се утврђује: да не постоје више околности, због којих су они родитељске власти били лишени. Само, пак, питање повраћаја родитељских права, која скупа чине родитељску власт разликује се према узроцима који су били основ њеном одузимању. Тако, на пример, родитељи, којима је одузета власт над децом због напуштања деце, скитничког начина живота, пијанства и рђавог владања, које компромитује морал и здравље деце, не могу тражити повраћај исте, ни у ком случају, пре него што буде прошло 3 године од дана када је судска одлука о одузимању очинске власти извршном постала. А поред тога тражи се и повраћај изгубљених права услед осуде: нпр. повраћај изгубљене грађанске части и т. д.

[.] Ehrenzweig — Krainz — Pfaff, op. cit., S. 220..

Но ипак, као што се види, ни француско законодавство не зна за лишење родитељске власти без права на њен повраћај, па ма какви били разлози, који су у своје време диктовали њено одузимање. Већ постоји већи или мањи размак времена од момента одузимања, па до момента стицања права на повраћај, с обзиром на важност и озбиљност узрока у питању.

Родитељи су дужни, према својој имовинској могућности, накнадити трошкове приватним људима или држави, учињене за децу за време њихово-родитељске — неспособности или стварне или правне немогућности за вршење својих родитељских права и дужности.

Право на подизање тужбе ради одузимања очинске власти по француском праву припада првенствено сродницима малолетника; а и државне власти могу ову тужбу подићи; у коме случају, специјално, државно тужиштво имало би да поведе истрагу, ради утврђивања основности тужбеног тражења.

Даље у француском законодавству имамо закон од 19. априла 1898. године, о спречавању насиља, грубих аката и покушаја, управљених противу деце. Затим, закон од 11. априла 1908. год., који говори о спречавању проституције малолетника и, да наведемо још, закон од 24. марта 1921. год. који говори о тумарању (*le vagabondage*) малолетника млађих од 18 година и о мерама за спречавање истога. И т. д.

Овима, које овде наведосмо, и другим законима из најновијег времена, детаљно су одређене дужности родитеља и нормирано је њихово вршење, а и правима родитељским тачно су обележене границе, — те је тако ограничена могућност, да неспособни или рђави родитељи, невршењем или неуредним вршењем своје родитељске дужности, нанесу штету друштву и држави стављају-

ћи им на терет једно своје напуштено дете, које није припремљено за привређивање средстава потребних му за живот.

Међутим овакео стање није било по првобитном тексту Code Civil-a, већ је у току времена очинска власт из основе измењена, како по својој правној природи, тако и по своме обиму. И, говорећи о тој промени, Colin и Capitant вели: „Таква каква је била, установа очинске власти, одмах после Code Civil-a, није се слагала са тенденцијом и економским потребама француског друштва. Дезагрегација породичног живота, проузрокована лакоћом саобраћајних средстава, која се повећава, и напуштањем села, а нарочито индустријализмом и развојем рада за младеж и децу, прогресом неморалности, која потиче из скупове живота и скупљања великих пролетерских агломерација, ослабила је родитељску власт и, у много случајева, учинила је чак више штетном него корисном. На првом месту судска пракса, па затим и законодавац, морали су се постарати да попуне празнине, да стану на пут злоупотребама родитељске власти и да уреде начин одузимањем исте, у случају потребе, и њене замене установама заштите више мање државног карактера. То је читава једна еволуција од социјалног па тако исто и од правног значаја... и која ће се, вероватно, још појачати у смислу једног све већег и већег ограничења родитељске власти, замишљене као власти аутономне и произвољне, и једног све брижљивијег надзора државних власти.“

*

Наш законодавац од 1844. год., говорећи о односима између родитеља и деце и о њиховим узајамним правима и дужностима, имао је у виду једно, више мање, идеално стање, и зато није

¹ Видети: Colin et Capitant, op. cit., 2. éd., t. I., p. 441..

предвидео многе евентуалности. Међутим законодавац не сме посматрати ствари и сувише идеално. Потребно је увек нарочито предвидети и регулисати најгоре случајеве; донети законске прописе колико да се нађу, у злу не требали, како вели наш народ. А овако ми данас готово немамо законске могућности да станемо на пут штетним и упропашћујућим радњама једног несавесног родитеља. Незбринута и напуштена деца постају једна опасност и један велики терет на телу друштвеном. То су све кандидати за будуће деликвенте, који ће својим радом увек реметити ред и поредак.

Говорећи о напуштеној и уличној деци г. професор Д-р. Чедомир Митровић вели: „Остављена без надзора ова деца су тако морално напуштена да су постала права опасност.“¹⁾ Зато би друштво односно држава требала, у интересу свога сопственог секуритета, да интервенише и да разним превентивним мерама поради на сузбијању те опасности. Морао би се увести што већи надзор државе над васпитањем деце; јер су деца „скупочени капитал нације, који треба чувати и разумно неговати.“ И у томе се правцу, заиста, у последње време осећа све већи покрет у теорији и у законодавствима појединих држава.

Г Л А В А II

О ограничењу родитељских имовинских права.

§ 8. Права родитељска на имовини децој.

Као лични, тако и првобитни имовински положај детета био је раван положају роба; т. ј. дете није имало имовинске способности, није могло бити субјекат имовинских права, док је би-

¹⁾ Видети: Др. Чедомир Митровић, Улична деца, штампано из „Полиције“. стр. 2..

ло под очинском влашћу. Што је дете прибављало, ма под каквим видом, то је припадало оцу, по сили његове очинске власти, а не детету. Тако је било у првобитном римском, па и у старом српском праву. Специјално у римском праву дете је било готово апсолутно имовински неспособно све до почетка империје. Самим фактом што су под влашћу *pater familias - a*, деца су личношћу његовом била апсорбована и у имовинском погледу, те тако ништа своје нису могла имати: *ipse qui in potestate nostra est nihil suum habere potest*.

Први почетци имовинске способности дечје огледају се у *peculium-y*,¹⁾ малој количини имовине којом је син могао слободно располагати. *Peculium-a* је било разних, и то: 1) *Peculium castrense*, како се је звала имовина, коју је син као војник у рату запленио или од цара на поклон добио; 2.) *Peculium quasi castrense*, т. ј. она имовина коју је син поклоном или иначе стекао, вршећи коју другу јавну службу, а не војну. Затим *bona adventitia*,²⁾ у која спадају: *bona materna*, добра добивена на поклон, у мираз и друга, која су *filius-y familias-y* припала *ex alia causa quam ex re patris*; и на послетку *peculium adventitium extraordinarium* или *irregulare*, у који улази сва имовина, коју је син стекао мимо воље очеве, (*patre recusante*), или што би добио у наслеђе од сродника, или стекао вршећи какву слободну професију. Отац је на свима тим добрима имао право ужитка, без дужности да полаже рачун о управи и да осигурава повраћај добара, која су код њега била на уживању.

По Јустинијановом праву све што је син прибавио помоћу очевог имања (*ex re patris* или *ex patria substantia*) припадало је оцу; и тако поклон од оца сину правно није био могућ, јер је и то било стицање *ex re patris*.¹⁾ Са

губитком, пак, очинске власти, отац је губио и сва права на имовини своје деце. У том случајевима имање му се је одузимало и предавало деци која су на тај начин постојала субјектом те имовине.¹⁾

Тако су наступиле промене првобитног стања у погледу имовинског правног положаја деце. Поставши субјектом права у личном, дете потом постаје субјект права и у имовинском погледу, и постаје способно за стицање имовине још и док је под очинском влашћу.

Но ипак опште правило старог римског права, да деца, за време док су под очинском влашћу, у начелу не прибављају за себе, већ да прибављају за своје родитеље, одржало се је и до данас. Тако, по § 121. грађ. законика: „што год деца под родитељском влашћу и њиховим управљањем прибаве, то родитељима својим прибављају као год што наравно родитељи за своју децу имање прибављају, и њима остављају.“ Последице овога законског прописа су врло значајне по имовинска права дечја, и често су, као што ћемо видети доцније, узрок разним неправичностима.

Родитељска права на дечјој имовини у главном су следећа:

- а) Право управљања;
- б) Право издржавања;
- в) Право уживања; (што је спорно по нашем законодавству).

О управи дечјим имањем отац по грађ. законнику није дужан полагати рачуна, нити у пракси полаже. Те тако постоји могућност да дечја сопственост постане илузорном, пошто отац не подлежи никаквом надзору, па може дечје имање и упропастити.

¹⁾ Ibidem p. 555.

¹⁾ Видети: Georges Cornil, op. cit., p. 554.

По аустриском законодавству отац управља дечјим имањем као старатељ и дужан је полагати рачуне о тој својој управи¹⁾ Очева права на дечјем имању по аустријском законодавству ограничена су до минимума. О томе ограничењу говори § 150 аустриског грађ. зак., који гласи: „Од прихода имовине, у колико ови достижу, покриће се трошкови око васпитања. Покаже ли се при том вишак, он се мора дати под интерес, и о томе годишње полагати рачун. Само онда, ако би овај вишак био незнатан, може се отац ослободити полагања рачуна, и вишак му се ставити на слободно располагање. Ако је онај, који је детету дао имовину, одобрио оцу плодуживање, ипак приходи добри стоје за издржавање детета, како приличи његовом стаљежу, и, на уштрб издржавања, њих не могу узаптити повериоци очеви.“

У француском законодавству прихваћен је принцип римског права, по коме, као што је познато, сви приходи са дечјег имања припадају оцу, и он није дужан полагати рачуна. То питање у француском праву расправљено је законом од 6. априла 1910. године. По овоме закону управљач над имањем деце мора се вршити *en bon père de famille*.

По § 127. грађ. зак. родитељи немају права да од деце траже накнаду трошкова учињених на њихово васпитање и издржавање, али је родитељима по истом законском пропису признато право издржавања на дечјој имовини, у случају да остану без средстава за живот. То је њихово право законског реципроцитета.

На супрот овим правима која отац има на имовини дечјој, он је, у интересу деце, ограничен, донекле, и у праву располагања са својом сопственом имовином. Тако је на пр. очево право рас-

полагања својом имовином на случај смрти (*mortis causa*), ограничено дечјим правом на законски део (*portio legitima*) § 477. грађ. зак. Даље, лимитивно су одређени случајеви у којима отац може своје дете искључити из наслеђа (§ 480. г. з.), јер су деца нужни наследници (*Noterbe, heredes necessarii*.)

А ако отац заживотним располагањем упропашћује своју имовину, онда може бити оглашен за „распикућу“, у коме случају му се одузима управа са имањем. — О расипништву ћемо мало доцније говорити.

Напослетку да напоменемо околност, која нам изгледа нарочито неправична, особито с обзиром на разне стицаје прилика који су могући, а која је околност последица правила предвиђеног §-ом 121 грађ. зак., по коме деца све што под родитељском влашћу и управом прибаве не прибављају себи већ својим родитељима. Та неправичност састоји се, по нашем мишљењу, у томе: што деца старија од 15 година, живећи са оцем у заједници, немају права на приновак и приплод, као што им је то право признато у задрузи. Ми мислимо да би правичније било да деца после 15 година прибављају за себе а не за своје родитеље, а да се родитељима призна само право управљања и уживања на тој имовини до дечјег пунолетства. На против, у данашњој судској пракси сматра се да деца прибављају својим родитељима а не себи и после пунолетства. Јер, заиста, закон каже: „Што год деца под родитељском влашћу *и њиховим управљањем*¹⁾ прибаве.“ (§ 121. г. з.), а деца су под њиховим, т. ј. родитељским управљањем несумњиво и после навршеног пунолетства, само ако са родитељима својим живе заједно, премда после пунолетства, по правилу, престаје родитељска власт. — Те нам овакво судско тумачење § 121. г. з. не изгледа

¹⁾ B. Ehrenzweig, Krainz — Pfaff, op. cit., S. 223.

¹⁾ Курсив је наш.

погрешно, ма да ми сматрамо да је овај законски пропис неправичан и несавремен.

У теорији ово је питање спорно. Г. професор Живојин Перић је мишљења, да „пунолетни синови не теку никада за оца већ за себе, никада, то јест ни онда када са оцем живе заједно.“¹⁾

Ми ћемо се на ово питање вратити мало доцније, када будемо говорили о заштити деце из ранијег брака, а сада га на овом месту само наглашавамо, прелазећи на расправу једнога другог питања, које се тиче ограничења родитељских имовинских права због неумесног располагања са сопственом имовином.

§ О одузимању очинске власти по основу очева проглашења за расипника.

Појам расипништва. 2) — V § 154. грађ. зак. речено је да се судском одлуком власт родитељска над децом од оца може одузети и у том случају „кад би он као *распикућа*,³⁾ пропалица и скитница судски оглашен био.“ Међутим, законодавац се није нигде бар приближно изразио о томе: какво треба да буде поступање очево, па да га суд може за расипника прогласити, и какво је његово појимање појаве расипништва. Законодавац нам, дакле, није дао своју дефиницију тога појма, нити је у закону речено шта се управо има разумети под *распикућством*; те ћемо се ми постарати, пре свега, да изложимо каква мишљења о томе постоје у територији и другим савременијим законодавствима.

Појам расипништва врло је широк и тешко је дати једну дефиницију тога појма, услед његове растегљивости. Да ли се извесна радња једног лица може оквалификовати као појава расипништва, то, као што је случај и са квалификацијом

1.) Видети: Живојин М. Перић, *op. cit.*, стр. 61.

2.) Die Verschwendung, la prodigalité.

3.) Курсив је наш.

појма луксуза, зависи од разних субјективних и објективних околности, које се у сваком конкретном случају морају имати у виду. Као што на пр. судовима за сузбијање *скупоће* задаје велику бригу оцена питања о томе: који артикли служе за задовољење оправданих људских потреба, који дакле имају карактер животних намирница, а који пак представљају један луксуз, једно уживање, те, као такви, не подлеже ограничењу у погледу купопродајне цене, — исто толико бриге имају, и на још *веће* тешкоће наилазе, редовни првостепени судови при појављеној расправи питања о оцени извесних поступака једнога лица, због којих оно треба да буде проглашено за „*распикућу*“, и, као такво, стављено под старатељство. Јер, докле за једно лице извесан утрошак имовине, извесан издатак у новцу или у натури, представља један луксуз, једно *расипање* имовине, дотле *ће* тај издатак, исте величине и у исту сврху ичињен, представљати за једно друго лице, с обзиром на његове личне и имовне прилике, једно сасвим оправдано и умесно задовољење својих потреба. Законски критеријум за оцену овога питања недостаје нам, и доста је тешко, правнички посматрајући ту ствар, оценити: да ли смо у присуству једног нормалног законског поступања са својом имовином, или пред собом имамо једну аномалност, коју, као такву, треба сузбијати и спречавати средствима, на чију нас употребу закон овлашћује.

У обичном животу под расипништвом се подразумева свако трошење имовине, које није учињено у циљу задовољења једне оправдане животне потребе. Тако нпр. у јавности се често чује говор о *расипању* државне имовине, под којим се разуме неумесно газдовање и вршење издатака на разне некорисне и често недозвољене циљеве, и т. д. — Али нас овде не интересује појам расипништва у његовом обичном смислу, што је ствар посве релативна и зависи од субјективног схватања појединачно, као и од тога на коју се тачку гледишта

ставимо при посматрању једне појаве, — већ је нама стало до објективног појма расипништва, то јест, до појма правно релевантног, који нам даје основа за правну интервенцију и предузимање законитих мера ради сузбијања и отклањања штетности поступака, који чине садржину тога појма. Према томе, по нашем мишљењу, расипништво, као појава правно релевантна, јесте ипакво поскупљање извесног лица са својом имовином, при коме оно, према објективном посматрању ствари, очигледно иде ка упропаштању ипак и остављању себе и своје породице без средстава за животи у будућности.¹⁾

Људе, који на овај начин поступају са својом имовином, наш народ, сасвим умесно, зове „пропалицама“. Што не значи да су они постали инсолвентним, у смислу позитивног законодавства, већ значи, да, тако радећи, иду ка сигурној својој и својих економској пропасти, и да ће доћи до просјачког штапа.“

*

Установа проглашења за расипника није нова ни у теорији ни у позитивним законодавствима. За ту прану установу знало је и римско право, као што знају и данашња модерна законодавства. У римском праву расипништво је сматрано као један знак анормалности, као појава која је била од утицаја и на правну и пословну способност дотичног лица. Још по закону од XII таблица расипнику се је могла одузети способност за предузимање правних послова и управљање имовином, и те је послове за њега вршио његов старатељ, који му је постављен и који се је звао *curator prodigi*. Стављање расипника под старатељство за-

¹⁾ Тако и г. Dr. Лазар Марковић, у објашњењу §-а 41 грађ. зак., вели: „Ко тако троши имање, да тиме доводи у опасност опстанак свој и своје породице, може се судским путем огласити за расипкућу. (В. Dr. Л. Марковић, Грађански Законик II. издање, Београд, 1921. г.)

сновано је на претпоставци душевне болести, која је противу њега постојала.¹⁾ Сматрано је да и расипник, као и душевно болесно лице, нема воље у правном смислу: *Furiosi vel eius, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est*. Одговорност *curator-a furiosi vel prodigi* била је санкционисана тужбом *actio negotiorum gestorum directa*, пошто је такав *curator* делао као *negotiorum gestor* и он је представљао расипника. Неспособност расипника разликовала се је, пак, од неспособности душевно болесног лица у томе, што његова неспособност није била потпуна, већ је била само ограничена. На пример, расипник је могао примити наслеђе (*aditio hereditatis*), и у опште вршити послове који му само користи доносе. Неспособност душевно болесног лица је природна, а неспособност расипника је вештачка, т. ј. законом установљена. Даље, код расипника нема т. зв. светлих тренутака (*lucidum intervalum*), већ је његова неспособност непрекидна: од дана стављања под старатељство, па све до дана ослобођења од старатељства.²⁾

Претор је расипнику чинио приговоре, да води своју децу бед: *liberos que tuos ad egestatem perducis*. А једини првобитни основ интердикције била је заштита породице из разлога верских и политичких.³⁾ Доцније је ова интердикција била инспирирана интересима друштвеним, т. ј. расипнику је одузимања управа са имањем и стављен је под старатељство, због тога, да он не би једног дана пао друштву на терет; и хумани, да се расипник, аналого умоболноме, узме у заштиту, да се не би из незнања оштетио.⁴⁾ Поред осталих један од разлога био је тај, да се појединцу забрани у инте-

¹⁾ A. Audibert, Essai sur l'histoire de l'interdiction et de la curatelle des prodigues en droit romain, p. 61., Paris, 1890.

²⁾ B. Georges Cornil, op. cit., p. 160.

³⁾ A. Audibert, op. cit., p. 9.

⁴⁾ Ibidem p. 14.

ресу целине да рђавом управом са својом имовином злоупотреби своје право својине: *Male enim nostro iure uti non debemus qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.*

По закону од XII таблица за расипника је сматран само онај, који расипа имовину коју је наследио *ab intestato* од оца или деда по оцу, а која се је имовина звала *bona paterna avitaeque*.¹⁾ *Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando tu bona paterna avitaeque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ab egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commecir-oque interdico.* Ову формулу саставио је римски правник *Paulus*.²⁾ Доцније, при оцени питања о проглашењу за расипника, није узиман у обзир и тај факат о пореклу имовине, која се расипа. За време класичног периода римског права није за расипника проглашаван само онај који расипа наслеђено имање, већ и онај који расипа имање лично стечено, јер се вели, да нико ни своје сопствено право не треба да злоупотреби: *Male enim nostro iure uti non debemus.*

Основ — *causa* -овога проглашења јесте онај циљ који се жели постићи, а наиме, заштита интереса дотичног лица и његове породице, а посредно и самога друштва и државе, којима би ови, евентуално, могли на терет пасти. На овај се начин, пак, расипнику одузима управа и располагање својом имовином, коју би он, остављен самом себи, упропастио. Расипник, који је судом за таквог проглашен, није више у стању да изјавама своје воље утиче на измену свога постојећег имовно-правног стања, у смислу његовог погоршања. По §§ 41. и 920. грађ. зак., судом проглашени расипници изједначени су са малолетницима, с тим, да не могу ништа пуноважно отуђити, али могу закључивати послове који им само користи доноси.

^{1.)} В. Eugene Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, 9. édition, p. 148., Paris, 1925.

^{2.)} Ibidem, p. 149,

Расипништво је једна нездрава појава у друштвеном животу, а последица је такве страсти као што је на пример: пијанство, коцка и др. Због врло велике деликатности тога питања, у пракси су ретки случајеви проглашења за расипника, ма да, на жалост, имамо пуно случајева, где би томе имало места. Јер нису, заиста, ретки случајеви да родитељи, који су од својих предака наследили врло велику имовину, оставе своје потомство без икаквих средстава за живот. И у место да имовину, коју су и сами наследили, увећану оставе своме потомству, они и сами, услед свога нерада и расипничког начина живота, у старости падају на терет својој деци, која у том случају, обично служећи другога, зарађују, с тешком муком, најпотребнија средства за живот за себе и своје грешне родитеље.

Расипници, да би оправдали своје поступке пред светом, нашли су и једну изреку, која гласи: „Ни вредном теци — ни лењом остави,“ — то јест: не треба се бринути за будућност млађих, они ће се сами умети снаћи у животу. И ма да, како се у народу каже, за грех оца нису крива деца, — тек, ипак, деца имају да се пате и да гледају за туђом имовином, што ће им још теже падати, ако знају, да је то што другом припада, некад њиховим родитељима припадало...¹⁾

Истраживање узрока појаве расипништва и њихово испитивање спада у област социологије, а проналажење начина за спречавање штетних последица те појаве припада домену права, па је такво једно средство и одузимање очинске власти,

^{1.)} Ми мислимо овде специјално на прилике у селу, где се имовина обично састоји из земљишних непокретности, тако, да се обично зна коме је када једна земља припадала. Јер купац обично купљену њиву зове по презимену продавца, Тако-ако се је продавац презивао Исаковић, купац ће купљену њиву звати нпр. „Исакуша,“ ако је Мирковић, онда „Мирковача“ и т.д.; — тако да то увек потсећа продавчево потомство на ранију својину једнога земљишта, у чему је често извор мржње овога према купцу и његовом потомству.

које се врши, као што смо напоменули, у циљу заштите интереса породице расипникове и њега самога. Расипништво, које се првенствено има осудити са гледишта морала, важна је и озбиљна појава и са економског, социјалног и правног гледишта. Јер, кад се једно лице не брине о своме личном опстанку, као и о опстанку свога потомства, оно своје потомство оставља без средстава за живот, те тако друштво добија обично за чланове бескућнике и незадовољнике, који могу постати опасним по друштвени поредак и који ће, као такви, друштву обично задавати великих брига. С тога је друштво позвано да интервенише у интересу своје сопствене заштите и заштите хармоније у односима своје средине. Расипништво је један од оних узрока који производе економске крајности и супротности у друштвеним односима, а то је оно што и држава има да сузбија. Тако је и у Уставу Краљевине С.Х.С. предвиђено да и држава има, у интересу целине, а на основу закона, право и дужност да *интервенише*¹⁾ у привредним односима грађана, у духу правде и отклањања друштвених супротности (чл. 26. Устава.) У Уставу је, као што се види, реч о интервенцији државе у привредним односима грађана у опште, али, нема сумње да се та интервенција може вршити и у имовинским (привредним) односима између родитеља и деце и у имовинским породичним односима у опште, које питање нас овде специјално интересује.

Право подношења тужбе суду за одузимање очинске власти, по § § 154. и 155. грађ. зак. припада, поред деце и мајке њихове, сродницима, старешини и другим *добрим људима*. Али ти добри људи, на које је законодавац мислио, то су без сумње суседи расипникови, а могу бити и други људи, којима је негово поступање најбоље познато; а то су баш они, који обично такав рад расипников одобравају, прижељкујући његову економску пропаст, да би на тај начин своје лично богастро уве-

(Курсив је наш.

ћали и имање своје проширили. Сродници, пак, то не чине због призрења и личних обзира према расипнику и строгости санкција;¹⁾ а прост свет то посматра са резигнацијом и једном врстом фатализма, и вели: „Рекао је Бог да тај човек пропадне, и тако мора бити.“

Један од редовних узрока расипништва јесте пијанство, које, по нашем грађанском закону, није предвиђено као основ и разлог за одузимање очинске власти, ма да су пијанице (алкохоличари) редовно били они који васпитање деце сасвим пренебрегавају и своју децу често „на зао пут живота упућују.“ Они својим поступањем обично воде своју децу не само економској, већ и моралној пропасти и нарочито дају повода и основа друштвеној интервенцији. Па како случајеви побројани у § § 154. и 155. грађ. зак. нису наведени лимитативно, већ више примера ради (*exemplis causa*), то ће суд, разуме се, по тражењу моћи донети одлуку о одузимању очинске власти и у случају ако је отац ноторна пијаница.

Алкохолизам је једна друштвена болест, као и расипништво. Те су две појаве обично у узрочној вези. Честа употреба алкохола пређе у навику, а навика временом дегенерише у страст, и „колико њих подлегне примамљивом прохтеву за све већим количинама алкохола, те на тај начин доводе себе и своју породицу до економне, физичке и моралне пропасти, и најзад постану некорисни, па и опасни чланови друштва.“²⁾

По законодавству које важи у Војводини, да се неко због пијанства стави под старатељство, потребно је да дотични услед тога занемарује своје газдинство, или да похађа крчме и пијанчи, премда се то не слаже са његовим имовинским

¹⁾ Видети: Colin et Capitant, *op. cit.* p. 469.

²⁾ Видети о томе: Dr. М. Миљковић, *Алкохолизам и злочин*, Београд, 1900.

приликама. Сам факат похађања крчме и пијанчења не даје на то право, већ се мора доказати: да лице у питању тако раскошно живи да би иначе могла наступити његова материјална пропаст.¹⁾

По швајцарском грађанском закону, који је један од најподеснијих, предвиђено је стављање под старатељство и због пијанства. Тако чл. 370 швај. грађ. закона гласи: „Под старатељство долази свако пунолетно лице, које због расипништва, *пијанства*, (курсив је наш) порочнога живота или рђавог управљања са својом имовином излаже себе или своју породицу беди, ради своје заштите, потребује сталну потпору другог или старање или који угрожава безбедност других лица.“ — Али и у швајцарском грађанском законикунема ближе дефиниције појма расипништва, већ је судовима остављена неограничена слобода оцене у сваком појављеном случају. На против аустријски грађански законик садржи опширнију одредбу о расипништву у своме § 273. који гласи:.. „За распикућу пак мора суд огласити онога, за кога се по учињеној достави и по извршеном истраживању односно тога јасно покаже, да он своје имање непромишљено расипа, и да ће он или његова породица пасти у невољу, услед позајмица, учињених из обести или под тешким условима. У оба случаја мора се судско оглашење јавно обзнанити.“²⁾ —

Тумачећи наведени законски пропис Рушнов вели: „Није дакле довољно да тко буде разметником, ако више троши него му то допуштају његови доходци, нити да се његовим начином живљења сама његова имовина све више умањује, нити ако се једанпут упусти у какво лакоумно подузеће, или једанпут контрахира зајам под штетним увјетом,

^{1.)} В. Др. Раја Протић и Др. Александар Јасенски, Приватно право у Војводини, стр. 118., Сомбор, 1922.

^{2.)} В. Др. Драг. Аранђеловић, Аустријски Грађански Законик, II. изд., Београд, 1921..

већ мора да поступа постојано нерасудно са својом имовином, дакле подузме више таквих чина из којих се јасно испоставља, да је роб својих страсти, односно да ради своје лакоумности подлеже притиску других; а да овакав његов поступак да устраје даље, мора имати за последицу да ће он или његова обитељ, за коју скрбити има, пострадали.“

У Француском праву консакриран је за расипништво један простији систем. Расипник се не ставља под старатељство, већ му се судом поставља један савет (*le conseil judiciaire*), чија му је правна помоћ (*assistance*) потребна за свршавање неколико најважнијих правних послова, предвиђених чл. 513. *Code Civil-a*. Тако, расипник без одобрења тога савета неће моћи: водити спорове, равнати се, узимати на зајам, примати исплате и давати квите и признанице, отуђивати и оптеретити своја добра хипотеком.

Правни значај проглашења за расипника састоји се, дакле, у томе што расипник услед тога трпи извесна правна ограничења, и то не само у пословној, већ и у правној способности у ужем смислу, то јест способности бити субјектом права и обавеза, јер расипник не може бити субјект извесних права. Расипник трпи, дакле, један *capitis deminutio*. Тако нпр. расипник не може бити тутор нити старатељ, губи, привремено, и бирачко право, активно и пасивно (чл. 71. Устава С.Х.С.), не може бити вештак, избрани судија и т. д.¹⁾ Али, као пуномоћник неког трећег лица, могао би пуноважно обављати све послове за које је овлашћен, све, дакле и оне, који би били рушљиви да их је за себе лично предузео (§ 612. грађ. зак.), и т. д.

Но најважнија последица акта проглашења јесте та, што се расипнику, када за таквог буде

^{1.)} Реч је о расипнику који је, као такав, стављен под старатељство

проглашен, одузима управа и располагање његовом имовином, и што му се, — што нас овде нарочито интересује, — може због тога одузети очинска власт. Даље расипник је у праву располагања својом имовином ограничен не само у погледу располагања пословима међу живима, *inter vivos*, већ и у погледу располагања на случај смрти, *mortis causa*.

Тако по § 427. грађ. зак. распикуће не могу правити завештања, и ако начине, нема силе ни важности. По аустријском грађ. закону распикућа може последњом вољом располагати само о половини свога имања; а друга половина припада законским наследницима. А по француском и швајцарском грађ. закону никаква ограничења у томе погледу не постоје.

Проглашени распикућа ослободиће се од старатељства, пошто се старатељски судија, који је за то надлежан, по саслушању сродника распикуће, увери о томе да се је он заиста поправио — чл. 145. зак. о старатељству. Одлука о скидању старатељства мора се објавити преко „Службених Новина“.

Дакле, за доношење одлуке о стављању под старатељство због расипништва, надлежан је првостепени суд (у колегијуму), који по пријему тужбе и оцени њене умесности, а у смислу ст. II. чл. 144. зак. о старатељству, претходно упућује писмо старатељском судији да туженоме постави привременог старатеља и о постављању истог извести суд, који потом поступа даље по закону, с тим да о својој дефинитивној одлуци извештава опет старатељског судију. А за доношење одлуке и скидању старатељства над распикућом надлежан је старатељски судија. — По чл. 437. швај. грађ. законика за доношење одлуке о скидању старатељства тражи се да се је расипник бар једну годину дана беспрекорно владао и да тако даје гаранцију да више не постоје узроци, који су његову интердикцију изазвали.

По § 154. грађ. зак. суд није дужан да по службеној дужности пише старатељском судији да се од расипника власт родитељска над децом одузме, јер законодавац вели: „може се.“ и т. д., а не да је суд дужан то учинити, као што је то у случају осуде на робију или заточење у смислу § 17. каз. зак. и чл. 154. зак. о старатељству. — Али то суд сам обично чини.

Послови које је расипник закључио, за време док је био под старатељством, могу се поништити изјавом преко „Службених Новина“, а у року за 14 дана од дана скидања старатељства, то јест од дана повраћене му пасловне способности; и на тај се начин добија повраћај у пређашње стање (*in integrum restitutio*) по § 921. грађ. зак., који то право даје малолетницима, па се даље вели: „Ово се разумева и о забрани сопственим имањем руковати.“ А што се несумњиво односи и на расипнике.

§ 10. Теоријско оправдање установе проглашења за расипника.

У теорији постоје разна и једна другима супротна мишљења о свој установи. Економисти су у главном противни стављању под старатељство и одузимању права управљања и располагања са својом имовином због расипништва, јер тврде: да расипништво није противно друштвеним интересима, већ да се на тај начин, веле, на против фаворизира размена и циркулација добара; те тако држава нема интереса да расипнике ставља под старатељство, пошто се њиховим расипањем не смањује количина националног богатства, већ се дејство расипањао граничава само на потстицање размене добара.

Али заступници противног мишљења пребацују економистима, да они, при таквим посматрањима ове појаве, губе из вида моралне дужности и интересе појединаца, навикнути, као што су, да не сма-

трају човека друкчије, већ само као једног произвођача добра.¹⁾ Пре свега, веле ови други, морају се имати у виду интереси породице, а нарочито интереси потомства, које зацело има право да му се сачува имовина, коју је и сам дотични предак најчешће наследио од својих предака; а друго, старање о јавном моралу захтева, да бића, неспособна да се сама одупру својим страстима, буду заштићена од трећих лица, која би их, злоупотребљавајући њихову слабост, упропастила својим непоштенним операцијама.²⁾

Неки критикују ову установу са разлога што је, веле, расипништво по природи својој таква једна појава, да ју је тешко дефинисати; што даје повода доношењу арбитрарних одлука; и што то, веле, представља једно ограничење личне слободе, као и права слободног располагања са својом имовином. Други на супрот томе истичу: да расипништво представља злоупотребу права и да се, као такво, има спречавати. Јер се, веле, не може сопственику дозволити да својим правом располаже на један противу-социјалан начин, по оној изреци римскога права, коју смо споменули: *Male enim iure nostro uti non debemus*.

Тако Рушнов, излажући своје мишљење о томе да ли се актом стављања под старатељство због расипништва ограничава индивидуална слобода или не, вели: „Тиме се не вређају права самосвојне особе, да може поступати по вољи са својом влашћу, јер задаћа је законодавства, не само сходним прописана омогућавати, да може сваки слободно вршити своје право, већ и предусрести законским установама, да се извршењем сопственога права не вређају и туђа права; недвојбено пак вређа горенаведеним поступком онај, који нера-

судно размеће своју имовину, права трећих, ако пак има обитељ вређа права исте; а ако је не има, вређа право оних, којима ако таква особа осиромаша пада на терет.¹⁾ Расипништво је, дакле, штетна друштвена појава, која се ничим не може оправдати, а расипник на тај начин вређа правне интересе своје породице и угрожава интересе државе и друштва, — и у томе друштво и држава налазе основа за интервенцију, која је сасвим оправдана. У толико пре, јер расипништво утиче деструктивно на породични живот у опште.

§ 11. О заштити деце из ранијег брака.

Када је реч о заштити деце из ранијег брака, мисли се специјално на заштиту њихову од отуђења имовине у корист другог брачног друга њиховог родитеља, који је ступио у нови брак, пошто је ранији престао услед развода или смрти. Прве мере заштите деце из ранијег (првог) брака спадају још у римско право. Једном конституцијом од 382. год., (*S. C. de Secundis Nuptiis*) познатом под именом: „*Lex Feminae que*“, забрањивано је женама, које би се преудале, а које су имале деце из првог брака, да ма шта отуђе од онога имања што су добиле од првог мужа, ма по ком основу, и наређивано им је да сачувају целокупност те имовине и да је предаду у целини деци из њиховог ранијег брака.²⁾ Доцније је та конституција примењивана и према *pater familias*-у, који би се понова оженио.

Друга једна конституција, издата у 469. години, наређује, да лице које понова ступи у брак, а има деце из ранијег брака, не може ништа поклонити, нити тестирати, на штету деце из првог брака. Ове диспозиције римског права примљене су

¹⁾ Видети о томе: Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 603; Planiol, *op. cit.*, t. I, p. 568., No. 2113. и 2114.

²⁾ B. Colin et Capitant, *ibidem*, p. 603.

¹⁾ B. Рушнов, *op. cit.* стр. 342.

²⁾ B. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III., p. 743.

доцније и у француском праву. Франсоа II издао један едикт, применљив на целу Француску, и познат под именом: „*Edit des secondes nocces*“, а који је садржао одредбе сличне одредбама римског права, којима је ограничавано право родитеља да поклонима, учињеним другом брачном другу, окрње интересе деце из ранијег брака. Тај едикт издат је поводом једног скандала, проузрокованог удајом неке богате удовице, мајке седморо деце, за неког младића, коме је она била учинила један значајан поклон.¹⁾

Увек има места бојазни, веле Colin и Capitant, да ће други супруг, немајући никаквог осећаја љубави према деци свога брачног друга, из његовог ранијег брака, *злоупотребити свој утицај на њега*, да би себи користили на штету оне деце; и, продужују даље ови аутори, редактори *Code Civil*-а мудро су поступили репродукујући ограничење слободе располагања, што је искуство ранијих векова консакрирало²⁾.

Заиста, извесне мере предострожности, које је франц. законодавац предвидео, у циљу заштите интереса деце из ранијег брака (тј. *les enfants du premier lit*), ако је се отац поново оженио или се мати преудала, по нашем мишљењу сасвим су оправдане, као што је била оправдана и бојазан законодавчева, која му је инспирисала доношење ивих прописа, да ће родитељи, подлежавши утицају свога супруга из каснијег брака, често доводити у питање интересе своје деце из ранијег брака. Јер, оштећење дечијих интереса и злоупотреба родитељских имовинских права, нарочито су могући у овоме случају, и тада баш долази до сврга потпуног изражаја потреба, о којој смо ми раније говорили, да се родитељска имовинска права ограниче на тај начин, што би се деци, у интересу пра-

вичности, признало право, да после навршене 15 године живота прибављају за себе, а не за своје родитеље, односно за свога оца, и ако живе са оцем у заједници, с тим, да родитељи имају право управљања и уживања над том имовином до децјег пунолетства; као што то право родитељи имају на пример, по франском грађ. закону (чл. 384.). У најмању руку, требало би деци признати право, да за себе прибављају бар оно што после навршеног пунолетства под *родитељским управљањем*, дакле живећи заједно са својим родитељима, прибаве, на шта они, по нашем грађанском закону, — или бар према томе како се у нашој данашњој јуриспруденцији тумачи пропис §-а 121. грађ. зак., — немају право.

Иначе, овако, под утицајем жене из каснијег брака, односно маћехе, како то обично бива, отац ће често оделити своје синове из ранијег брака, давши им колико хоће и шта хоће, а продужиће заједнички живот са синовима из новијег брака, којима ће обично већи и бољи део оставити. Јер, претпостављајући да је отац искључиви господар целога имања, размер деобе зависиће од његове воље. Или ће, пак, синови, видевши шта им се спрема, обично и сами затражити деобу и тако бити принуђени да теку све изнова, пошто су, у заједници са оцем, утрошили цвет своје снаге. А и само њихово право на деобу имовине *de iure* не постоји, ако се узме да је отац господар целокупне имовине, а да деца ван очевог управљања нису ништа прибавила. Говорећи о томе, у своме већ наведеном делу, а на страни 86. Алекса С. Јовановић, каже: „Уз претпоставку да је отац искључиви господар имања, деоба је неостварљива ако је он не одобри; а у сваком случају и размер деобе зависи од његове воље. Зато важи питање: да ли по грађанском закону може бити речи и у овом случају о ограничењу родитељске власти.“

1.) Ibidem p. 743. et suiv.

2.) Ibidem p. 744,

И бива то, заиста, да најстарији, који је највише заслужио, најгоре прође. А у овоме факту лежи и један од честих узрока деобе задруге и мржње и непоштовање оца од стране синова. Нерасположени што виде долазак новог равноправног ортака, који је то постао самим фактом рођења, без икакве личне заслуге и труда, који им је заиста по закону брат, али према коме они обично никакве симпатије не осећају, већ на против виде у њему једну врсту отмичара, — старији синови обично ће се одавати пијанству и коцки и порочном животу у опште, — а нису ретки случајеви где су синови убили или покушали убити оца, да би га спречили да не ступи у нови брак и да рађањем деце не смањи њихов део у наслеђу. Као што је случај и када је отац на пр. расипник или у опште рђавог карактера. (Разуме се да су ово све породичне тајне, које обично не излазе на јавност). Зато мислимо да би законодавац овакву једну ситуацију требао имати у виду.¹⁾

Наш грађански законик нема никаквих одредаба, по којима би се права родитеља, који ступе у други брак, према њиховој деци разликовала од права која родитељи иначе имају. По француском грађанском законнику учињено је пак извесно разликовање. Тако по чл. 376. Code Civil-а отац има, као што смо раније навели, право тражити од суда затварање једног свог детета, што ће му председник суда одобрити, на прост његов захтев, ако је дете млађе од 16 година, а ако је старије од 16 година, онда треба да се обрати уредно молбом, по којој има да решава и државно тужништво. Али ако затварање свога детета из ранијег брака тражи отац, који се понова оженио, онда

¹⁾ „Други брак, веле Rossel и Mentha, оца или мајке, може имати неповољних последица по децу из првог брака, нарочито када та деца имају личне имовине.“ (Видети: Virgile Rossel et F. H. Mentha, Manuel de droit civil suisse, tome premier, Lausanne (Payot et Cie), p. 357.

му се неће дозволити на прост захтев, већ ће он морати уредно поднети молбу, па ма дете, чије се затварање тражи, било млађе од 16 година — (чл. 380.) — И даље у чл. 1098. Code Civil-а говори се о ограничењу очевог права да поклоном међу живима окрњи права деце из првог брака.

По српском грађанском законнику постоји само једна мера предострожности, предвиђена у тач. 10. чл. 21. зак. о старатељству, по коме пропису не може бити старатељ ни помоћни старатељ „очух својим пасторцима.“ То што важи за очуха без сумње важи и за маћеху, јер по т. з. чл. 21. зак. о старатељству од женскиња само мајка може бити старатељ својој деци. А маћеха није мајка.

ОДЕЉАК III.

О државној интервенцији у ванбрачним породичним односима и у опште о породично-правном положају ванбрачне деце.

Као што смо већ једном напоменули, наш грађански законик разликује децу на брачну, ванбрачну и усвојену, и према томе им је одредио и њихов положај према родитељима и узајамна права и дужности. До сада смо у главном говорили о правима и дужностима и у опште о правним односима између брачне деце и брачних родитеља, и о регулисању тих односа како јесте по закону и како би требало да буде. Брачна деца и чине највећи, огроман део, деце, она су правило, а усвојена и ванбрачна деца су само изузетак од тога правила. Према томе, ми смо о правилу говорили и сада је на реду да говоримо о томе изузетку, а на име о правним односима и правима и дужностима усвојене и ванбрачне деце с једне, и родитеља по усвојењу и ванбрачних, с друге стране. Али се ми с обзиром на нашу тему и на нашу замисао, не можемо упуштати у детаљно испитивање свих правних односа ванбрачне деце према ванбрачним родитељима, анализирајући посебно сва њихова узајамна права и дужности — јер би нас то одвело можда преко граница нашег задатка; пошто ми посматрамо породичне односе у опште, ма какве природе они били, са једнога нарочитог гледишта, — наиме са овога: да ли је оправдано, а нарочито да ли је, и у колико, целисходно, државно мешање у породичним односима и њихово принудно регули-

сање, и колико далеко може држава ићи у томе мешању. Другим речима, у којој мери може држава ограничити права родитељска и мужсва, а нарочито родитељска, а да тиме не нашкоди мирном и правилном развиту породичног живота, већ на против, да тај живот потстакне и да га учини чвршћим и напреднијим.

Када је законодавац као што смо видели поделио децу на три разне врсте: на брачну, ванбрачну и усвојену, ми, пре свега, треба да расправимо питање о томе: у чему лежи интерес те деобе, и на основу кога се критеријума иста изводи. Другим речима, ми имамо да утврдимо, шта је основ томе разликовању и какав је његов значај.

Ту нам се, пак, појављује питање о пореклу деце, које да бисмо утврдили потребно је да знамо ко су њихови родитељи. И тако ми улазимо у решење једнога правнога проблема, који је познат под именом питања о утврђивању брачности деце, или како се то обично каже о утврђивању очинства и материнства. — Те ћемо ми у одељку о ванбрачним породичним односима у главном о томе истраживању и освјетити, осврћући се узгредно и у кратко и на расправу односа између ванбрачне деце и ванбрачних родитеља и њихових респективних права и дужности.

*

О усвојеној деци и њиховим правима, не бисмо имали ништа нарочито да кажемо, сем тога, да би родитељско право, да усвојењем окрње законски део своје брачне деце, требало ограничити, или боље требало би им одузети право да могу усвојити, ако већ имају брачне деце, нарочито мушке. Јер је усвојење један акт законодавца, којим је он подражавајући природи, омогућио појединцима стицање грађанског у недостатку природног потомства: *Adoptio naturam imitatur*. Тако по француском праву може усвојити само лице које у моменту усвојења нема ни деце нити законом потомства (art 344.). А тако је и по аустријском грађ. законику (§ 179.).

§ 12. О истраживању очинства и материнства ванбрачне деце.

Значај и важност питања о истраживању ванбрачног очинства и материнства састоји се у томе, што по закону ванбрачна деца нису изједначена у правима са брачном *resp.* законитом децом, већ је положај брачне деце повољнији.

Ово питање има своју историју. Налазећи се у стању перманентне еволуције, оно је увек актуелно, али се још незна сасвим поуздано у коме ће правцу коначно еволуирати. И у теорији и у пракси, па и у законодавствима, ломе се, тако рећи, копља око тога факта: које је од два јасно изражена супротна гледишта, по овоме питању, целисходније, с обзиром на савремене прилике, које је дакле савременије, али се је до данас готово остало у равнотежи; тако да се једва примећује постепена победа *принципа либералног*, по коме је истраживање очинства дозвољено, над *принципом забране истраживања очинства*, т.ј. *принципом прохибиције*. И данас постоје врло јаки аргументи и за једно и за друго гледиште и њихове присталице труде се да прикажу онај принцип кога се држе, као једино савремен и целисходан, и са гледишта државних и друштвених интереса једино користан.

И заиста и јесте тешко донети свој суд о томе. Јер ценећи целисходност и савременост ових двају речених принципа, према њиховој примени у законодавству, види се, да су и један и други час били одбацивани, час усвајани у законодавствима, те тако оно што је јуче било целисходно данас се одбацује и обратно. Државни интерес по томе питању је цењен разнолико. Час је налажено да држава има, а час пак да нема, интереса да се истражује ко је отац ванбрачног детета. Тако би се данас према једном гледишту као сасвим савремен и са гледишта интереса државних целисходан, могао сма-

трати првобитни текст § 130. грађ. зак., пре његове измене од 1868. год., када је донето ново правило, — а који је § гласио: „Ко је отац детињи, има право мати доказивати и сваки онај кога се тиче истраживати,“ — јер је либералнији. Међутим тај је пропис још 1868. године сматран као несавремен и нецелисходан, и замењен је новим, по коме се истраживање очинства забрањује у опште, а изузетно је само дозвољено истраживање у случају силовања (§ 191. крив. зак.) или одвођења (§ § 188. и 189. истог закона) и то ако се време одвођења и силовања подудара са временом зачећа.

Дакле, наш законодавац од 1844. год. налазио је да држава и друштво имају интереса да се истражује отац ванбрачном детету; а законодавац од 1868. године нашао је, на против, да држава тога интереса нема, и усвојио је принцип потпуне неинтервенције, у колико само актом очинства нису повређени наведени прописи кривичнога законика.

Питање о томе ко је отац једнога детета, појављује се обично само у случају рођења ван брака, и на децу рођену ван брачне заједнице у главном се то питање обично и односи, кад год је о њему реч, — а у погледу деце рођене у браку постоји позната претпоставка: *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, т.ј. муж мајчин сматра се увек за оца детињег, докле се год противно не би доказало. А противно доказивање је дозвољено. Тако по § 114. грађ. зак., отац се може одрећи детета рођеног у браку, коме он оспорава очинство, само „ако јасно докаже, да за време законом одређеног рока од 180 и 300 дана није му могуће било телесно сношење са супругом својом имати.“

У првобитном римском праву сам факат очинства био је у опште правно ирелевантан. Утврђено очинство, само по себи, није давало никаква права ванбрачном детету. Дете није улазило у породицу свога оца рођењем, већ једним накнадним актом, који је зависио од воље очеве. Од оца је зависило, да ли ће дете признати за своје или ће га

се одрећи. Породица римска била је у прво време заједница заснована на јединству вере, а не на јединству крви, и она је имала свој домаћи култ, који је прелазео од оца на сина, и само је син кога отац за брачног призна могао тај култ породице наставити и чувати кућно огњиште (*rla familias*).

Акт тај вршен је на неколико дана по рођењу, и од прилике одговара данашњем акту крштења, којим се улази у верску заједницу. Ако отац дете, које се том приликом стави пред њега, узме и подигне (*liberum tolere — suscipere*) то значи да га је признао, не узме ли га, значи да га се одриче — (*liberum repudiare — negare*). Затим је следовала свечаност, т. зв. *lustratio*, којом се је дете уводило у породицу очеву. Како ће пак у дотичним и у другим случајевима поступити према своме детету, отац је обично консултовао мишљење и тражио савет од својих ближњих, суседа и пријатеља (*consilium propinquorum vel amicorum*), а често је и био дужан тако учинити.¹⁾

Према таквом стању ствари питање о истраживању очинства није тада ни имало свој *raison d'être*. Сродство коме је основ у заједници крви, природно, крвно сродство (*cognatio*) није било извор права и обавеза, већ је било правно индиферентан факат. Важило је само сродство по *ius civile*, грађанско сродство, чији је извор била очева *patria potestas*, а извор ове биле су: *iustae nuptiae*, адопција и легитимација. Отац је могао, али није морао, подарити извесна права своме крвном детету, — па ма да је патернитет био и стварно доказан. То су све биле логичне и природне последице већ познате нам неограничене власти римског *pater familias*-а над својом децом. — Јустинијан је пак доцније, постављајући ограничења родитељској власти у опште, укинуо ову разлику сродства, и признао је само оно сродство коме је основа у заједници крви.

^{1.)} Видети о томе: Georges Cornil, op. cit., p. 21. et suiv

На супрот овоме своме поповољном правном положају према оцу, ванбрачно дете према својој мајци имало је иста права као и брачно. А то с тога, што је материнство једна очигледна, фактичка, чињеница, коју је лако констатовати и утврдити, а очинство је тешко, па готово и немогуће утврдити, услед његове мистериозности. *Mater semper certa est si vulgo conceperit; pater vero is est quem nuptiae demonstrant*. Те отуда следују природно неизбежне и логичне последице, да је дете првенствено везано за мајку.

Питање о истраживању ванбрачног очинства добило је нарочите важности тек са појавом хришћанства, које је тежило да се ванбрачни саобраћај у опште искорени. И од тада рођење ван брака сматрано је као нечасно. По канонском праву поштена девојка имала је право да тражи од свога заводника, или да се овај њоме ожени или да јој накнади штету, односно да јој даде мираз за удају. То је позната тужба канонског права: *Actio duc aut dota*.

У историји права у опште судбина ванбрачне деце била је променљива. Као што смо рекли раније, истраживање очинства час је забрањивано, а час је дозвољавано, — али у главном, правни положај ванбрачне деце према својим родитељима није био завидан. Ванбрачна деца су обично имала само право издржавања према пронађеном оцу, али нису улазила у породицу његову, нити су према њему имала каквих наследних права. Тако је било од прилике све до француске револуције. Француска револуција са својим принципима: слободе, једнакости и братства донела је нове погледе на положај индивидуе у друштву, породици и држави. Очинска и мужевљева власт знатно су ослабиле, а и државној власти су постављене границе, — једном речју индивидуа се ослобођава. Идеје Револуције биле су: апсолутна правда, интегрална

једнакост и повратак закону природе. Творци и вође револуције имали су амбицију да успоставе једно ново друштво, засновано на принципима рационализма, који значе негирање традиција. Сви се људи рађају једнаки у праву, прокламовале су вође револуције, и трудили су се да ту једнакост спроведу до крајњих граница могућности.¹⁾

Ванбрачна деца у револуционарном законодавству изједначена су у свима правима са брачним. Она улазе и у породицу својих ванбрачних родитеља, са свима правима брачне деце, у личним и имовинском погледу. Према томе, дакле, брак није био једини извор породице.

То је пак све важило за ванбрачну децу, када је њихово очинство несумњиво утврђено. Али само истраживање очинства јако је било отежано, — и то баш у интересу индивидуалне слободе, да би се избегло њено ограничење и злоупотребе.

У модерним законодавствима питање које нас овде интересује разнолико је решено. Али према начину решења овога питања и идејама, којима су се поједини законодавци руководили при томе решавању, сва модерна законодавства можемо, у главном, поделити на две групе. Једној групи припадају народи латинског племена и цивилизације, а другој народи германског, — подразумевајући у тим групама и народе, чије је законодавство у ствари рецепција законодавства једне од ових двеју група.

По законодавствима прве групе, то јест латинске, истраживање је очинства у принципу забрањено, али ако се очинство утврди, дете стиче не само имовинска, већ и статусна права; н.пр. право на име, на положај очев, — или како се то на француски каже: *l'enfant suit la condition du père*. У ову групу долазе, између осталих, Француска, Бел-

¹⁾ Видети о овоме питању капитално дело: Henry Lhossied, *Etude sur la recherche de la paternité en droit comparé*, страна 91., Paris, 1914.

гија, Италија, Румунија и др. Ма да се, до душе, и законодавства ових држава у многоструком разликују, она ипак чине групу за себе.

По другој групи законодавства, то јест германској, истраживање очинства је дозвољено; али се ванбрачно дете никад не изједначује у правном положају са брачним, већ је тужба више материјалног, новчаног карактера (*du caractère pecuniaire*). — Што је важно у овој групи право на тужбу *en paternité* припада и деци из прељубочинства и родоскврњења (тзв. *enfants adultérins et enfants incestueux*). Ова деца, пак, могу тужбом стећи само право на издржавање и ништа више. У ову групу долазе: Немачка, Аустрија, Шведска, Норвешка, Данска и др. У овим земљама готово никад истраживање очинства ванбрачне деце није било забрањено и важио је увек, више мање, либерални принцип. Тамо је донекле и данас, нарочито у Норвешкој, задржано познато правило: *virgini creditur*, по коме постоји претпоставка, да је отац детињи онај, кога је за таквог мајка показала.

Швајцарска, међутим, по своме законодавству чини, у ствари, групу за себе. Јер по швајц. законодавству тужба о којој расправљамо, час је чисто новчаног, а час мешовитог: новчаног и статусног карактера. У Швајцарској се је водила борба између утицаја германског и романског (латинског), између принципа слободног истраживања очинства и принципа забране тога истраживања. И до унификације грађанског права, која је извршена доношењем садањег закона од 10. децембра 1907. који је ступио на снагу 1. јануара 1912. године, постојала су разна контрадикторна решења овога питања у појединим кантонима.

По швајцарском грађанском законнику тужба ова има час новчани карактер, и њоме се циља на новчану осуду оца у корист ванбрачне мајке или детета, — односно на давање алиментације, — а

час је та тужба личног, статусног карактера, и њом се циља осим тога и на само утврђивање очинства, као таквог, са последицама статусним (чл. 309). Тужба ова специјално је статусног, личног, карактера у случајевима изрично предвиђеним законом. Ти су случајеви: ако се заводник послужио обећањем женидбе, ако је противу мајке извршен злочин или је ванбрачни отац своју власт према њој злоупотребио (чл. 323. ал. I). Али ако је тужени у времену акта очинства био ожењен, он не може никада бити оглашен за оца (чл. 323. ал. II). Овде је законодавац интересе законите породице очеве претпоставио интересима ванбрачног детета.¹⁾ Тужба се такође одбацује ако је мајка била рђавог владања (*dans l'inconduite, Unzüchtige Lebenswandel*). Овај законски пропис заснован је на оном моралном бачелу, да се нико својим непоштењем не може користити: *Nemo audiat turpitudinem allegans*.

Швајцарским грађанским законом санкционисан је и принцип матернитета и принцип патернитета. Тако, деца чије очинство није утврђено и која остају код мајке, носе материно породично име, стичу њено право грађанства и имају, како према мајци, тако и према њеним сродницима, сва права и дужности, која потичу из законитог рођења. Дужности материне су исте као да је дете законито, а може јој бити поверена и очинска власт (чл. 324). Иста оваква права има ванбрачно дете и према своме оцу, ако га је отац признао за своје или је судском пре судом за оца оглашен (чл. 325.).

На овај су начин помирена два супротна гледишта у једном синтетичном решењу.

Швајцарски законодавац, вели *L'hospied*, кон-сакрирајући принципе модерног права, водио је рачуна, у колико је могуће, и о локалним обича-

^{1.)} Видети: Rossel et Mentha, op. cit., p. 384.

јима, којих се становништво нарочито држи, — и у томе је доста успео.¹⁾

Дакле, и у швајцарском законодавству тужба *en paternité* јесте по правилу новчаног, алиментационог карактера, а само је изузетно, и то у случајевима изрично законом предвиђеним, у правом смислу тужба за утврђивање очинства са статусним дејством²⁾. Важно је ово, да по швајц. грађанском закону, ако се очинство тужбом истражује само ради тога, да би се детету обезбедило издржавање, ако је дакле она управљена на прибављање алиментације, онда је утврђивање, у главном олакшано, али ако се тужбом првенствено жељи постићи улазак детета у породицу пронађеног оца, са свима последицама које отуда следе, онда је истраживање очинства отежано и траже се нарочити докази.

Критеријум за поделу тужаба и оцену њихове правне природе јесте већа или мања доказна вредност поднетих доказа. На име, ако постоји убеђење суда, да је онај кога је мајка за оца показала, несумњиви отац детињи, онда се утврђеном очинству дају најшира дејства; иначе, ако је очинство доведено само до велике вероватноће, онда су последице судске одлуке ограничене.

И Савињи је правио слично разликовање. Он је, на име, установио три ступња извесности у доказивању очинства, и то: потпуна извесност (*Gewissheit*), вероватноћа (*Wahrscheinlichkeit* и проста могућност (*Möglichkeit*).

За успех тужбе *en paternité* обично треба да се утврди: 1) Постојање односа између означеног оца и матере детиње и 2) Узрочна веза између трудноће и тих односа, т.ј. треба да је дете зачето

^{1.)} Видети о томе одлично дело овога француског аутора, које смо већ навели и у коме смо ми нашли најбољих података по овоме питању.

^{2.)} Тако и Rossel et Mentha, op. cit., t. I., p. 374.

баш у тим односима. Но од тужиоца, — који је у овоме случају ванбрачно дете, мајка детиња или које друго на тужбу овлашћено лице, — не тражи се и утврђивање те узрочности. Она се претпоставља, јер се као физиолошки факат готово и не може утврдити. А на тој немогућности утврђивања баш се по германском систему и заснива разлика у положају између брачног и ванбрачног детета.

Дете рођено у браку има за себе претпоставку „*Pater is*“, у целости, и ко би противно тврдио имао би, по принципу: *Actori incumbit probatio* и да докаже, и да доказима противним тој претпоставци исту обори. — Дете, пак, рођено ван брака, налази се у несумњиво тежој улози, у улози тужиоца. Оно има презумпцију ванбрачности противу себе и дужно ју је обарати. Али се и од њега не тражи, да баш стварно утврди своје очинство, већ се очинство претпоставља, само кад је утврђено несумњиво постојање животних односа између мајке и ванбрачног оца. Та је претпоставка *praesumptio iuris tantum* и лице које је за оца показано има исту да обара. Ово није претпоставка *iuris et de iure*, па да би противно њој било забрањено доказивати: *Praesumptio iuris et de iure contrariam probationem non admittens*.

Тако, дакле, ту разликујемо два факта: 1) Постојање полних односа и 2) Узрочну везу између тих односа и зачећа. Код брачне деце по закону се претпостављају оба ова факта, а код ванбрачне узрочна веза између сексуалних односа и концепције претпоставља се тек пошто је први факат, т.ј. постојање односа, потпуно утврђен.

Но при свем том, очинство остаје једна мистерија, и тешко је, ако не готово и немогуће, доћи до материјалне истине. Те као једино средство остаје оперисање са претпоставкама, добивеним на основу позитивним наукама утврђене чињенице, т.ј. времена од концепције до рођења, и његовог нужног минимума и максимума. То време, пак, остаје

исто и данас као и у доба Римљана, како га је утврдио славни римски лекар Хипократ, од 180 до 300 дана. Једино у томе чини изузетак немачки грађански законик од 1897. године, који као максимум усваја 302 дана, и по коме за оца ванбрачног детета сматра се онај, који је са матером детињим стајао у полним односима за време зачећа детета, осим ако је у току истог времена и ко други био са њом у тим односима. Али се ипак не узима у обзир онај однос, из кога је, према околностима очевидно немогуће да је мати дете зачала. Као време зачећа сматра се време од 180. до 302. дана од дана рођења детета, рачунајући 180. и 302. дан. (§1717).¹⁾

По аустријском грађанском законуку, за кога буде доказано начином одређеним у судском поступку, да је са мајком детињом имао телеснога сношаја за време од кога до њенога порођаја није прошло мање од 180 нити више од 300 дана, или ко ово призна, па ма и ван суда, о томе се држи да је мати с њиме дете зачала (§ 163.)²⁾

Лицу противу кога је управљена тужба *en paternité*, према позитивним законодавствима, стоје на расположењу разна средства за одбијање тужбених навода. Једно такво средство јесте и приговор „*Exceptio qurium constupratorum* — *Der Mehrerer*, који је усвојен у немачком грађанском законуку, а који се састоји у томе: што тужени изјављује, да је, поред њега, мајка детиња, у времену зачећа, стајала у сексуалним односима са неколицином, те да је, према томе, очинство неизвесно, пошто постоји *turbatio sanguinis*. Тај приговор тужени мора и доказати по принципу: *Reus in excipiendo fit actor*.

1.) Видети о томе опширније у исцрпној расправи г. Др. Нинка Перића: „Правни положај ванбрачне деце по немачком грађанском законуку“; Скупљени правни чланци и расправе, стр. 37, Београд. 1921.

2.) В. Др. Драгољуб Аранђеловћ, Аустријски грађански законик, превод, II. издање, Београд 1921, стр. 44.

Осим тога туженоме стоји на расположењу и приговор физичке немогућности полног општења, приговор неверства мајке или приговор њеног рђавог владања у опште, и т. д.

По Рушнову у аустријском праву није дозвољен приговор, *exceptio plurium*, јер, вели Рушнов, да се тај приговор допушта била би последица та, да би се сваки онај, који је са мајком незаконитог детета полно општио, радо послужио тим приговором, те би се тако сваки постарао ослободити испуњења дужности, коју закон налаже незаконитом оцу; а тиме би се, продужује даље Рушнов, осујетила сврха коју је очито закон имао пред очима, узаконив установу § 163. о. г.з. наиме, да зајамчи незакониту детету издржавање.¹⁾

Најобичније средство, којим се заводници служе за постигнуће циља, јесте обећање женидбе. И зато, у томе случају, и она законодавства, која иначе забрањују истраживање очинства, то истраживање изузетно дозвољавају.²⁾

По систему германском тежи се што широј интервенцији друштва и државе у прив. односима грађана у опште, а специјално у породичним. Ту се истраживање очинства сматра као једна социјална установа, која аутоматски треба да дејствује приликом сваког рођења ванбрачног детета.

На против, у земљама латинског система појединцима је остављена најпотпунија иницијатива у решавању о опортунитету истраживања. Интервенција државне власти у тим земљама сматра се као ограничење личне слободе и независности, те је народ противан тој интервенцији. Стога и јесу релативно ретки случајеви истраживања очинства у тим земљама.³⁾

¹⁾ В. Рушнов, *op. cit.*, стр. 263.

²⁾ Lhospied, *op. cit.*, р. 171.

³⁾ Lhospied *op. cit.*, р. 97.

Треба при томе приметити: да, што је већа интервенција државне власти, у толико је положај ванбрачне деце повољнији. Јер држава, примајући на себе евентуални терет издржавања ванбрачног детета, има интереса да пронађе оца, те да би он подносио терете своје одговорности.

Најгори положај ванбрачне деце јесте по енглеском праву, где ванбрачно дете не улази ни у очеву ни у материну породицу. Оно је *filius nullius, Vaterlos* ван и једне породице. Легитимација ванбрачне деце накнадним браком њихових ванбрачних родитеља (*per matrimonium subsequens*) у енглеској није могућа, већ је за то потребан особени акт парламента.

§ 13. Француски закон од 16. новембра 1912. год.

Још одмах после ступања у живот *Code Civil*-а у Француској су се чуле оштре критике његовог члана 340, који је садржао познати пропис о забрани истраживања очинства: *La recherche de la paternité est interdite*, — али је, услед сталног противљења сената, који није био наклоњен овој реформи, укидању тога законског прописа, или боље његовој модификацији, приступљено тек 16. новембра 1912. године. Услед сталног опадања броја њеног становништва, Француска је за време неколико последњих година предузела низ законских мера, у циљу стајања на пут томе процесу ишчезнућа. — те међу те мере, по нашем мишљењу, долази и овај закон. Поменути пропис чл. 340. о забрани истраживања очинства, веле неки француски правни писци, донет је по израженој жељи Наполеоновој, који је при том изјавио, да друштво нема интереса да ванбрачна деца буду призната: *La société n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus*.

По овоме закону истраживање очинства дозвољено је:

1.) У случају одвођења или силовања, када се време одвођења и силовања подудара са временом зачећа;

2.) У случају завођења извршеног помоћу доложних маневара, злоупотребе власти, обећања жењидбе или веридбе, и ако постоји почетак писменог доказа према одредби чл. 1347. *Code Civil-a*. (А по томе члану као почетак писменог доказа сматра се сваки писмени акт, који потиче од онога противу кога је тражење и управљено, и који акт чини наведени факат вероватним);

3.) У случају ако би постојало какво писмо или какво друго приватно писмено, које потиче од онога који се за оца означаје, и из којег произлази једно несумњиво признање очинства;

4.) У случају када је дотично лице живело са мајком детињом у ноторном конкубинату за време законског периода концепције;

5.) У случају када је онај, за кога се тврди да је отац, осигурао (*a pourvu*) или је само учествовао у васпитању и издржавању детета у својству оца.

II. Тужба за признање очинства неће се примити:

1.) Ако је утврђено да је мајка, за време законског периода концепције, била ноторно рђавог владања, или да је била у односима са неким другим лицем;

2.) Ако је онај за кога се тврди да је отац детињи (*le prétendu père*) за време истог периода био у физичкој немогућности да буде отац детињи, било услед удаљености, било услед каквог случаја.

Право на тужбу по овом закону има само дете. За време детињег малолетства, само мајка, па ма била и малолетна, може подићи тужбу.

Тужба мора бити поднета, под претњом губитка права на њено неподношење, у року за две године од порођаја.

Ако тужба није поднета за време детињег малолетства, дете може подићи ту тужбу за годину дана, од дана свога прispелог пунолетства.

Изузетци предвиђени у своме закону лимитативно су набројани, те не може бити тумачења путем аналогije.

Нарочито ваља напоменути да у опште није дозвољено истраживање очинства, па чак ни материнства, оне деце, која су рођена од сродника између којих је брак забрањен, — т.зв. *les enfants incestueux*, или која су плод прељубочинства — т.зв. *les enfants adultérins*. Па не само да није дозвољено истраживање очинства и материнства такве деце, већ се таква деца не могу ни признати за своју нити позаконити.

Приликом доношења овога закона у Француском Сенату развила се је била једна дуга и упорна дискусија о томе: да ли да се у законски текст унесе реч „конкубинат“, или реч: „*cohabitation*“, која значи заједнички живот, живот под једним кровом (*faux ménage, vie sous le même toit*). Јер је сматрано, да само помињање речи „конкубинат“ у законском тексту значи посредно законско признање те не-легалне заједнице. Чињени су приговори и о неморалности тога израза, али је исти, као што се види из текста законскога, који смо напреду преводу изложили, ипак задржан. Јер израз: „*cohabitation*“ има широко и неодређено значење, те би могао дати повода злоупотребама. — Исто тако и о појму ноторности конкубината, коју ноторност овај закон тражи, не постоји никаква јасна, законска одредба, већ је судовима остављено да слободно цене у сваком конкретном случају: да ли смо у присуству ноторног конкубината или не.¹⁾

Конкубинат у опште, то је једна животна заједница између двају лица разнога пола, која се од брака у главном разликује тиме, што је то јед-

¹⁾ Lhospied, op. cit., p. 230.

на фактичка, правно непостојећа, заједница, а брак је једна на закону основана, — дакле правна заједница.

Из тога факта заједничког живота, као из тзв. *la possession d'état*, изводи се претпоставка, да је отац детињи конкубин, т.ј. лице које је живело у конкубинату са мајком у времену зачећа. С тога и за конкубинат, аналого претпоставци очинства у законитом браку, постоји претпоставка: „*Pater is est quem concubinatus demonstrant.*“ — Али то, у сваком случају, остаје само претпоставка потребна за пријем тужбе *en paternité*, а суду је остављена слободна оцена о очинству.

Правно стање познато у Француском законодавству под именом: „*La possession d'état*“, састоји се у главном из следећих чињеница, и то: Што су родитељи дали ванбрачном детету своје име (*nomen*), што су га гајили и васпитавили као своје дете (*tracatus*) и што је оно као такво било стално сматрано у друштву и у породици (*art 321.*).

Конкубинат је, дакле, једна нередовна заједница, али пошто нередовне заједнице постају све многобројније, нарочито у варошима, то о њима законодавац мора водити рачуна. Слободне заједнице, које су, као такве, засноване само на узајамној љубави дотичних лица, не смеју се игнорисати, већ се морају предвидети и систематски регулисати. Нарочито онда, када оне производе последице сличне последицама законских заједница. *Saint Just* је говорећи о слободним заједницама рекао: „*Ceux qui s'aiment sont époux*“. Еволуција, пак, живота и животних обичаја детерминише еволуцију законодавства и законодавац мора водити рачуна о тој еволуцији. Па је тако и француски законодавац од 1912. год. приступио реформи ранијег наређења садржаног у познатом чл. 340. *Code Civil - a.*¹⁾

¹⁾ *Lhospied*, *op. cit.*, p. 214.

Говорећи о овој реформи *Planiol* вели: „Апсолутна неодговорност ванбрачног оца беше једна премија на разват и разузданост и главни узрок сталног повећања броја ванбрачне деце (*op. cit.*, No. 1522, p. 433).

§ 14. *Разне теорије које данас постоје о правном основу тужбе за истраживање ванбрачног очинства.*

Једна од најважнијих теорија о правном основу тужбе за истраживање очинства (*action en paternité, Vaterschaftsklage*) јесте теорија деликта (*théorie du délit, Deliktstheorie*. Према тој теорији обавеза ванбрачног оца рађа се из једног деликта (*obligatio ex delicto*). Овај се деликат састоји у факту ванбрачног живота — *in der Thatsache des ausserehelichen Beiwohnung*). Последица теорије деликта јесте та да се искључује приговор *exceptio plurium* — *Der Mehrerer*; те ако су више њих живели у интимним односима са мајком, онда су сви солидарно одговорни за издржавање детета као саизвршиоци.

Ова је теорија некада имала много присталица, нарочито у Немачкој, али се сада више не може бранити, јер се данас не може узети, да је ванбрачни полни ижвот, као такав, противправан, осим ако у себи не садржи неко специјално кривично дело, као нпр. силовање, прељубочинство, родоскрвњење и т.д.

По једној другој теорији, која је такође пореклом из Немачке, основ обавезе ванбрачног оца лежи у самој вољи његовој. Јер, вели се, сваки човек, који живи у интимним односима са неком женом, зна тачно какве последице могу потећи из тих односа и каквим се следствима излаже. Он зна, такође, да је, за време законског периода зачећа, мати могла ступити у интимне односе и са

другим људима, од којих је дете могло бити заче-то. Он познаје, дакле, све опасности, а међутим их занемарује, и врши полни акт, — те зато и треба да сноси све последице истог. Јер, тако радећи, он чини једну велику, грубу грешку, *culpa lata*, — за коју треба и да одговара.

По немачком правнику Gimerthal-у, који је ову теорију и предложио, тај и такав акт дотичнога лица представља у ствари један *quasi contractus*.¹⁾

Неки заступају мишљење да основ обавезе очеве лежи у томе факту што је полним актом дао живот једноме бићу, дакле у акту креације. А већина модерних правника деле мишљење, да основ обавезе очеве лежи у вези сродства које постоји између ванбрачног оца и његовог ванбрачног детета.

Даље постоји као најновија, теорија ризика (*théorie du risque*), која је примењена у законодавству о заштити радника, где је теорија кривице замењена теоријом ризика. Писци се при томе служе аналогijом. Јер веле: раденик, који је жртва несретног случаја при раду, да би добио накнаду, није дужан доказивати да има кривице до власника предузећа, што се је случај догодио, — власникова одговорност постоји већ у самоме том факту: што је ставио у покрет и рукује једним предузећем, које омогућава дешавање несретних случајева. То је у ствари теорија професионалног ризика (*théorie du risque professionnel*). Али по овој теорији ванбрачни отац може бити осуђен једино и искључиво на давање издржавања своме ванбрачном детету.

Ризик очинства потиче из заједничког интимног живота ванбрачног оца и мајке и у томе постоји аналогија са ризиком, који потиче из функционисања једног предузећа.

^{1.)} Lhospied, op. cit., p. 753.

§ 15. Општи поглед на установу истраживања ванбрачног очинства.

Сва модерна законодавства, било да дозвољавају, било пак да забрањују истраживање ванбрачног очинства, инспирисана су, у главном, тежњом да се сачувају морални и материјални интереси законите породице, те, по мишљењу свију, тврђаве на којој почива цела друштвена зграда. Једни, према томе, узимају, да ће, како морални тако и материјални интереси породице најбоље бити заштићени, ако се истраживање очинства у принципу дозволи. А по некима, брига за мир породице и страх од скандала и уцена, инспирисали су законодавцу доношење препрека за истраживања ванбрачног очинства.¹⁾

Као што смо већ раније напоменули, интереси породице, као и интереси државе и друштва, раз-но су били схватани. Тако, докле је некада сматрано да држава нема интереса да истражује оца ванбрачној деци, дотле се то данас сматра друкчије. Државни је интерес, вели г. професор Д-р Драг. Аранђеловић, с једне стране, да ванбрачна деца не пропадају ни физички ни морално, него да од њих постају ваљани грађани, а с друге стране, опет, да не прима на себе терете издржавања ванбрачне деце. Јер и држава, као и приватна лица, више воли да прима него да даје.²⁾

Присталице начела забране истраживање ванбрачног очинства правдају своје гледиште нарочито немогућношћу утврђивања ко је отац ванбрачном детету, и веле, да се услед те немогућности могу појавити разне злоупотребе и уцене вештих интриганткиња; тако да би породични живот био потресен, а број ванбрачне деце, у место

^{1.)} B. Colin et Capitant, op. cit., p. 282.

^{2.)} Видети Д-р Драг. Аранђеловић, Ванбрачна мати и дете, Београд, 1925.

да се смањи, јако би порастао. На против, други налазе да се забрана истраживања очинства не може правдати спречавањем уцена и породичних скандала, који нарушавају мир кућни; јер, веле, закон толерира многе процесе грађанске и кривичне, као што су: развод брака, одрицање очинства, истрага по прељубочинству и т. д., који су често још мучнији и деструктивнији по мир у породици. А разлог немогућности утврђивања материјалне истине отпада, јер је самим тим, што је изузетно дозвољено истраживање очинства у случају одвођења и силовања, посредно доказано и признато, да утврђивање очинства једнога детета није апсолутно немогуће, већ све почива на претпоставкама.¹⁾

Audiat et altera pars. — Један од најглавнијих циљева борбе жена за равноправност са мушкарцима у приватним и јавним правима, која је борба у опште позната под именом „Женског Покрета“, јесте циљ изједначења ванбрачне деце са брачном у свима правима према њиховим родитељима. И доиста, у овоме питању о истраживању очинства, више и изразитије, можда, него у ма коме другом, жена представља једну страну, чији се интереси косе са интересима друге противне стране, коју у овоме случају представља човек *resp.* мушкарац. То су, у неку руку, два противничка табора. Зато у овоме питању жене и јесу једнодушне. Оне у главном, било усмено на својим скуповима, било преко разних органа својих феминистичких удружења, све траже да се установи дужност државе да се умеша и да истражује оца ванбрачнога детета *ex officio*, као што се трага за злочинцима. Као год што органи јавне безбедности, веле, хватају и истражују убице, лопове и разбојнике, исто тако законом треба прописати, да судска или полицијска власт по службеној дужности истражују оца ванбрачној деци. Па ако, веле, дете ипак не може и не треба

1.) Тако и Colin и Capitant, *op. cit.*, p. 299.

да уђе у породицу пронађеног оца, онда му бар треба омогућити потребно издржавање.¹⁾

* * *

По нашем мишљењу принцип дозволе истраживање очинства ванбрачне деце правичнији је, природнији и целисходнији; и ми сматрамо да је боље у начелу дозволити истраживање, а да пак сам поступак тога истраживања треба прецизно уредити, како би се при томе осујетиле и избегле злоупотребе.

Јер, неправично је, неприродно и нехумано ослободити стварног оца своје родитељске обавезе и стављати ту обавезу другоме на терет, а сем тога што је неоправдана одбрана принципа прохибиције по основу могућности дешавања уцена и злоупотреба и немогућности доказивања, изгледа нам, исто тако, да је сасвим противан стварности тај факат: да се забраном истраживања очинства смањује број ванбрачне деце, пошто је прокламовањем принципа о забрани истраживања патернитета, завођачима загарантован, тако рећи, потпун имунитет.

Па и са гледишта општих, друштвених, интереса, могло би се успешно комбатирати начело прохибиције и ми мислимо, да се забрана истраживања оца ванбрачном детету противи друштвеним интересима, као и интересима добро схваћене државне социјалне политике, специјално популационе. Јер, остављена самима себи, без друштвеног мешања, у циљу да им се обезбеди издржавање, та деца још често прерано помру, што је несумњиво једна штета за државу; или обично падну на терет државе и друштва. — А треба ли друштво

1.) Слично је мишљење истакнуто и усвојено и на конференцији Женске Мале Антанте одржаној у јесен 1924. год. у Београду.

да сноси терете, који су, рецимо, последица неразумних поступака једног развратника? — У сваком случају то није правично. — За друштво је, вели г. Др. Л. Марковић, систем забране истраживања патернитета штетан, јер отуда потичу многи побачаји деце, самоубиства и бедан положај ванбрачне деце која обично пропадају.¹⁾

Што се тиче постојања могућности обмана и уцењивања, ми мислимо, да, као год што поштени и карактерни људи подешавају своје кретање, тако да на њих никада не би могла пасти сумња због извршеног извесног кривичног дела у опште, тако ће се исто још и од ове сумње моћи сачувати, да би ипак ретко настрадао онај, који би био потпуно невин у једном конкретном случају.

Ми ћемо навести овде један став из расправе г. професора Др. Драг. Аранђеловића, која је оштампана у Бр. 13. и 14. часописа „Полиције“, од 1. августа 1920. год., где наш уважени професор вели: „Систем нашег грађанског законика чини можда женскиње обазривијим у њиховом одношају према мушкарцима, али с друге стране оставља слободу ситуације развратним мушкарцима да без бојазни од последица својих махинација, приступају истима у циљу завођења. Са тога разлога мислим да треба допустити истраживање ванбрачнога патернитета.....“

Но, ваља нарочито напоменути, да при дозволи истраживања ванбрачног патернитета, не треба отићи у другу крајност. Јер, истина је да треба заштити и ванбрачну децу, — али бојати се је, да се претераном бригом о заштити ванбрачне деце, не изгубе из вида и не запоставе интереси брачне, и не пољуљају темељи установе брака, тиме што би се и ванбрачни односи по своме дејству и значају изравнали са брачним односима. Те

1.) В. Др. Лазар Марковић, *op. cit.*, стр. 210.

се при томе, ипак, увек треба, како бисмо рекли, држати правила: да *in pari causa melior est conditio* брачнога детета. —

Па имајући то у виду и г. професор Аранђеловић у напред поменутој својој расправи, даље вели: „Ако се призна начело да се може истраживати ко је отац ванбрачном детету, онда ће се имати да поправи положај његов, али, наравно, он се не би могао изједначити са положајем брачне, односно позаконене деце. Законодавство мора правити извесну разлику између брачне и ванбрачне деце, и на тај начин повлашћивати ступање у брак.“ Дакле, према свему, у крајњој линији, ипак се интереси деце рођене у браку морају претпоставити интересима деце рођене ван брака, када год дође до сукоба тих интереса. А то с тога, што је брак, у сваком случају, једна законска светиња и што је живот у браку увек циљ законодавчев, те му је и брачно стање увек симпатичније од ванбрачног.

Швајцарски законодавац од 1907. год. изгледа нам да је најуспешније решио ово питање, и систем швајцарског грађанског законика, по нашем мишљењу, јесте најбољи и најцелисходнији. У њему је по свима питањима из ове материје нађена једна умесна средина, а у питањима ове врсте нарочито важи правило: *in medio stat veritas* и да крајности треба избегавати.

ОДЕЉАК IV.

§ 16. *Неколико речи о државној интервенцији у задружним породичним односима.*

У нашем закону предвиђен је и један нарочити облик породичне зајединце, познате под именом задруге или задружне куће, и односи који се специјално на задругу односе зову се задружним односима. Задруга је једна специјална установа српскога права, али то није једна произвољна креација законодавчева, већ је то била уобичајена породична заједница код Срба, па ју је законодавац само прихватио из народног живота и консакрирао као готову формацију, — ма да је, као што је познато, није пресадио у закону онакву каква је у животу народном постојала, већ ју је у извесном погледу модификовао. Те се задруга, у онолико у колико је од законодавца измењена, појављује као његова — законодавчева творевина.

Законодавац је задружном облику породичног живота нарочито био наклоњен и предвидео је разне мере у циљу заштите задружне породице, па и у погледу државне интервенције у задружним породичним односима постоје особена правила, различита од оних која важе за обичне, незадружне породице.

Задруга је једна квалификована породична заједница *resp.* породица, јер се траже нарочити услови за њено постојање, који се услови појављују као њени квалитети. Ти су услови у главном: сродство, заједница живота и рада и заједница имања

(§ § 57. и 507. грађ. зак.) Даље, задруга је обично једна породица у ширем смислу (*familia lato sensu — iure communi*), и састоји се, по правилу из више породица у ужем смислу (*familia stricto sensu — iure proprio*), — јер се под задругом или задружни кућом подразумева „више лица пунолетних, самих или са својим потомством у заједници живеоих“ (§ 57. грађанског законика).

Задружни живот јесте један идеалан начин породичног живота, за који је *conditio sine qua non* чврстина породичног морала у најширем смислу; јер као што лепо вели Д-р Димитрије Матић, у своме делу: *Објашњење Грађанског Законика за Кнежевство Српско*,“ (наведено код г. Перића, *loc. cit.*, стр. 96.), то је „лепи заједнички живот, који је само код поштеносног народа, и међу честитим људима могућан.“ — Али је, на жалост, задруга данас у декаденцији, њени су дани, по општем мишљењу, избројани, — и ми се питамо чиме бисмо могли накнадити тај губитак у нашем породичном животу, који се губитак састоји у пропадању задруге?

По нашем мишљењу распадање задруге не може се спречити никаквим законским мерама, нити интервенција законодавчева, и поред најбоље воље, може бити довољно ефикасна у томе смислу, јер узроке томе распадању треба тражити у самој природи човечјој, и у природи ствари — *a: relinquante natura labor irritus est.* „Урођено је човеку, вели Др. Б. Петрановић, да буде себи свој, и по томе да се ослободи од породичне заједнице и од зависности домаћинове, те да сам себи кући. У природи је и то да су породичне задруге, умноживши се прекомерно број чланова, рађале временом несугласице међу укућанима, а кроз то давале повода слабљењу фамилијарнога јединства и стварању нових породица.“¹⁾

¹⁾ В. Др. Б. Петрановић, О праву наслеђства код Срба, Београд 1923. године.

Законодавац би, истина, могао одржати заједницу имања међу задругарима тиме што би прописао да је задруга колективан облик својине, као што је она и била пре доношења садањег грађанског законика, и што би укратио задругарима право на деобу, које право они сада имају. Даље имамо крвно сродство, као један елеменат у појму задруге, чији опстанак не зависи од воље задругара; — али заокнодавац не би могао принудити задругаре на заједнички живот без нарушења најосновнијег права човечјег, т.ј. права на личну слободу. И свака законска одредба, која би имала за посредан или непосредан циљ то принуђивање, не би могла бити целисходна. Јер, пре свега, узроци распадања задруге су више моралне, етичке природе. Као једна установа која је у битности својој заснована на принципима једнакости, солидарности и алтруизма, задруга не може постојати у доба у коме индивидуализам узима све више маха и у коме сваки појединац тежи да што више истакне своје лично *ego* и то на рачун опште једнакости. Процес распадања задруга је резултанта сукоба принципа једнакости са принципом индивидуалне слободе.

Ми се нећемо упуштати у детаљну оцену свих појединих мера, које је законодавац предвидео у циљу заштите и одржавања задруге, нити у расправу питања о њиховој целисходности, — али када је реч о питању које се нас овде специјално тиче, а на име о питању државне интервенције у задружним породичним односима, ми можемо рећи то: да је законодавац према задрузи стао на гледиште *принципијелне неинтервенције*. То се јасно види из прописа § 520. грађ. зак., по коме се суд неће никада по сопственој иницијативи мешати у породичне односе задругара, па ма у задрузи било и малолетника, који иначе стоје под особитим законом заштитом и о којима се је суд иначе дужан *ex officio* старати. Тако, „докле год једне пу-

нолетне или ожењене главе у задрузи има, и нико од заоставших не иште да се попис чини суд пописа чинити неће“ (§ 520. г.з., у вези чл. 34. закона о старатељству).

По § 519. Г. З. задружни старешина је природни тутор малолетне деце без оца у задрузи заостале; али за њега као татора, не вреде прописи о старатељству уопште, већ специјални прописи о задрузи, те он није дужан полагати рачуна старатељском судији о управи дечјом имовином; нити би старатељски судија, по правилу, могао поставити тој деци за старатеља неко треће лице, које не живи у задрузи, или неког млађег задругара обилазећи старешину задруге. То би се, вели г. професор Живојин Перић, противило самој природи и устројству задруге.¹⁾

У свему овоме, поред намере законодавчеве да заштити задругу, ми видимо и особито поверење, којим је законодавац удостојио старешину, као шефа задруге. И док се год старешина својим радом не буде огрешио о дато му поверење и докле буде у могућности да врши законом поверене му дужности, докле год, дакле, траје нормално, законом установљено стање задружног живота, Суд неће интервенисати, па ма, по прописима који вреде за инокосне породице, и било повода и основа за судску интервенцију.

Тако, вели г. професор Перић, чл. 34. закона о старатељству, усвајајући прописе грађанског законика не допушта да се над имовином малолетне задружне деце образује маса с тога што он претпоставља да ће интереси како морални тако и материјални те деце наћи најбољу заштиту у задрузи и задружном старешини.²⁾ Отуда ова последица, вели даље г. Перић, да се § 519. и § 520.

¹⁾ Видети: Живојин Перић, *op. cit.*, стр 161. и след.

²⁾ Курзив је наш.

грађ. зак. не могу више применити, ако су речени интереси задружних малолетника изложени опасности, било што би задружни старешина рђаво своје дужности старешинске, па, дакле, и туторске, вршио, било, пак, што би иначе задружне стваринеповољно текле. Тада ће добити важности зак. о старатељству, као општи закон у овој материји, и задружни малолетници доћи ће под обични пупилски режим, т.ј. њихов део ће се из задруге одвојити, од њега ће се маса образовати и њима ће се стараоци поставити.¹⁾

Један случај државне *resp.* судске интервенције имамо онда, када малолетник тражи деобу од задруге, коју му задруга не одобрава. У томе случају су једино меродавни интереси малолетника, и старатељски судија, као надлежан, ценећи те интересе, по саслушању главног и помоћног старатеља, може тражену деобу одобрити и неодобрити (чл. 75. т. 11. зак. о старатељству). У случају жалбе апелациони суд решава у последњем степену.

Скуп свих права и бенефиција, које су законом признате задрузи, као особитом облику породичне заједнице, чине у ствари аутономију задруге. Задруга је, дакле, једна у извесном правцу, аутономна заједница; а она је аутономна у толико, у колико јој је законом дато право да своје унутрашње односе сама уреди, као што су на пр. пупилни односи, о чијем старању има да води бригу, по правилу, старешина задруге. Ова аутономија дала је повода мишљењу неких правника да је задруга правно (морално) лице, које је питање давно расправљено у негативном смислу, као и питање о томе, да задруга није колективан, већ индивидуалан облик својине. Што ми само овде бележимо, без коментара, пошто то не спада у оквир наше расправе.

¹⁾ Видети: Ж. Перић, *loc. cit.*, p. 162.

* * *

Овде ћемо се, *à propos*, осврнути на извесне установе швајцарског права, које јако потсећају на установу задруге, јер су, као и задруга, установе више патриархалног карактера. Те су установе:

А. — Домаћа (кућна) власт (*Die Hausgewalt, l'autorité domestique, la potestata domestica*) над лицима која живе у заједничкој кући (*en ménage commun*), а која власт припада шефу породице, који је то: по закону, по уговору или обичају. Ова власт простире се на све оне који живе заједно у кући, као сродници или по основу уговора, као што је послуга, ученици (шегрти) и раденици (чл. 331.)¹⁾.

Лица која живе у заједничкој кући потчињена су кућњем реду (*à l'ordre de la maison*), који мора тако бити установљен, да се правилно поведе рачуна о интересима свију. Та лица уживају слободу која им је потребна за њихово васпитање, занимање и верске потребе. Старешина (шеф) породице стара се о одржању и сигурности имовине свију као и својој личној имовини и штити она лица под његовом влашћу, којима је, као малолетним или иначе, потребна заштита трећих лица (чл. 332. и 333.).

Као што се из овога што изложисмо види, ова је власт слична власти старешине задруге.

В. — Породична заједница или породично смесништво (*Familiengemeinschaft, l'indivision de famille, la comunione di famiglia*). Тако, сродници могу уговором потврђеним код власти, установити једно смесништво (индивизију) уношењем у исто своје наслеђене или стечене имовине (чл. 336. и 337.) То смесништво може бити уговорено са роком или на неодређено време. У овом последњем случају сваки смесничар има права отказа, али је то дужан учинити бар на 6 месеци у напред (чл. 338.).

¹⁾ Видети: Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 391.

Чланови смесништва експлоатишу исто заједнички (*en commun*), а претпоставља се да сви смесничари имају једнака права, као и једнаке дужности. Али докле год смесништво траје смесничари не могу свој удео нити оделити нити са њим иначе располагати (чл. 339.). — У овоме се ова установа швајцарскога права битно разликује од наше задруге, која је такође једно смесништво *sui generis*. Јер задругари имају право да свој део оделе и да са њиме по својој вољи располажу (492. и 515. г.з.). — Сви смесничари заједнички управљају смесништвом, а могу изабрати и једног међу собом за шефа заједнице и њеног правног представника (чл. 340. и 341.). Добра из којих се смесништво састоји заједничка су својина свију смесничара и сви су они солидарно одговорни за дугове смесништва у границама својих удела. Остатком својом имовином смесничари не одговарају за дугове смесништва, ако друкчије није нарочито уговорено (члан 342.).

Ово породично смесништво установљено је строго *intuitu personae*, јер после смрти једног смесничара, његови наследници, ако лично нису чланови смесништва, могу тражити само исплату његовог дела. Али ако је умрли за наследнике оставио своје потомке, ови могу бити примљени на његово место, ако остали чланови на то пристану (чл. 345.).

С.- Даље имамо имовинске породичне установе (*les fondations de famille*), које служе за подношење трошкова учињених око васпитања, удомљења и помоћи члановима породице или за сличне случајеве; и установу породичног азила (*l'asile de famille, homestead*) са циљем притицања у помоћ оним сродницима којима би та помоћ била потребна.

За оснивање овог азила мора се тражити дозвола од дотичног кантона (чл. 349.).

Све ове три установе познате су под једним општим именом породичних добара (*les biens de famille, Familienvermögen, beni di famiglia*)¹⁾.

¹⁾ Видети о свему овоме опширније: Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 395. et suiv.

ЗАКЉУЧНА РЕЧ.

Под утицајем учесталих ратова, као и других појава, које деструктивно утичу на породични живот, ослабила је кохезија породичне заједнице и пољуљан је породични живот у опште, чија је чврстина била једна сигурна гаранција за правилан и нормалан развој породичних односа. Отуда се државна интервенција, која је у породици била споредног, изузетног карактера, почиње све више осећати и државно туторство, као сурогат родитељске и мужевље власти, постаје све потребније. У недостатку породичне заштите, држава преко својих органа пружа своју заштиту оним лицима којима је та заштита потребна.

Интервенција државе у породичним односима можда не представља напредак, али се она у сваком случају правда нужношћу, јер су је изазвале потребе нових времена. Као што су на пример, животне потребе изазвале после Светског Рата нарочито мешање државе у станбене односе грађана, те тако имамо читаво станбено законодавство и посебно станбено право, чији су принципи често очигледна негација општих правних принципа. Па се, у извесним случајевима, и државна интервенција у породичним односима појављује као негација родитељске и мужевље власти. Зато се за ту интервенцију не може рећи нити да је зло, нити да је добро, — већ је то, као што већ рекосмо, једна потреба, или боље једна последица слабљења свести грађана о својим породичним обавезама, услед чега се губи поверење

државе да ће грађани те своје обавезе савесно испуњавати, а нарочито да ће их вршити онако како то одговара њеним т.ј. државним интересима.

— „Стари писци, вели Алекса С. Јовановић на стр. 65. свога већ више пута цитираног дела, много хвале наш породични живот као узориту везу љубави и поштовања између деце и родитеља. Отац је хранио а мати неговала децу до њихова узраста; на деци лежала је обавеза да родитеље поштују и у старости надгледају.—“ И заиста овакво стање у породици, какво је овде оцртано, несумњиво је идеално и тако је још и у овом времену, кад је реч о ономе *id quod plerumque fit*. Али нама задају бригу изузетци, који прете да постану правило, а које је потребно предвидети и регулисати.

На завршетку рећи ћемо још само и то, да је ново време у знаку све потпунијег и чешћег државног мешања у породичне односе грађана и њиховог систематског и детаљног законодавног регулисања. У потврду тога нашег тврђења навешћемо два различита мишљења француских аутора, која су мишљења изнета у извесном размаку времена, једно после другог, и од којих новије иде у прилог нашој тези. Тако се је Georges Digard осамдесетих година прошлога столећа, овако изразио о овој интервенцији: „Интервенција државе квари и чини бесплодним установе природнога права, она је обично знак њиховог пропадања (декаденције), ми се надамо да је наше француско друштво још не жели и да ће се законодавац уздржати што више може, пре но што се на ту интервенцију одлучи“¹⁾ А савременији пасци Colin et Capitant, говорећи о надзору државне власти над радом родитеља или старатеља, на против веле: „Садања тенденција наше јуриспруденције и нашег законодавства јесте да још прошири то поље

¹⁾ Видети: Georges Digard, *op. cit.*, p. 174.

рада и још нарочито да потпомогне државне власти у циљу заштите деце, врло често рђаво обезбеђење од стране породичних власти.¹⁾ И многи други француски аутори деле ово мишљење, ма да се нису овако о томе непосредно изразили.

Ово што је речено за Француску несумњиво важи и за друге цивилизоване државе.

Држава интервенише у породичним односима грађана на тај начин што те односе регулише својом влашћу, у место да остави појединцима да их они уређују по своме слободном нахођењу и својој увиђаности. Што се тиче питања о томе: у којој мери треба и може држава да интервенише у области породичних односа, о томе се не могу а priori поставити нека правила, већ се то има ценити у сваком конкретном случају. Пре се може поставити о томе једно негативно правило, по коме држава не треба само да иде до краја у ограничењу личне слободе и да без потребе не угушује приватну иницијативу онде где би се иста показала корисном.²⁾

¹⁾ В. Colin et Capitant, op. cit., t. I., p. 440.

²⁾ О државној интервенцији у односима грађана у опште, видети: Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Београд, 1922. — Овде, пак, напомињемо само толико да данас све више губе терен идеје крајњег индивидуализма, кондензоване у познатом правилу: *laissez faire, laissez passer*, — докле, на против, све више узимају маха идеје солидаризма и државне интервенције.



32709

