ПРИРОДА ДРЖАВИНЕ

и

ОСНОВА ЊЕНЕ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ

СА КРИТИЧКИМ ПОГЛЕДОМ НА НАШ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК

1/2 Ексе

НАПИСАО

Гл. Гершић

(Прештампано из Гласника срп. учене Друштва)

Инв. бр. 7720

Београду

ШТАМПАНО У КРАЉЕВСКО-СРПСКОЈ ДРЖАВНОЈ ШТАМПАРИЈИ

1885

Цена 1 динар

ПРИРОДА ДРЖАВИНЕ

и

ОСНОВА ЊЕНЕ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ

СА КРИТИЧКИМ ПОГЛЕДОМ НА НАШ ГРАЂ. ЗАКОНИК

Мислимо да данас при тако развијеноме и разгранатоме саобраћајноме животу није нужно никоме нарочито доказивати велику потребу и корисност доброга грађанскога законодавства. Данашњи грађански законици нису нека правничка доколица нити су они поникли по ћефу или по засебним интересима ове или оне друштвене класе или као последица некога „неприродногa" друштвенога склопа, него су они у опште узевши одиста једна неопходна и велика потреба данашњега правно-друштвенога живота и саобраћаја, која би се морала свакојако подмирити ма какав био друштвени склоп.[1]) Тиме не мислимо казати, да нису на саму садржину, на поједине опредељаје оних законика, који ће како данас позитивно важе, имали утицаја засебни интереси и погледи „владајућих" друштвених класа и да није осим тога старија правна теорија, под чијом су владом ти законици грађени, по своме још неразвитоме и жалосноме

[1]) Мора се признати, да је а међу самим стручним правницима било, нарочито у Немачкој, веома дугога и жестокога спора око тога питања, да ли су доиста нужна и корисни нарочито заснивајући законици (питање о кодификацији). Тај је спор отпочео још у почетку овога века између два чувена правника, Тибоа и Савињија. Тибо је доказивао потребу кодификације, Савињи је био противнога мишљења у својој брошури „Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (2. изд. 1828.) Ту је најчешћи правник овога века изнио на виду против данашње тежње за за-

стању, по својим скученим погледима и сасвим недовољно разрађеним основама у те законике унела многа сасвим погрешна схватања и погрешне опредељаје, који се према данашњем развитку правне науке не могу одржати него се морају уклонити и исправити. То значи дакле да данас већ не може више бити питање: да ли нам у опште треба прецизно израђен грађански законик, је ли он користан и нуждан? него само може бити питање о томе: да ли оно грађанско законодавство, које постоји, по својој садржини, по своме систематскоме распореду и својим појединим опредељајима како ваља одговара данашњем стању правне науке и неопходним захтевима правнога саобраћаја, какав се на данашњим друштвено-економским основама развио?

Ми имамо свој грађански законик и нема сумње да се у нас то друго питање такође у највећој мери истиче и нимало није сувишно него сасвим умесно и корисно да се запитамо: је ли се и у колико у нас то наше цивилно законодавство претресало са гледишта теорије, која се непрестано развија и напред корача и са гледишта засебних потреба нашега друштвенога саобраћаја и народнога живота? Мислимо да нећемо претерати, ако кажемо да је и у једном и у другоме погледу у нас досада веома мало, скоро нимало учињено. Наш грађански законик и данас још постоји у главноме онакав исти, како је при своме постанку састављен, све допуне и измене, што су до данас у њему чињене и додаване, већином су мање важности, односе се

комисиама. Тај је Савињијев спис имао огромнога утицаја на даље развиће правне науке, али не ради самога питања, које га је изазвало, него ради тога, што је ту С. први сут развио оне нове назоре и погледе, којима је основао историјску школу и реформисао правну науку. У самоме питању он је при свом своме ауторитету остао у мањини. v. Bahrend, D. neueren Privatrechts-Codificationen (Holtzend. Encyclop. стр. 293.) — W. Arnold, Cultur u. Rechtsleben, стр. — P. Laurent, Cours élémentaire du droit civil, préface стр. 9.

на поједине опредељаје и никако нису мењале ни исправљале сâм облик и суштину појединих установа нити су од већега начелнога и есенцијалнога значења. Нашем се грађанском законику давно и непрестано замера, што је без познавања и изучавања народних правних појмова, установа и потреба просто пресађен и преведен из страногa законика те је с тога сасвим страна биљка која је механички накаламљена на наш народни правни живот па му не одговара. Та је замерка основана али је само штета, што је она све до данас остала само општа фраза, која је толико пута понављана и подгревана, али се на жалост нико није потрудио (бар колико је нама познато), да ту онако у опште речену замерку изближе објасни и мотивује, да испитује и изучава народне правне појмове, па да на основу тога познавања и изучавања почне улазити у потање критичко претресање нашега законика са тога гледишта, да поједине укаже на оне опредељаје, који су у опреци са народним правним појмовима и т. д., у опште дакле да се једном из магловитих региона опште фразе и тамнога натовешћивања пређе на земљиште конкретнога и прецизнога разлагања и претреса. До данас је на жалост др. Богишић остао још једнако усамљен на полу испитивања народнога обичајнога права. Време је већ да се у томе погледу почне у нас озбиљније радити са нарочитим погледом на наше законодавство и његову реформу.

Но при томе ваља с друге стране и то имати на уму, да се данас један законик не може оцењивати само са искључиво националнога гледишта и да по томе није све учињено и казано, кад му се замери, да није састављен у народном духу. Као што се економно-саобраћајни живот данашњих културних народа у главноме развијао у истим правцима, прелазио — где пре а где доцније, где спорије а где брже — исте фазе и стадије те дошао до једнаких

основа и сличнога облика, тако је исто с тим у свези [1]) и тај факт, да се и у правноме животу националне разлике и особине све више ограничавају само на извесне стране и делове тога живота а да има доста пространа правна област, која носи на себи више општи свима културним народима заједнички тип и облик. Тако н. пр. мислимо да нећемо погрешити ако кажемо, да ће се у породичном и наследном праву највећма огледати особени национални облик правних односа и установа, а напротив цела област имовнога права, а нарочито облигационога саобраћаја, носиће на себи неки општи карактер, [2]) који истиче из подједнаких економских основа и једнаких саобраћајних потреба, дакле у опште једнакога ступња у културно-друштвеноме развићу. Према томе онда нема сумње, да то није и не може бити баш у свакоме случају и апсолутно погрешно и рђаво, примати и усвајати нешто са стране, учити се нечему од других нàрода; шта више то у извесним случајевима не само да није погрешно, него је баш корисно и паметно. Да је то збиља тако, то бисмо могли веома лако потврдити доказима из правне историје свију нàрода новијега доба, али ми то не можемо на овоме месту чинити. Толико ћемо само напоменути, како је већ познато да је у Немачкој историјска школа правничка прва ударила гласом на национално порекло права, дакле на важност и претежно значење националнога момента у праву и енергички указала на велико значење донде занемаренога и запуштенога обичајнога права; ако

[1]) О тој вези између економнога и правнога живота н. међу осталима: Wilh. Arnold, Cultur u. Rechtsleben стр. 102—123. Он вели н. пр. на стр. 101.: «Stimmen deshalb die wirtschaftlichen Grundlagen im Wesentlichen bei allen Culturvölkern überein, so müssen diss auch die Grundbegriffe des Rechts.»

[2]) То признаје и Богишић у приступу свога Зборника садашњих прав. обичаја јужних Словена.

ико дакле то би свакојако преставници и заступници те историјске школе морали у првоме реду бити противни свакоме мешању и уносењу страних погледа и елемената у правни живот извесноога народа, па ипак ево шта о томе вели један од најважнијих и најжешћих данашњих преставника те школе, Феликс Дан: „И тако могу народи и у праву, као и у уметности и у наравима, један од другога да уче. У колико се извесни правни односаји (н. пр. у облигациономе праву) у свакоме људскоме друштву налазе и морају пресуђивати по некој свуда једнакој имманентној логици тих односаја, у толико може неки неразвитији културно млађи народ сасвим лепо да усвоји и прими истине, што их је неки културно старији народ пре њега нашао, само ако се и у тим стварима национални назори одвише не разилазе и не разликују. Најважнији пример такве појаве без сумње је примање и усвајање (рецепција) римскога права у Немачкој“ и т. д. [1]) Па и наш познати зналац и испитач народнога обичајнога права Богишић вели: „„... јер и маса народа, премда у опће консервативна, ипак, по самој природи друштвеног и међународног живота, не може избјећи такођер и туђему уливу, те не позајмити од сусједа свога то што у себе нема, или што мисли да је у сусједа боље.“ [2])

Из свега што смо сада у кратко напоменули свакојако излази, да то није баш у свакоме погледу и у свакоме случају морала бити мана нашега законика, што је у њега унесено много правнога материјала са стране

[1]) Felix Dahn, art. Rechtsfilosofie (Bluntsli's Staatswörterbuch VIII Bd.) стр. 538.

[2]) V. Bogišić, Zbornik sadašnjih pravnih običaja u južnih Slovena, knjiga I. pristup стр. 39. — Осим тога н. о томе позајмљивању једнога народа од другога изврсно разлагање у: Jhering, Geist des röm. Rechts (3. изд. г. 1866.) I. стр. 5—10.

јер као што смо казали, у извесним партијама права више преовлађује елеменат општности, него посебне националности, оне се код свију народа на истоме ступњу културно-друштвеног развића у сасвим сличноме облику налазе и у главноме се по неким сталним начелима, по некој у самој њиховој природи основаној правној логици регулишу и пресуђују. Тако н. пр. велико и трајно значење римскога права међу осталим је и у томе, што у њему има много таквих универзалних правних елемената,[1]) што је оно под рукама римскога класичкога правништва постало право „које је у многим стварима изнело трајне правне истине, које свима народима и временима могу и морају требати, јер у самој ствари нису ништа друго него изречена логика општих људских односа — поименце у облигационом праву и у општем делу правнога система“ као што рече већ поменути Ф. Дан. Па кад је тако, онда из тога мислимо да није тешко извести, шта све има и треба у нас да се уради, ако хоћемо вредност и ваљаност нашега грађанскога законодавства свестрано да оценимо и како ваља да припремимо његово савремено прерађивање и напредовање. Пре свега дакле, као што смо горе већ напоменули, ми при тој оцени и припреми не можемо једнострано остати само на искључиво националноме гледишту, него морамо уз то свакојако дати довољно места и гледишту опште правне науке, како се на основи римскога права данас развила у образованих народа у Јенропи. У подесноме и смишљеноме спајању оба она гледишта[2]) ми ћемо наћи кључ за

[1]) А како је оно до те универзалности дошло, то је питање, које спада у историју римскога права.

[2]) „So lange die Wissenschaft sich nicht entschliesst dem Gedanken der Nationalität den der Universalität als gleichberechtigten zur Seite zu setzen, wird sie weder im Stande sein die Welt, in der sie selber lebt, zu begreifen, noch auch die geschehene Reception des rom. Rechts wissenschaftlich zu rechtfertigen“ вели Иринг у нав. месту стр. 12.

разрешење тешкога а сасвим већ савременога задатка: да се наше грађанско законодавство преради и исправи онако, како ће стојати на висини данашњега правнога развића и одговарати данашњим правним и саобраћајним потребама наше земље.

Свакојако дакле према целоме овоме разлагању ми не можемо са коришћу приступити преображају и прерађивању (или сасвим новоме израђивању) нашега грађ. законика, док се не испуни двојак посао и то: а) док се добро и што потпуније не проучи и не прибере сва она правна грађа, што у народноме обичајноме праву живи;[1]) и б) док немамо доста развијену правну литературу, у којој ће цео данашњи правни материјал или бар главније партије његове бити потанко и темељито претресене и разграђене са гледишта данашње правне теорије. Да на ономе првоме послу до данас у нас скоро нико није радио, да је др. Богишић са својим изврсним почетцима и потстицајима остао усамљен, та смо већ казали, а то је и без тога веома добро познато. О томе дакле засада нећемо ништа више говорити. Но како стојимо са овим другим сад баш поменутим послом, да ли је ту бар што више учињено? Свак ће признати да је и у томе погледу веома мало учињено, да и ту влада највећа суша и неродица. Одиста, у чему се састојала целокупна наша досадашња литература о приватноте праву? Са малим изузетцима[2]) и оно мало што је досада на томе полу у одломцима рађено не беше ништа друго до само егзегеза (тумачење и

[1]) Разуме се да за то ваља добро да се проуче и наши старији писани правни споменици, као што је добро отпочео био др. Никола Крстић у својим чланцима о Душановом законику који су штампани у Гласнику ученога друштва.

[2]) Такви су на жалост ретки изузетци н. пр. радови Ђоке Павловића, затим поједе расправе и чланци, што су у нашим правним часописима од времена на време излазили и појављивали се као неке сасвим ретке тице.

објашњавање) појединих параграфа позитивнога законика, свакојако дакле рађено по тој старијој егзегетичкој методи, која је данас већ напуштена у свима напреднијим земљама, јер доноси само веома оскудне резултате, међу којима нема тешње и праве везе. Данас је то већ призната ствар да је објашњавање законика из себе самога, парафразно прелажење с једнога параграфа на други, да је то све сасма недовољно, да се како ваља савлада цео правни материјал и да се проникне у суштину појединих правних установа. Ту је стару методу одиеговало и потоњем времену у наслеђе оставило негдашње старо „природно право", пол чијом су владом сви скоро јевропски законици грађени; то је природно право данас већ мртво и погребено, али је метода још дуго после њега владала; добро о томе вели Екснер: „Der Geist des Naturrechts geht heute noch um, er führt den spekulirenden Juristen, der fragend vor einem schwierigen Problem steht, im Kreis der Gesetzbuchparagraphen ruhelos herum, bis dieser endlich da anlangt, von wo er ausgegangen."[1] Колико се пута догађа, да се правници муче и препиру око појединога законскога наређења, око извесногa параграфа, да га обрћу и окрећу овамо и онамо, да цепидлаче око појединих речи и израза, што их је законодавац употребио и најзад ипак не могу до поле утврђеног резултата да дођу!

Наша приватно-правна литература, колико је у опште има, стоји дакле као што казасмо још једнако на оној тачци, коју су друге литературе већ поодавно напустиле. Свакојако ваља и ми већ једном са те тачке да се помакнемо и даље кренемо, у нас ваља да се разради и развије правна

[1] A. Exner, D. Lehre v. Rechtserwerb durch Tradition, предговор стр. IV.

теорија у потпуно научном смислу, да се систематски изради целокупни правни материјал, да се у монографијама дубље и темељније испитају и претресу поједине правне установе, да се на основу свега тога критички претресе наше грађанско законодавство, да се види како се законски определјаји односе према резултатима новијих темељитих испитивања, да се пита у колико се законски утврђена правила могу са теоријскога гледишта признати и одобрити и т. д.

Без таквога развића научне правне литературе не можемо никако изаћи из нашега данашњега просто пасивнога и ограниченога излагања онога, што и како је у законику написано, па чак не можемо ни тај законик потпуно и како ваља разумети остајући и вртећи се непрестано само у затвореноме кругу његових параграфа. Ми добро знамо да ће ово наше мишљење по свој прилици наићи на неодобравање и отпор одвише „практичких" правника, који не полажу баш много на опширна теоријска разлагања и дубоке научне дедукције. То нас неодобравање не би нимало изненадило нити би смо тим правницима могли замерити за такво њихово мишљење, јер бавећи се непрестано практичком правном применом човек се сасвим неприметно и нехотично изгуби и расипане у детаљу те дневне правне казуистике, одвикне се од дубље теоријске студије и заметнога научнога испитивања и дође до убеђења да је за свакидашњу практичку потребу сасвим довољан онај јуристички апарат, што му га познавање законских параграфа у руке даје. Па ипак ми остајемо тога тврдога убеђења, да је доста оскудноме стању наше јуриспруденције и колебливости наше практике баш главни узрок у тој оскудици добро и свестрано разрађене теорије, дубљега научнога расправљања основних правних начела, појмова и појединих правних установа.

Да је то збиља тако то нам међу осталим може засведочити баш практички пример других јевропских земаља, а да не идемо далеко ту нам је одмах пример суседне Аустрије, чије нас приватно-правно стање мора из више узрока нарочито интересовати. И у аустријском је правништву дуго време владала старија метода, коју смо горе већ у кратко обележили, и појавили су се многи вредни коментатори, који су све параграфе аустријскога грађ. законика један за другим тумачили и објашњавали и мислили да су тиме све учинили што је нужно за добро разумевање и примену тога законика; али је та аустријска јуриспруденција била тако ограничена, слаба и неплодна, да се о њој ван граница аустријске државе није ни водило рачуна и да управо нико није ни сматрао, да има неке правне науке у Аустрији; она се у правном погледу није ни бројала у коло културних земаља, које правништво у опште унапређуiу; а да није од те методе било велике користи ни по само аустријско право и правну практику, то се доцније најјасније показало. Тада наставе обрт у аустријској јуриспруденцији тиме, што су устали поједини правнички зналци и писци, те су почели сталну и одсудну борбу против дотадашње методе; најглавнији је покретач и управо оснивач новога научнога и систематскога правца у разрађивању аустријскога права био без сумње чувени Унгер, који је наоружан темељитим познавањем јевропске правне литературе а нарочито оне, која се за последњих педесет година на основу римскога права тако бујно развила у Немачкој, одважно приступио томе, да пресудно раскрсти са старом методом и да оснује нов поглед у схватању права и задатка правне науке. Он се није уставио на општем побијању и доказивању него је одмах сео и почео да пише научно разрађен систем аустријскога грађ. права са непрестаним кислоном и погледом на општу правну науку; за њим са успехом пођоше Ранда,

Екснер, Хофман и др. Сад је тек пала сасвим јаснија и другчија светлост на само аустријско право, сад су тек оскудни резултати дотадашње егзегезе и казуистике изашли на среду у свој својој слабости, сад се тек почело увиђати, како сви ти само у законске параграфе удубљени коментатори нису у стању били ни оно све да проуче и изнесу на видик, што се у самим тим опредељајима законским садржавало. Унгер је показао како без дубљега научнога и систематскога схватања само по егзегетичкој методи није никада могло бити извесности, да је збиља цео правни материјал обухваћен и да су сва она питања решена или ма и само додирнута, која су од значења по данашњи правни живот. Даље је показао како таквим научним разрађивањем „werden die einzelnen Rechtsinstitute erst in ihr gehöriges Licht gestellt; Rechtsregeln welche bister in unbezweifelter Geltung standen als falsch und verwerflich erkannt, mancher Rechtssatz auf ein engeres Gebiet beschränkt, mancher Rechtsnorm ein weiterer Umfang angewiesen" као што он сам вели. [1]) У опште је од то доба тек настао живљи и свежији покрет и полет у аустријској јуриспруденцији и у дубљем схватању правнога организма.

Овај је пример за нас веома поучан и ми свакојако треба њиме да се користимо; ту не могу утицати ни решавати никакве симпатије ни антипатије, јер ономе што је боље и напреднije ваља да се поучимо и од самога противника. Било да останемо при ономе законику, што га сад имамо, било да приступимо његовоме преображају и прерађивању, што је у осталом велика и савремена потреба, у свакоме случају ваља нам поћи правцем, који смо горе обележили. Оно што састављању новога законика ваља непремено да претходи и да му припреми земљиште, то је као што већ казасмо

[1]) Уп. Unger, Syst. d. österr. allg. Privatr. I. предговор стр. V.

добро разрађена правна литература. То су јевропски правни знаци већ у толико прилика изрекли; тако н. п. В. Арнолд каже: „Denn die Arbeit die zunächst von der Wissenschaft und nur von der Wissenschaft gethan werden muss, kann nie und nimmer an ihrer Statt von der Gesetzgebung verrichtet werden. Erst muss jene ihre Aufgabe erfüllen, ehe diese an die Lösung der ihrigen gehen kann.“ [1]) Па тако исто достојни наследник Вангерова, а то је Виндишајд помиње како неки јако ударају гласом на зло приватно-правно стање у земљама где још влада римско право, а немају свога законика, те вели како сва та зла „wiegen leicht wie eine Feder gegen die Schäden die von dem Verfalle der Rechtswissenschaft drohen, welcher die unausbleibliche Folge der Beschränkung auf eine particuläre Rechtsquelle ist. Es ist dies eine geschichtliche Thatsache, über welche wenigstens Diejenigen, die zur Entscheidung berufen sind, eben so wenig im Unklaren sein sollten, als darüber, in welchem Grade das beste Gesetzbuch ohne eine ihm zur Seite stehende lebendige, wahrhaft wissenschaftliche Jurisprudenz ohnmächtig ist.“ [2]) А у колико већма то тек мора важити онде, где се никако не може казати да постоји баш „das beste Gesetzbuch“?

Овај нам је увод исиао дужи, но што мишљасмо и но што би можда требало, само с тога, што нам се чинило да треба што јаче ударити гласом на ту потребу нашега правнога живота, о којој сад баш говоримо. А кад би смо хтели тај темат боље испрпсти, требало би о томе написати посебну расправу. Пошто смо иза подуже студије, размишљања и поређења дошли до тога у овоме уводу

[1]) W. Arnold, Cultur. u. Rechtsleben, предговор стр. XV.

[2]) B. Windscheid, Pandekten, предговор стр. V.

изреченога убеђења, то смо одмах учинили покушај, да отпочнемо дубље научно разрађивање појединих питања и партија грађанскога права и прво нам се поглед уставио на питању о државини. Разуме се да се целокупна наука о државини не може сместити у уски оквир овакве расправе, о томе се пишу читаве књиге. Ми се дакле морадосмо ограничити само на питање о природи државине и основу њене правне заштите. Ма колико се нашло да је тај наш покушај непотпун и оскудан то нас нимало неће ожалостити ни обескуражити, само ако бар то оваквим покушајима постигнемо, да мисао, што смо је у овоме уводу изложили, нађе што већега одзива у стручним круговима нашега ученога правничтва, те да јаче и искусније снаге о њој боље размисле, да је прихвате, исправе или одбаце, али свакојако да се о томе покрене живља дискусија, те да и на јако запуштеном и неродноме пољу наше правне литературе озелени и процвета бујнији живот. Овде ћемо још мимогред напоменути, како признајемо, да сада баш није најзгоднije изабран тренутак за претресање оваквих посебних стручних правничких питања код толиких других великих питања, која у највећој мери и скоро искључиво обузимају пажњу и интерес свију наших стручних и нестручних кругова. Али ми ипак мислимо да поред тих знатних питања од опште важности и занимљивости не треба баш сасвим заборавити и оваква посебна питања нашега приватно-правнога живота и саобраћаја, јер о томе нема сумње да ће питање о преображају нашега грађ. законодавства можда у недалекоме времену изићи на среду и бити ако не баш у првоме а оно свакојако у некоме од најближих редова оних послова, које изискује реформисање наше унутарње држ. и правне организације. А сад да приступимо посебноме предмету ове расправе.

Сваки, који је познат са данашњом цивилистичком литературом, знаће да ми узимајући у претрес државину, њену природу и њену заштиту додирујемо једно питање, које је све до данашњега дана у правној теорији непрестано задржало свој већ данашњи карактер, а то је, да је питање веома тешко и спорно, што ће се можда многоме на први поглед учинити чудно и невероватно. Одиста, зар ту још може бити какве тешкоће и каквога великога спора, кад је реч о тако простој и јасној ствари као што је државина? Зар има правника, који не зна шта је државина, каква је њена одредба и природа, каква јој је правна заштита у закону дата и т. д.? Шта ту има још да се објашњава и око чега ту има да се препире кад су и сами опредељаји законски о државини тако јасни и разумљиви? Признајемо, да то свакоме ко површно гледа на ствар може збиља тако изгледати и да се многи сасвим искрено може зачудити, шта ли то теорија има толико посла са тим питањем и у чему је та његова особена тешкоћа и око чега се ту управо води спор. Ето н. пр. зар то није сасвим јасно и разумљиво кад наш грађ. закон у §-у 198. каже: „Кад једну ствар држиш и воље имаш задржати је код себе, и то згодним начином означиш и покажеш, ти си држалац или притежалац такве ствари“? Па тако и сви остали параграфи о државини. Збиља то све тако може изгледати, као да ту није могућна каква тешкоћа нити ту има места каквоме научноме спору, осим ако докони теоричари баш нарочито имају вољу да цепидлаче и траже силом спора и онде, где га нема, само да добију прилику да се препиру, да оштре своју теоријску досетљивост и да се продукују мало са пространим научним цитатима и са одвише финим научним дистинкцијама. Па ипак, ма да то све на први поглед тако изгледа, ипак је наука о државини била па и остала чак и до данас таква партија приватно-правне теорије, у

којој има пуно тешкоће и спора. Један од веома бистрих новијих правника, проф. Брунс, каже о томе: „Наука о државини задржала је свој стари глас и карактер особене тешкоће и оспорености све до данашњега дана. И ако се по некад чинило, да су се назори пречистили, објаснили и сагласили, то беше само зато, да ускоро учини места још жешћем спору и препирци. И то нису тек појединa и незнатна детаљна питања, око којих се спор врзе, него се он напротив увек тиче самих основа целога појма о државини и практичкога поступања са тим појмом.“ [1]) Но осим сведоџбе овога знатнога правника (уз кога би смо могли још и многе друге нарећати) још се може сваки о збиљској тешкоћи и спорности тога питања о државини убедити и из тога факта што су од педесет година на овамо толики знаменити старији и новији правници нашли за нужно и вредно, да окушају своје правничко оштроумље и знање баш нарочито у тој материји те су писали монографије (засебне књиге) о државини; и ту је као и у многим другим деловима правне теорије први отпочео дубљу студију и теоријски претрес Савињи са својом књигом „Право државине“ (das Recht des Besitzes), иза њега онда дођоше Ганс, Кепе, Брунс, Ленц, Ранда, Иринг и др. који су сви у посебним књигама ту тешку материју разрађивали.[2]) Кад су се

[1]) Dr Bruns, Das heutige röm. Recht (Holtzendorff's Encyclopädie d. Rechtswissensch. изд. од г. 1873.) § 30. — Уз њега да наводемо још једнога од најчувенијих новијих правника белгијских Рипјера: «La theorie de la possession est particulièrement riche en problèmes difficiles, en questions délicates et embrouillées; les controverses y abondent etc. Alph. Rivier у «Revue d. dr. internat. et de législation comparée» 1871. 4. свеска, стр. 676.

[2]) Међу многим старијим и новијим монографијама и расправама о државини ми ћемо навести са пуним насловом само ово: Savigny, d. Recht. d. Besitzes (7. изд. г. 1865 од Рудорфа). — Gans, Über d. Grundlage des Besitzrechtes, 1839. — A. Koppe, Zur Lehre v. Besitz, 1839. — K. G. Bruns, D. Recht d. Besitzes im Mittelalter u. in d. Gegenwart, 1848. — G.

толики озбиљни и признати правнички писци бавили посебице тим питањем о државини, кад су о њему читаве књиге писали, онда се отуда сасвим основано може закључити, да напоменута тешкоћа тога питања није тек само нека теоријска измишљотина и да веома озбиљан научни спор, који још и данас траје, није никако могао бити само тек нека играчка доконих теоричара.

Свакојако дакле према свему, што смо сада у кратко напоменули, држимо да нећемо погрешити него да ћемо подмирити једну теоријску и практичку потребу, кад у овој расправи покушамо да и у нашој правној литератури отпочнемо темељитији претрес тога питања о државини. Ми рекосмо „теоријску и практичку потребу“ — па да ли збиља и практичку? На то је веома добро одговорио наведени аустријски правник Ранда казав у предговору своје књиге: „И ако определији нашега законика изгледају сасвим прости и јасни, ипак наша судска практика није остала чиста и слободна од обмана и кривога разумевања и у важним тачкама, нарочито у питањима о државини на некоме праву (Rechtsbesitz) довела је оскудица начелнога схватања целокупне материје до веома колебљиве, у својим крајњим резултатима неодрживе правне примене у практици“. Кад то са пуним основом може да каже један аустријски правник при онако тачно и пространо израђеноме законику и толиким комента-

Lenz, D. Recht des Besitzes u. seine Grundlagen, 1860. — Dr Ant. Randa Der Besitz nach österr. Rechte mit Berücksichtigung des gem. Rechts, d. preuss. französ. u. sächs. Gesetzbuches, изд. год. 1879. — Konr. Büchel, Über die Natur des Besitzes, 1868. — Rud. Jhering, Beiträge zur Lehre des Besitzes, 1869. — Reinhold Schmid, Üb. d. Natur des Besitzes (у „Kritische Vierteljahrsschrift fur Gesetzgebung u. Rechtswissenach. 1869.) — Meischeider, Besitz und Besitzschutz, 1875. 1876. — Bekker, d. Recht des Besitzes bei den Römern 1880. — Dernburg, Entwicklung und Begriff des jurist. Besitzes des R. R. 1883. и т. д.

рима, онда шта да кажемо ми, кад је наш грађански законик као што је већ и сувише познато само бедан и свакојако скрпљен и скраћен превод и извод из аустријскога законика, а баш нарочито та глава о државини у нашем је законику (напрема аустријскоме оригиналу) толико скраћена и непотпуна, да ту онда још са много већим основом и ми можемо оно казати што Ранда у оправдање своје књиге о државини говори. А и осим тога у опште се свако колебање у теорији и свака недовољна и неутврђена теоријска основа одмах рефлектује и у самој практици, и у самом позитивном законодавству и с тога сваки, који ма колико допринесе утврђењу и пречишћавању теоријске основе, тиме у исто доба чини веома знатну и важну услугу и самој практици.

После овога краткога увода да пређемо на ствар. Прва је тешкоћа и спорна тачка у науци о државини то основно питање: шта је управо државина, је ли она право или је само неки факт, неко фактичко стање? Дакле питање о самој природи државине. Изгледа као да то питање није баш тако тешко решити, јер обично се државина сматра одиста само као факт, као фактичко стање, које истина повлачи за собом извесне правне последице и ужива правну заштиту, али ипак по себи није никакво право. Зар и о теме још може когод сумњати? Па ипак се нашло правничких писаца и то знатних писаца, који су сасвим озбиљно доказивали, да државина није само то факт, него да је она доиста право и ти су писци покушали, да то разлозима докажу. И ту је онда настао веома пространи научни спор, при коме су најразличитија схватања природе државине на среду изнесена и услед кога је теорија запливала у такво колебање, да се још ни до данашњега дана из њега није сасвим извукла. Кад је Савиљи написао своју већ поменуту знатну књигу о државини онда

су назори, што их је он у њој развио, због великога ауторитета нишчена кроз дуго време скоро искључиво владали у правној литератури; та је њихова влада тек онда поколебана и потресена, кад је устао други опет чувен правник Ганс те жестоко напао на Савињијеве назоре и његову теорију државине и тиме учинио тако јак упечатак на правнички свет, да су се и други писци тако да кажемо окуражили да Савињијеве назоре подложе дубљој и темељитијој критици и онда су се мишљења тако поделила, разлози што су навођени беху тако разнолике природе као и разноврсни прелази између једнога и другога схватања, да је према свеку томе одиста тешко поставити неку класификацију тих разних мишљења. Но инак можемо не узимајући у обзир поједине прелазе и нијансе у опште узевши све писце, који су природу државине потање претресали, поделити у три групе: прво оне, који државину сматрају једино као факт и фактичко стање, а никако као право, друго оне, који је напротив опет сматрају као право, и најзад треће оне, који државини дају неку мешовиту двојаку природу, а то је да је она у исто доба факт и право.[1])

Свакојако ваља дакле и ми да заузмемо извесан положај и извесно гледиште у томе великоме теоријскоме спору око природе државине, а зато је опет нужно да бар у општим и крупним потезима наведемо и прегледамо разлоге, што су у потпору једноме или другоме мишљењу на видик изнесени.

Међу оне, који државину сматрају као право, спадају пре свега редактори аустријскога, прајскога и саксонскога

[1]) Међу те писце спада пре свега сам Савињи, а за њега међу новијим знатнијим писцима нарочито Брини (в. Brinz, Pandekt. §. 29.), а затим француски правник M. Ortolan, Explic. historique des Instituts etc. II. стр. 257.: «La possession, aux yeux de la loi, est non seulement un fait, c'est encore un droit.» Ортолан је у томе усвојио Савињијево мишљење, као што сам признаје на стр. 259. прим. 2.

грађ. законика, што је онда разуме се добило израза и у самим тим законицима. Аустријски је законик у томе погледу најдаље пошао означивши државину не само као право у опште него уврстивши је чак и у стварна права сасвим упоредо уз својину, заложно право, службености и наследно право (в. §. 308. аустр. грађ. законика). И наш је грађански законик у §-у 197. разуме се верна копија свога аустријскога оригинала те и он сасвим верно казује „права чисто-стварна која у себи закључују право државине (притежања), право баштинско (сопственост), право залоге, службености и наслетства.“[1]) Како су редактори аустр. грађ. законика у ту погрешку унали, то је лако објаснити; они су се ту просто држали оне поделе стварних права, која је у време састављања тога законика у тадашњој правној доктрини владала, а то је, да се стварна права деле у пет разних права, дакле се тај број пет[2]) морао свакојако одржати и отуда је онда морала и државина ући међу стварна права, јер их иначе не би могло бити пет на броју. У данашњој је теорији разуме се та подела већ давно напуштена и застарела. Но да ли је то збиља погрешно, кад се државина сматра и означује као право? Очевидно ту није довољно само тек казати да је то погрешно и неосновано, да је то несхватање природе државине и т. д. а овамо не обазрети се и не побити оне разлоге, што су их толики старији и новији и то признати правнички

[1]) Мимогред ћемо напоменути како је по новијој правној систематици и то очевидно погрешно, кад се и наследно право уврстиује у стварна права: оно није стварно право, него има свој засебни карактер, по коме оно поред стварних и облигаторних права стоји као неко треће, самостално имовинско право. в. о томе међу осталима: Unger, Syst. d. österr. Privatrechtes I. §. 51. — Randa, der Besitz etc. §. 3. прим. 14. и др.

[2]) Та пентархија као што је зове Унгер (Syst. I. стр. 524.) ту је први поставио неки стари правник Хан још г. 1643. у своју Dissertatio de jure rerum et juris in re speciebus.

писци на среду износили у потпору томе мишљењу, да је државина одиста право. Кад на тој страни стоји име једнога Гаиса, Пухте, Рудорфа, Синтениса, у неколико Иеринга и др. онда се на томе мишљењу свакојако морамо уставити и савесно и озбиљно оценити разлоге тих писаца. Ту ћемо пре свега опазити како се и сами ти писци, који државину узимају као право, јако међу собом разилазе и разликују у самоме мотивовању тога схватања, дакле су им разлози веома различни и ако се у самој тези међу собом слажу. Према томе се и ти писци могу према разлици својих разлога у извесне групе поделити. У једној групи стоје Гаис, Пухта и Рудорф, који карактер државине као права оснивају на некоме другоме праву, а то је на праву личности човекове. Тако н. пр. Пухта каже: „Право из кога се изводи правни опстанак државине, може само оно право бити, које претходи и својини и државини, а то је право личности. Дакле је личност држаочева оно, што његову државину покрива и заштићује и т. д.“[1]) Очевидно у томе не може бити доказ да је државина као таква право, јер кад хоће њен правни карактер да се изведе из права личности и да се оснива на њему, онда у томе свакојако лежи управо признање, да државина по себи није право; јер кад се државина само тада и само зато заштићује, кад и у колико је личност (обелодањена воља) повређена, онда она сасвим престаје уживати неку самосталну заштиту и њена је заштита само последица и излив права личности. Види се дакле да је то веома скривен и натегнут доказ о правноме карактеру државине, кад га она не носи у самој себи него мора да га позајмљује од другога некога права; свако право у правоме смислу носи самостално у себи самоме узрок своје правне егзистенције, а где то није случај

[1]) Puchta, Cursus d. Institutionen II. 1. 234.

ту нема права. А да је и сам Пухта увидео да је тај доказ са позивом и ослањањем на право личности управо неки теоријски крпеж, то се види по овим његовим речима: „Може се казати, да државина сама по себи није право, јер је она само једна страна права личности, и само зато, што је она управо то право (личности), узето у извесном правцу и са извесне стране, може се она правом назвати.“[1]) Дакле је државина у исто доба и право и опет није право! Као што је натегнут доказ, тако је збркана и натегнута и сама ова завршна изрека о правноме карактеру државине. То су у осталом већ поодавна увидели и они доцнији писци, који државину такође сматрају као право, али не могоше да усвоје тај доказ са правом личности, него мрадоше да нађу и изнесу друге боље и сретније разлоге за своје схватање. Да видимо те разлоге.

Има писаца који мишљење, да је државина право, оснивају просто на томе, што она уживa правну заштиту, што дакле постоје нарочите тужбе (у римскоме праву interdicta) за заштиту државине. Међу те писце спадају у новије доба Миленбрух, Пфајфер, а нарочито као најзнатнији Синтенис, а међу француским новијим правницима ту ћемо споменути професора париског правн. факултета Акарија, који сасвим кратко и пресудно вели: „Jointe ou non à la propriété, la possession est protégée par le préteur à l'aide de diverses procédures appellées interdits, elle est protégée pour elle-même, et en ce sens elle constitue un veritable droit.“[2]) Већ напоме-

[1]) Сист. d. Institutionen II. 1. 231.

[2]) C. Accarias, Precis de droit romain (Paris, 1874.) I. стр. 468. и прим. 2. — Напротив Mourlon, Répét. écrites sur le prem. ex. de code Napoléon I. стр. 697. сасвим правилно каже: «La propriété et la possession ne doivent pas être confondues: l'une, la propriété, est un droit l'autre, la possession, est un fait.» итд.

пути немачки писац Синтенис такође хоће да оснује правни карактер државине на тим тужбама (интердиктима), али се он ипак не изражава тако пресудно и отсечно о државини као праву него са неком резервом и са неким нарочитим дистинкцијама; пошто је напоменуо како има за државину нарочитих правних сретстава (тужаба) он наставља: „И по томе је она (т. ј. државина) правни односај, право, и то најниже међу оним правима, која се непосредно на ствари односе..., ма да се с друге стране она никако не може са другим правима изједначити тако, да би општа начела о правима сасвим просто и потпуно могла на њу да се примене.... Државина дакле стоји под неким својим особеним правилима.“[1]) Какво је дакле то право које стоји најниже на лествици стварних права и које се никако не може са осталим правима изједначати него се одсвијуљих разликује неким својим особеним правилима? Ту дакле стоје сва остала права на једној страни, а државина сама за се на другој страни. Зар тиме Синтенис није признао да је државина нешто друго него сва остала приватна права, а то је онда просто да она — није право. У осталом тај писац баш и не полаже велику практичку важност на решење тога питања, да ли је државина прост факт или је право, јер сам каже: „Напротив пак то питање, да ли је она (државина) право или не, управо је без икаквога практичкога резултата... И то је без сумње узрок што Римљани то питање нити покрећу нити решавају.“[2]) Према томе онда није чудно што се тај писац није баш толико ни трудио, да правни карактер државине на довољно јаким и темељитим разлозима оснује. Па ипак ми држимо да то питање о природи државине није тако без свакога практичкога резултата као што Синтенис вели, него напротив да је оно од велике теоријске и практичке важности пре свега већ због тога, што се на питање о основу правне заштите државинске не може темељито и правилно одговорити, док се прво природа њена не испита и на чисто не изведе. Но о томе ће ниже још бити говора.

[1]) в. Sintenis, D. pract. gemeine Civilrecht (III. изд. 1869.) §. 42.

[2]) Sintenis у нав. делу, §. 42, прим. 8.

Је ли дакле у томе одиста основан доказ, да је државина право, што је она посебним тужбама заштићена? Очевидно није, јер тужба сама по себи није право, него је само одређена по правилу за заштиту права, а по изузетку она може бити одређена и за заштиту нечега, што није право, него само правни односај т. ј. животни односај, који право узима у обзир, са којим неке извесне правне последице скопчава и за који правна правила прописује.[1]) Свакојако дакле кад за заштиту некога односаја постоји тужба, то још не мора значити, да ту мора бити и некога другога засебнога права, из кога тужба истиче и на коме се она оснива. Да је то збиља тако ми ћемо се позвати на два правничка ауторитета, а то је на Унгера и Виндшајда; Унгер говорећи о грађанскоме поступку дефинише тужбу овако: „Тужба је у правом тешњем смислу оно правно сретство, којим се неки правни односај или неко право у облику самосталнога напада против извесногa противника пред суд износи и пред њиме остварује;“ па даље вели: „Разлика у правним односима и правима, за чију заштиту тужба служи, рађа и оснива разлику у тужбама;“ најзад говорећи о предмету тужбе наводи како тај израз „предмет тужбе“ има двојако значење и у првоме је смислу „предмет тужбе само право

[1]) в. о томе: Randa, D. Besitz. стр. 26. — Buchel, Üb. d. Natur d. Besitzes, стр. 37—39, и др.

или сам правни односај, који неко себи присваја и чије признање пред судом тражи“ и на таквоме појму предмета оснива се деоба тужаба у посесорне (државинске) и петиторне (правне) тужбе, према томе како је или државина или право предмет тужбе (правнога спора).[1]) Ту дакле Унгер сасвим јасно одваја при тужбама права и правне односаје и шта више оне тужбе, којима је предмет државина, образују засебну оделиту врсту т. н. посесорних тужаба на према којима се групишу у другу врсту све остале (т. н. петиторне) тужбе, којима је предмет неко право, ма које оно било; дакле не само да тужба не чини државину правом, него се баш напротив тужба сама управља према државини и добија свој засебни од свију осталих тужаба одељени карактер, а то је просто с тога што државина није право и не спада међу права, него је само тужбом заштићени правни односај.[2]) Виндшајд, на кога смо се такође позвали, баш изречно каже: „Државина није право и то тако потпуно стоји, да се она управо не може ни дефинисати, док се као факт, као фактичко стање не мете на супрот праву (ohne dass er als Thatsache dem Rechte entgegengesetzt wird). Али она је правни односај и то је у двојаком смислу; прво с тога што су са њоме важне правне последице скопчане, а друго с тога“ и т. д.[3]) Ту дакле тај знаменити новији правник пресудно каже да је државина истина правни односај, али

[1]) в. то све у: Unger, Syst. d. österr. allg. Privatrechts II. I. I. 113. и 115.

[2]) То у осталом Унгер још и изречно каже на стр. 214. прим. 9. своје наведене књиге I. део; у тој примедби стоји: «... da der Besitz zwar ein rechtlich geschutztes Verhältniss der Person zur Sache, nicht aber ein Recht an der Sache, ein auf der Sache haftendes Recht ist.»

[3]) в. Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts. I. 150.

да није право и ако је тужбама заштићена.[1]) Није нужно да још речимице наводимо шта о томе кажу Ранда, Бихел и др. — Свакојако дакле излази да и тај покушај појединих писаца, да правни карактер државине оснују на тужбама, није никако успео и да се на таквоме доказу не може никако утврдити то, да је државина право.

Сад ћемо овде мимогред напоменути ради куриозума једнога писца, који стоји сасвим усамљен са својом теоријом о државини изнесавши неко сасвим оригинално мишљење, које ни код кога другога писца није до данас могло наћи одзива. Интересно је да га овде ма само у кратко наведемо као прилог за историју правничких парадокса. Тај је усамљени писац са тим оригиналним мишљењем новији правник Г. Ленц у својој већ напоменутој књизи: D. Recht des Besitzes u. seine Grundlagen. Писац већ у самом предговору каже како ôн са својом књигом хоће „да отпочне преврат у области приватнога права,“ хоће да отпочне сасвим ново доба у јуриспруденцији! Књига му се састоји из три расправе; првој је наслов: „О појму права и о његовој генези,“ другој: „О појму сингуларне сукцесије и самосталности стварнога права у правноме саобраћају;“ најзад трећој: „Државина као једино право на ствар, изложена и претстављена у редовним случајевима њенога прибављања и губитка;“ све дакле „многозначајни“ и звучни наслови који су у стању да у највећој мери побуде радозналост читаоца. Нас се овде разуме се највише тиче та трећа расправа о државини; ту писац доказује да је државина

[1]) Да је државина правни односај и ако није право потврђују осим Унгера и Виндшајда још међу осталима Randa, Besitz. стр. 28., а затим у најновије доба Baron Pandekten (изд. од г. 1885.) стр. 33. казујући: «Der Besitz, die thatsächliche Herrschaft einer Person über eine körperl. Sache ist zwar kein Recht, wohl aber ist er ein Rechtsverhältniss d. h. ein vom Rechte bestimmtes Verhältniss».

а) право, б) стварно право, в) ј е д и н о стварно право. Види се дакле да је пишчев проналазак тако неочекиван и оригиналан, да многи неће можда ни веровати, да је то збиља тај писац казао и доказивао, него ће мислити да ми можда претерујемо; али ево његових властитих речи: „Не, воља никад није нешто фактичко, него она је једино и само оно, што је правно. И само зато, што то нису увидели, нису ни државину умели да схвате и оцене како треба. Државина није факт, а она није ни смеса (протеј) од факта и права: него она је шта више ј е д и н о п р а в о н а с т в а р“. И то сад хоће писац на појединим редовним начинима прибављања државине да покаже и докаже и то је онда главна садржина његове расправе. Међутим при свем оштроумљу и ишчитаности пишчевој ипак му никако није испало за руком да то његово чудно и оригинално мишљење одиста докаже. Разуме се да ми овде немамо довољно места нити нам може бити намера да појединце и потанко разгледамо и оцењујемо цело његово доказивање, него ћемо само по нешто напоменути да се види какви су ти Ленцови „докази.“

Ако је збиља државина ј е д и н о право на ствар, онда из тога мора излазити, да нема више никаквих других стварних права, и да по томе ни својина није право на ствар. И писац то одиста тврди казујући: „Својина као таква није тотално право на ствтр, него је само правна могућност да се до тоталнога господарства над неком ствари може доћи или по ново доћи (gelangen oder wiedergelangen zu können). Она је дакле actio in rem, али није jus in rem. Кад ми само то можемо казати: res mea est — res ad me pertinet (ствар је моја, ствар мени припада), онда ми сада још нисмо господари ствари, него ми то само можемо п о с т а т и или о п е т п о с т а т и.“ Да је све што је ту казано сасвим погрешно и да је противно свакој правној и логичкој истини, то није тешко увидети. Да власник, који нема

државину ствари, није ф а к т и ч к и господар ствари, то се по себи разуме — али баш се у томе састоји његово оддржавине сасвим независно п р а в о на ствар, што он задржава моћ над њоме и њеном правном судбином и без фактичке власти. Није никако истина, да се та моћ његова исцрпљује само у томе, што он може да тражи помоћ суда да до своје ствари дође (actio in rem). Власник осим тога може без икаквога обзира на фактичко господарство ствар да заложи, да је оптерети службеностима и другим стварним правима, да је остави у наслеђе или као легат — у кратко, он може на многе и многе начине на њену правну судбину да делује и да утиче, на што све само голи држалац, пошто је само фактички господар ствари, нема ни права ни моћи. — „Потпуно право на ствар,“ наставља писац, „има у истини само онај, ко х о ћ е ствар да има и да задржи и ко м о ж е да је има и да је задржи. А то је баш држалац.“ Али је сад мука, што је такав држалац и онај, који је ствар украо или отео. Писац се уплашио од те консеквенције, да и лопову и разбојнику припише „једино“ потпуно п р а в о на ствар и с тога он одмах брже боље изјављује, како он има пред очима само с а в е с н о г а држаоца, јер наравно несавесни држалац не може ствар имати ни задржати, пошто у спору око државине мора подлећи. Дакле ту наједанпут излази да није државина као таква, него само савесна државина „једино право на ствар.“ А зашто то писац није одмах казао? Зашто се у самоме наслову те своје расправе тако изражава, да сваки мора мислити да он има пред очима и државину лопова и разбојника? Зашто он тако тек крадом и на месту, где то нико неби очекивао, на место државине у опште подмеће савесну државину?

Све је то само зато, што писац има и одвише логике, те да не опази, да је он управо сам себе побио тиме, што

је у место државине уметнуо савесну државину. Кад он несавесногa држаоца с тога само брише и уклања, што он у спору око државине мора подлећи (што у осталом не стоји увек и безусловно!), то онда тај разлог може да важи тако исто и за савесногa држаоца кад се он нађе у спору са правим власником ствари. И најсавеснији држалац на према власнику, који своје право пред судом докаже, не може државину своју одржати и у томе погледу стоји потпуно у једноме реду са најнесавеснијим држаоцем. У осталом писац у даљем току своје расправе сасвим опет заборавља то ограничавање на савесну државину и говори о државини без икаквога обзира на њену савесност или несавесност. Осим тога писац доцније и то заборавља, да је он управо предузео да докаже, како је државина ј е д и н о право на ствар. Он се чини, као да има само то да докаже, да је држа̀вина у опште п р а в о, где би онда, баш кад би тај доказ и испао за руком, свакојако још велико питање било, да ли је она одмах и с т в а р н о право, а камо ли још једино стварно право. Међутим писцу није ни то испало за руком да докаже, да је државина у опште неко право, јер он није никакав нови доказ у томе погледу пронашао и изнео, него понавља само оне већ толико пута казиване разлоге, који су већ довољно побијани и побијени. Тако н. пр. оно, на чему Ленц оснива правни карактер државине као: што само правно способна лица могу државину имати, што само признати предмети права могу бити и предмети државине, што државина као таква може бити предмет правних послова и т. д., то су све разлози из којих никако не излази да је државина право, што је већ од стране толиких писаца доказано.[1]) Што само правно способна лица (правни

[1]) н. н. пр. R a n d a, D. Besitz etc §. 3. прим. 7. — E x m a r c h, Zur civilistischen Literatur (кратка рецензија Ленцове књиге у Krit. Viert.ljahrsschr f. Gesetzghg. u. Rechtswiss. IV. Bd. 2. H. 1862, стр. 196). и др.

субјекти) могу државину имати и што предмети државине не могу бити res extra commercium (ствари изузете и искључене из правнога саобраћаја), то није нимало чудно нити у томе има ма најмањега доказа, да је државина право. Државина се у опште заштићује, јер сама в о љ а човекова, баш и кад се не јавља као правна воља, него само као ф а к т и ч к а воља, ужива заштиту против самоволе и самовласти; али кад се нечија воља у праву у о п ш т е н и к а к о, дакле чак н и к а о п р а в н а воља не признаје,[1]) онда је сасвим доследно и логично, да таква воља још мање може добити признања и заштите, кад је само фактичка.[2]) Дакле би од стране права било крајње нелогично и неконсеквентно, кад би оно државину ма и као факт признало онима, који у опште немају никакве правне способности; немати правне способности, не моћи бити правни подмет или субјект, то значи не моћи стојати ни у каквим правним и правно заштићеним односима, дакле разуме се ни у односу фактичке власти над неком ствари, која се зове државина и која ужива правну заштиту. Из свега овога дакле излази, да у томе, што само правно способни подмети могу државину имати, није никакав доказ, да је државина право, јер воља оних, који нису за право способни, у опште се не признаје и не добија заштиту б е з о б з и р а н а т о, да ли је реч о неком праву или о некоме просто фактичкоме стању, као што је државина. — А што ствари ван саобраћаја, res extra commercium, не могу бити предмети државине, у томе тако исто не може бити никаквога доказа, да је државина право и то је по нашем мишљењу тако јасно и тако неспорно, да би било одвећ банално, то још овде нарочито

[1]) Као што је код оних, који немају правне способности, дакле не могу бити субјекти права.

[2]) Као што је при државини.

доказивати. — Најзад што Ленц наводи да државина може бити предмет правних послова (н. пр. куповине) и то такође сматра као неку јаку потврду томе, да је државина право, то је крајње неосновано, јер нигде није казано, да су само права предмети правних послова него напротив све, што има имовине цене и вредности, то може бити предмет правних послова; дакле се то сасвим лепо слаже са фактичком природом државине, да она јесте и може бити предмет правних послова.

Но Ленц мисли да најглавније и најтеже оружје против оних, који државину не признају као право, лежи у науци о прибављању и губитку државине; то је главна тачка, на којој се он оснива. Па шта у томе погледу наводи? „Зар се неки факт може прибавити и изгубити? Факт се не прибавља нити се губи, него он само постоји, егзистује“ тако гласи тај његов најглавнији и најтежи доказ. А зашто се факт не би могао прибавити и изгубити? Државина је фактички однос према некој ствари, фактичка власт над том ствари — па зар се не може та фактичка власт прибавити а затим опет изгубити? Зар све оно, што се прибавља и губи, мора одмах зато бити право? Разна знања, пријатељи, љубав, поштовање се прибављају и задобијају, а ипак то нису никаква права. У опште прибављање и губитак нису само јуристичке категорије, само правни појмови, као што Ленц мисли. А осим тога баш и да узмемо, да је основано оно „да факт само може постојати или не постојати“ то је и на то Ранда добро одговорио приметивши: „Denn Erwerb und Verlust sind ja nur andere Ausdrücke für „Dasein und Nichtdasein“ des Besitzes, hergenommen von dem analogen Sprachgebrauche bei Rechten, der dadurch seine Erklärung findet, dass der Besitz durch den ihm zu Theil gewordenen Schutz einen dem Rechte ähnlichen Charakter erhält.“ —

Најзад ћемо још напоменути као једну карактеристику Ленцовога схватања, да он сматра, да је воља субјекта као таква одмах и право, ма какве садржине та воља била [1]); кад би то збиља тако било, онда одиста не би било потребе ни за Ленца ни за ма кога другога, да тражи још неке друге разлоге и доказе за правни карактер државине, јер у томе би свакојако био концентрисан и исцрпен сав доказ за тезу, да је државина право. Државина је фактички остварена воља, а кад је воља у сваком случају право, онда је разуме се и државина право — то је сасвим просто и јасно. Но разуме се да се нико неће трудити да озбиљно доказује, како то није истина да је воља увек и право, јер такво схватање очевидно тумбе обриће све појмове о праву, а поврх тога је и сам Ленц то своје схватање побио тиме, што као што смо видели државину као право ограничава само на савесногa држаоца.

Но да се растанемо већ једном са Ленцом и његовим „оригиналним“ мишљењем, на да се обазремо још на по неког важнијега писца, који брани и заступа мишљење да је државина право. Најважнији је без сумње међу свима тим писцима у новије доба Иеринг, који своје признато оштроумље, сав свој велики и заслужени ауторитет баца на вагу, те да претегне на страну схватања државине као права. Као и све остале теме, о којима је писао, тако Иеринг и питање о државини разрађује својим познатим духовитим и занимљивим начином и у његовој расправи има много поучнога нарочито правно-историјскога материјала, али ипак је зато основна мисао његова схватања о државини по нашем мишљењу погрешна и не може се одржати и ако је Иеринг својим бриљантним стилом и разлагањем многе

[1]) Он вели: „das wollende Ich, als sich verwirklichender Geist, kann seiner Natur nach nur das wollen was vernünftig ist.“

доцније и најновије писце за своје схватање задобио.[1]) Како дакле Иеринг схвата природу државине? По њему је то пре свега „основна обмана да се појам државине идентификује са појмом фактичке власти над неком ствари“ јер цео основ правне заштите државинске не лежи никако у државини него у своји ни и према томе тај писац државину зове своји ном у дефанзиви, она је само једна ситуација или позиција своји не (eine zur Selbständigkeit des Schutzes u. Rechtes erhobene Situation des Eigenthums, eine Eigenthumsposition), а то се просто на томе оснива, што је требало олакшати доказ и одбрану своји не; кад се власнику одузме ствар против његове воље онда је ваљало ослободити га тешкога и заметнога доказа своји не, него му дати могућност да своје право одбрани и заштити и без тога доказа, а то је позивањем на државину, при којој није нуждан никакав даљи доказ. Своји на остављена самој себи, дакле заштићена само строгом виндикацијом (тужбом и доказом своји не), била би најнепотпунија и најнеспретнија установа на свету и с тога нађоше да је нужно да се уз строгу виндикацију као допуна дода још и тужба државинска, која је дакле уведена једино ради власника и једино је за његову олакшицу намењена и само се с тога држалац сматра као власник, и као такав заштићује док се противно не докаже. При томе Иерингове схватању практичкога значења државине мора нам одмах пасти у очи, да је државинска тужба, намењена да буде само допуна тужби ради своји не, у своме дејству добила такав обим и замашај, који очевидно прелази далеко преко означене цељи. Већ је то само по себи довољно, да се одмах у напред посумња о

[1]) Тако н. пр. у најновије доба: Zrodlowski, D. röm. Privatr. 1880, II. стр. 175. — J. Baron, Pandekten (5. изд. од г. 1885.) стр. 197. који истина не пристаје баш на чисто и потпуно уз Иерингово мишљење, али ипак вели само то мишљење „има много за се.“

Иерингској хипотези. Иеринг сам увиђа и признаје како та државинска тужба, тобож намењена једино за олакшицу при заштити своји не, служи и иде у корист и свакоме невласнику, који има државину, дакле и лопову, разбојнику и.т.д. Према томе онда државина у место да служи само и једино своји ни, може да се окрене и против своји не те може исту услугу, коју чини власнику, који држи ствар, заштићујући га лаким начином против недржаоца, учинити и невласнику, који има државину, против власника, који нема државину. Тиме се очевидно дакле надбацује цељ, којој је државинска тужба по Иерингу намењена. Али то је као што тај писац вели „неизбежна последица те власнику намењене олакшице у доказивању“ јер кад би се при државинској тужби допустило, да се покрене и расправља питање о праву, онда би истина отпало заштићавање државине лопова, разбојника и т. д. али би се у исто време осујетила и сама означена цељ да се олакша одбрана и доказ своји не. Одиста, чим би се опоме, против кога се тужба државинска подиже, допустило, да покрене питање о праву, да доказује како тужилац (ма да је држалац није имао никакво право на ствар, онда би одмах и власник морао од своје стране опет упустити се у доказивање, да је он доиста власник ствари и тада би отпало сасвим оно олакшање одбране и доказивања, које хоће простим позивањем на државину, на „фактичност своји не“ (Thatsächlichkeit des Eigenthums као што вели Иеринг) да му се прибави. И то је та „неизбежна консеквенција“ по којој се мора ради саме цељи бранити и заштићавати свака (дакле и несавесна, неправедна и т. д.) државина не питајући нимало за право.

Зар није јасно да Иерингова теорија о практичкоме значењу државине саму себе побија, кад мора да пристане на такве неизбежне консеквенције? Какво је то олакшање доказа

својине, које се таквом ценом откупљује? Иринг сам признаје „dass man auch dem besitzenden Nichteigenthümer gegen den nichtbesitzenden Eigenthümer den Besitzschutz gewährt, ist der Preis, den das Gesetz zahlen musste, um dem Eigenthümer den ihm zugedachten erleichterten Eigenthumsschutz zuzuwenden.“ Али он налази да је боље да понекад изузетно и неки недостојни, неки лопов или разбојник учествује у заштити државине, него да се та заштита ослаби и парализе увлачењем и допуштањем питања о праву. Па ипак је то веома слаба и мала утеха и накнада за ону скупу цену, коју је закон морао платити. Но сад настаје још и то питање, није ли могао закон то олакшање доказа путем државинске заштите прибавити власнику, а да не мора у исто доба ту заштиту распрострти и на лопова, у опште на онога, који није власник? Доиста је могао, као што је то међу осталима новији правник Р. Шмид веома добро напоменуо и доказао.[1]) Тај писац наводи како се по римскоме праву при двема тужбама, а то је при тужби на накнаду штете при крађи (condictio furtiva) и при тужби ради повреде туђега имања (actio legis Aquiliae) допуштало туженоме, да може против тужбе да се брани изузећем (ексцепцијом), којим доказује своју или туђу својину на украденој или повређеној ствари, дакле доказује да тужилац није власник те ствари; па таква се иста ексцепција могла допустити и против државинских (посесорних) тужаба и тиме би онда закон постигао, да се та државинска заштита и олакшање доказа правоме власнику нимало не украти и не окрњи, а да се ипак лопову и разбојнику украти заштита у уживању неправедно прибављеног добра. Да је то тако то ниједноме правнику није нуж-

[1]) В. већ наведену расправу: R. Schmid, Üb. d. Natur des Besitzes, стр. 72—75.

но опширније доказивати. Па ипак закон то није учинио, ма да је могао и већ по томе је јасно, да се при заштити државине није мислило на својину нити је ту било намере, да се само власнику олакша одбрана и доказ, него је државини дата заштита као таквој а не као некој позицији својине, дата јој је ради ње саме, а не ради својине.

Иринг у потврду својој хипотези додаје веома интересна и оштроумна правно-историјска разлагања, у којима показује, како је најранији повод, при коме се државина у римскоме праву јавља као предмет судскога решавања и наређивања, био спор око својине; но при свим тим веома поучним правно-историјским податцима, у којима је Иринг нарочито јак, и при свем доказивању најтешње везе у којој је у почетку државина стојала са својином и спором око својине, ипак то све не може имати великога и пресудногa утицаја на решење самога главнога питања о природи државине. Ма колико да је државина у својој најранијој појави била намењена олакшању доказа својине, ипак о томе не може бити сумње да је она у доцнијем праву у своме даљем развићу начелним искључењем питања о својини добила такав обим и значај, којим је њен правни карактер битно постао друкчији и различан.[1]) Преко те сасвим несумњиве и основане примедбе Иринг прелази просто оном већ наведеном напоменом, да је доцније проширење државинске заштите било неизбежна консеквенција онога власнику намењеног олакшања доказа и да је дакле она, као што већ помињусмо, цена, коју је закон за то олакшање морао да плати; уз то још додаје како је тиме свакојако измењен и померен нормални облик државине (eine Ver-

[1]) И су сила извори римскога права нарочито важну: »Nihil commune habet possessio cum proprietate« l. 12. §. 1. Dig. 41. 1 »Separata esse debet possessio a proprietate« l. 1. §. 2. Dig. 43. 17. — В. о томе још међу осталима: Dr Quaritsch, Institutionen u. Rechtsgeschichte 1887. стр. 170.

schiebung der normalen Gestalt des Besitzes). Међутим се у изворима римскога права нигде не налази ни трага о томе, да су римски правници то сматрали као нешто ненормално, као неко размицање и кварење нормалнога облика државине, што је државинска заштита распростртa и на невласника, а осим тога смо видели, како то проширење државинске заштите, ако је њоме хтео само власник да се заштити, није било баш никако потребно, пошто се као што смо напоменули при посесорним тужбама тако исто могло помоћи изузећима (ексцепцијама), као што је учињено при већ наведеној condictio furtiva и actio legis Aquiliae. Римски су правници баш напротив налазили, да је државинска заштита у ономе обиму и пространству, у коме је постојала у време класичкога правништва и у јустинијановоме праву, нешто сасвим нормално као што по примеру римскога права и данашњи новији законици без сумње полазе од тога схватања, да циљ државинске заштите ваља тражити у државини самој, а не у својини.

Још ћемо овде као веома надлежну оцену Иерингове хипотезе навести и речи једнога од знатнијих новијих романиста, а то је већ поменутога Бруса који вели међу осталима: „Мисао, да се државинска заштита схвата као олакшање доказа својине, не сме се никако изводити из римскога права ни тражити у њему. Истина да државинске тужбе могу свакојако и по римскоме праву учинити непотребном и сувишном праву тужбу ради својине и у толико власнику олакшати заштиту његове својине, исто тако као што се и позната Publiciana (publiciana in rem actio) може за олакшање доказа употребити у место праве виндикације. Али и у једном и у другоме случају звало би се променути и побркати фактичку последицу са правним основом, кад би се у томе олакшању доказа хтело сматрати и налазити право начело тих тужаба. Нема сумње да је држалац при виндикацији слободан од доказивања, али по

римскоме схватању не зато, што је у државини хтела да се заштити својина, него, као што Римљани сами веле, зато што „naturalis ratio“ чини, да онај, који не држи, који нема државину, мора да тужи и доказује, и ако не докаже, држалац задржава ствар и ако баш очевидно није власник.“[1])

Држимо да је према свему овоме, што смо навели, довољно јасно, да је Иерингова хипотеза одиста неоснована и да ни самоме томе знаменитом и духовитом правнику није испало за руком, да докаже, да је државина право, а не само факт. У осталом та Иерингова мисао није ни сасвим нова, она стоји очевидно на истој основи са негдашњом пресумцијом (претпоставком) својине при државини, која се налази у старијих писаца; ти су писци државину сматрали као пресумтивну својину, дакле је по њином схватању постојала претпоставка, да је држалац уједно и власник.[2]) А то све, и та стара пресумција и та новија Иерингова хипотеза, оснива се на тој тежњи, да се олакшају тегобе, које доказ својине нарочито по модерној доказној теорији са собом доноси. Та је тежња основана и њена се потреба може признати, али се подмирење те потребе мора упутити и преместити у област својине и стварних тужаба, а никако се не сме ради те потребе потрти или окрњити самосталност државине и напустити мисао, да државина као таква ради ње саме ваља да се заштити. Према свему се дакле види, како је већ наведени правнички писац Шмид имао право кад је казао како Иерингова теорија о државини збиља изгледа „als ein Verzweiflungsact, weil dem Verfasser keine der Theorien, die den Zweck des Besitzes in ihm selber suchen, vollkommen genügte.“

Тиме смо овако у кратко прегледали и претресли теорије оних новијих писаца, који хоће државину да схвате

[1]) Bruns, D. heut. röm. Recht. §. 30.

[2]) И. о томе данас већ заштарелом схватању Randa, D. Besitz. стр. 29.

као право. Покушали смо да покажемо како ниједноме од њих то није испало за руком. Сад ћемо још обазрети се на неке разлоге, који се налазе напоменути у неких писаца, који државини дају мешовит карактер, дакле да је она у исто доба и факт и право. Тако н. пр. каже се да државина тиме постаје право, што позитивни закон са њоме скопчава извесне правне последице; међутим ми знамо да закон и са другим неким чисто фактичким стањима скопчава правне последице, тако н. пр. са егзистенцијом човека скопчава правну способност, са пунолетношћу скопчава потпуну способност за правне послове (Handlungsfähigkeit), са брачним односајем и са односајем деце према родитељима скопчава право на пристојно или нужно издржање, на васпитање и удомљење према мужу и према родитељима и т. д., па ипак ваљда нико неће тврдити, да су та стања као: људска егзистенција, пунолетност, својство супруга или детета да су то права?[1]) Тако је исто неосновано, што Савињи а уз њега и други писци изводе, да је државина с тога право, што повреда државине и сметање у државини није допуштено. Многе су радње недопуштене и забрањене, па ипак се отуда не може извести закључак, да ту одмах мора да постоји неко конкретно право; тако н. пр. о томе нема сумње да је крађа и разбојништво забрањено и према самоме детентору, али из тога никако не излази да је детенција (просто држање) такође неко право.

Још ћемо ради потпуности овде напоменути како има писаца[2]) који признајући фактичку природу државине ипак мисле да она добија карактер некога права, или бар да јој

[1]) Било је истина неких правника, а нарочито аустријских, који су и та стања сматрали као права, али је то најбоље побио Унгер Syst. d. österr. allg. Privatr. I. стр. 554.—511.

[2]) Као н. пр. Baron, Pandekten. §. 112. — Savigny, Recht d. Besitzes, §. 5. стр. 27.

се „приписује и неки правни елемент“ (као што каже у најновије доба већ наведени Барон) тиме, што правила римскога права о могућности, о прибављању и губитку државине не одговарају увек њеној фактичкој природи, него се нта више много пута узима да има државине онде, где је фактички нема, а обратно се опет много пута пориче и ако фактички одиста постоји. У таквим случајевима дакле није фактички односај. Одиста има таквих[1]) случајева у римском праву и у данашњим правима; то на први поглед може да изгледа збиља као веома јак и пресудан разлог, да је државина ипак неко право, да у њој има збиља некога правнога елемента и да није само и једино факт и фактичко стање. Па ипак и тај разлог, кад се изближе разгледа, није никако у стању да државини даде карактер некога права, него она при свим тим напоменутим случајевима остаје факт и фактичко стање, са којим су скопчане извесне правне последице. А да је то тако, то по нашем мишљењу није тешко увидети ни доказати. Правном заштитом која се државини као таквој даје она постаје предметом позитивнога законодавства и делом објективнога права. Тиме дакле, што се државина прима и уноси у област права, њен природни појам, који је по својој суштини го факт, постаје правним појмом и сама државина постаје правним односајем. Последица тога примања у право мора свакојако бити то, да се државина према извесним правним разлозима преображује и да се онда њена чисто фактичка природа у неколико измењује (модификује). Какве су те модификације то смо мало час већ напоменули. Те измене, што мора да их претрпи природни облик државине при њеном правноме формисању, имају свој основ од чести

[1]) В. о тим случајевима: Windscheid, Pandekten I. §. 148. — Puchta, Institutionen II. §. 228. — Accarias, Précis d. droit romain I. стр. 474. и 475. — Randa, Besitz. стр. 2 и 3. и др.

у томе начелноме обзиру, да државина услед тога, што је примљена у право, мора да дели судбину свију права онде, где неко правно правило носи на себи апсолутан, заповедни карактер.[1]) Кад не би тако било онда би право дошло само са собом у очиту противречност. Не може се држава, дакле прост факт, признавати ни правно заштићавати онде, где закон апсолутно забрањује и одриче и саму могућност права (н. пр. одрицати могућност права својине, службености и т. д. на стварима ван саобраћаја, а признавати правну могућност државине на њима то би било очевидно нелогично и без смисла). Услед свега се тога дакле предмет, постанак, наставак и губитак државине у позитивноме праву у многоме погледу друкчије регулишу и одређују, него што би то излазило логичним извођењем из чисто природнога појма њенога.[2]) Па ипак свете измене од стране позитивнога права не могу никако оправдати горе већ поменути закључак, да је тиме државина постала правом, јер све те модификације тичу се особенога облика, што га фактички односај државине добија у праву, али оне никако нису у стању, да државину начине правом, јер тиме државина никако још не постаје правном влашћу некога лица над неком ствари. При свем томе правном прерађивању државина дакле још никако не носи на себи карактеристикон сваког приватнога права, а то је, да је од објективнога права призната правна власт индивидуалне воље према некоме предмету. Она остаје фактичка моћ и власт и ништа више.

---

[1]) В. о тој врсти правних правила међу осталима: у мојој књизи: Систем рим. права I. стр. 28.

[2]) Добро је о томе казао Бринц: »Die Natur des Besitzes ist unter die Herrschaft des Rechtes zurückgedrängt, auf dem Gebiete des Rechtes ist er ansässig (naturalisirt) und dann durch die Berührung mit dem Rechte civilisirt.«

После свега овога претресања разних противних мишљења одиста је сасвим на месту питање: па кад би се збиља признало да је државина право, онда шта је управо садржина тога права, јер свако право без сумње мора имати своју одређену садржину? Да државинске (посесорне) тужбе не могу да се сматрају као садржина тога „права" државине, то смо горе већ споменули и то је за сваког јасно, јер су тужбе само заштитна средства некоме праву или правном односају, али никако не спадају у његову садржину. Осим тих тужаба пак шта још остаје као правна садржина државине? Ништа. Под садржином права разумеју се поједина овлашћења, која нам неко право даје; дакле је садржина права све оно, што нам по сили тога права припада, што по сили тога права смемо чинити. По тој разлици у садржини и појединa се права међу собом разликују.[1]) Па каква правна овлашћења има држалац као такав, шта он по томе своме „праву" сме чинити? Што се тиче савесне државине одиста се може лако доћи у искушење, да се садржина права својине сматра уједно и као садржина права савесне државине и томе искушењу многи старији и новији писци нису могли одолети па ни састављачи аустријскога грађ. законика, чије је схватање као што смо већ видели и у наш грађански законик прешло и можда се само слу-

---

[1]) Ми остајемо и овде тога убеђења да је садржина одиста једини критеријум за разликовање појед. права међу собом, као што су то Унгер, Синтенис, Шајра и др. доказали и усвојили. Значи дакле да је погрешно права делити и разликовати по предмету као што то веома многи старији и новији писци чине. Један од најновијих писаца Zrodlowski (D. röm. Privatrecht II. Bd. стр. 178. и 185. прим. с.) такође одбацује неделу по предмету а усваја поделу по садржини, само што он садржину права друкчије одређује и схвата него н. пр. Унгер и др. То је у свези са новом дефиницијом субјективнога права, што је у новије доба на среду изнео прво Иринг, а уз њега Шлосман и поменути Зродловски. Ми у то питање о самоме појму субјект. права не можемо овде опширније улазити. Свакојако и по томе новијем схватању подела по садржини остаје једина рационална.

чају (а никако правилноме мишљењу) има приписати, што је састављач нашега грађ. законика хтео у многоме да скраћује и само тек изводи садржину свога оригинала те тако онај много претресани §. 329 аустр. законика није бар у потпуној својој форми добио места у нашем закону. Одиста тај је §. задао нарочито аустријским писцима и коментаторима много главобоље, јер по његовом буквалном значењу државина има своју одређену садржину, набрајају се баш поједина овлашћења која припадају савесном држаоцу као таквоме без икаквога обзира на какво друго право; ту се каже: „Савесни држалац може једино на основу своје савесне државине ствар, коју држи, без одговорности по својој вољи да употребљује, троши, па и уништи.“ Ето дакле потпуно одређене садржине права државине! Шта ћемо сад на то да кажемо — зар тиме није доказан правни карактер државине? И у нашем грађ. законику излази се иста мисао али само не у тој несретној форми, него (мора се признати) у правилнијој форми, јер се ту у §-у 201. каже како савесан држалац „за оно што је употребљавао, уживао, трошио или потрошио ствар није дужан одговарати.“ И збиља је ту главни нагласак и главна тежина на тој одговорности или неодговорности. И ако су се многи аустријски коментатори дали збунити поменутим параграфом те су одиста веровали у та формална правна овлашћења, што их закон даје савесном држаоцу, то се ипак нашло неколико правничких писаца, који су ствар бистрије и правилније схватили те су одредбу тога поменутога параграфа свели на њену праву меру и право значење. Међу те писце спадају нарочито Унгер, Стубенраух и Ранда. О томе не може бити сумње, да тим поменутим параграфом није законодавац никако имао намеру, да означи нека истинска цивилно правна овлашћења држаочева, него је тим параграфом ра-

зуме се у погрешној и несретној форми хтело то да се каже, да савесни држалац не одговара за то, ако је ствар уживао, трошио и потрошио, дакле да није обвезан на накнаду штете, али узрок томе није државина, него то, што нема кривице код савесногa држаоца, дакле тужби класниковој на накнаду штете недостаје правни фундамент (fundamentum agendi), а то је кривица оптуженога (§. 1295 аустр. грађ. законика, §. 801. нашега грађ. законика). И с тога је Стубенраух веома добро казао да та тобожња „права“ савесногa држаоца нису никаква права него су само погрешне теоријске апстракције из општих правила о условима тражбине на накнаду штете.[1] Шта више и само много пута навођено право савесногa држаоца на плодове и на накнаду цене, што је дао за ствар, у извесним случајевима, то све није последица саме државине као такве, него то су користи што их закон из обзира правичности скончава са савесношћу државине.[2] А најглавније је то, што се закон при тим тобожњим овлашћењима и правима ограничава само на савесногa држаоца, несавесноме она не припадају, а међутим зна се да савесност или несавесност (bona или mala fides) може имати уплива само на прибављање некога права и на обим обвезе, а никако на саму садржину извесногa права.

Кад би дакле збиља у државини садржавала се извесна правна овлашћења, онда би она морала свакојако припадати сваком држаоцу као што н. пр. право на држа-

[1]) B. Stubenrauch, Commentar zum allg. bürgerl. Gesetzb. I. стр. 657.

[2]) В. међу осталима: F. Laurent, Cours élémentaire de droit civil (1881.) I. стр. 491. где вели: «La loi déroge à la rigueur du droit en attribuant les fruits au possesseur (de bonne foi). Ce ne peut être que par une considération d'équité etc.» — То исто казује и Mourlon, Répét. écr. s. l. prem. éd. de code Napoleon I. 639. само што он још ближе објашњава шта је то «considération d'équité.» — В. још Randa, Besitz стр. 155.

виску заштиту путем тужбе припада свакоме држаоцу не питајући да ли му је државина савесна или несавесна, правична или неправична и т. д. Чим се пак чини разлика између савесне и несавесне државине, онда то одмах јасно показује да то нису овлашћења и права **државине**, него као што мало час казасмо користи и олакшице савесности.

Према свему се дакле види, да право државине нема никакве садржине, да у њему не леже никаква **правна** овлашћења, дакле да ни савесни држалац нема никакво **право** на ствар. И збиља, кад би државина одиста била неко право онда осим тога, што би се избрисала граница између државине и својине, [1]) још и то се никако не би могло разумети, зашто се она истим начином као и **свако друго** **право** не заштићује **тужбама**, него се држаоцу дају правна сретства сасвим **засебне** природе и облика; не би се могло разумети, зашто о **прибављању** и **губитку** државине постоје сасвим **особени** определјаји, који из њене природе истичу, зашто се при заштити државине, противно свима правним начелима, нимало не пита за **начин** њенога прибављања, него се заштићује и **противправно** стечена државина н. пр. и лопова, разбојника и т. д. Што поред тога неки писци као доказ да државина није право наводе још и то, како се она само против извесних **врста** повреде заштићује, док се при заштити **права** не пита за начин и врсту повреде — то је тај навод сасвим сувишан, јер баш и кад би се државина безусловно заштићавала, то ипак неби мењало њену фактичку природу нити би је могло начинити правом.

Пошто смо дакле сад доста опширно прегледали све разне теорије и разлоге оних писаца, који државини дају

[1]) „Wäre der Besitz Recht, so wäre der **Sachbesitz Eigenthums** ваша је основано казао **Randa**, Besitz, стр. 23. прим. 12.

карактер права и пошто смо, тако бар мислимо, показали, да се тим разлозима правни карактер државине никако не доказује, то сад можемо као основан закључак поновити оно, што смо већ у течају овога разлагања казали а то је: да државина **није право**, него факт, фактичка власт некога лица над неком ствари; а кад државина у опште није право, онда она разуме се не може бити ни стварно право и с тога је како аустријски тако и наш грађански законик сасвим погрешно уврштују међу стварна права. Но то што државина није право нимало не смета, да се државина означи као „правни одношај“ у толико, у колико је правом регулисана и правним сретствима заштићена.

Кад смо таквим начином природу државине утврдили, онда сад сасвим логички настаје питање: зашто се државина од стране права заштићује, зашто јој се даје неко правно значење, кад она није право, него просто фактичко стање? Какав је дакле основ државинске заштите? Проблем је у овоме: ми просто држимо неку ствар и зато што је имамо у државини, треба да се може о нама казати, да се ми налазимо у некоме правном стању, као држалац треба да можемо тражити правну заштиту, па ипак је та државина нешто фактичко — тврдећи да имамо државину, ми се позивамо на један го факт, по коме је још сасвим нерешено, да ли смо ми у праву или неправу, па ипак ми тражимо, да нас право заштити у томе однošају — како и зашто то може бити? На то би се питање могло пре свега сасвим просто и кратко одговорити: позитивно право нашло је да треба да заштићује државину, дакле је основ те заштите у позитивном законодавном наређењу и тај је основ сасвим доњаан, потпуно је сувишно свако даље питање о томе, **зашто** је право усвојило ту заштиту и т. д. Државина се заштићује зато, што је та заштита у позитивноме праву наређена и основана и — свршена ствар! Па ипак

то питање није имало сувишно, него је напротив веома нужно да се оно расправи и да се на њега одговори и то пре свега с тога, што је за само тумачење и објашњење позитивнога права веома важан моменат и помоћно средство познавање и испитивање побуда које су законодавца при некој правној установи руководиле; но осим тога општег узрока још посебице при државини стоји одговор на питање о основу њене заштите у тако тесној вези са самим схватањем о правној природи државине и њенога положаја у праву, да се оно не може никако обићи; и најзад пошто је најглавније правно дејство државине баш у тој њеној заштити, то је онда одговор на то питање о основу те заштите у исто доба од пресуднога значења по решење другога питања, а то је питања: да ли је правно признање државине још и за наша данашња законодавства нужно и корисно или није? А то је онда без сумње не само теоријско него и практички важно питање. Има дакле места да се и око тога питања овде позабавимо.

Кад хоћемо да одговоримо на то питање о основу правне заштите државинске, онда одмах опет наилазимо на онакву исту, шта више још већу тешкоћу, но што беше при пређашњем питању о природи државине. За старије писце до Савињија то истина не беше ни мало тешко питање, међу њима о томе не беше никаквога спора, јер су се они сви у томе слагали, да држалац има претпоставку (пресумцију) права за се и с тога се он у државини заштићује. Данас је то већ сасвим застарело гледиште, јер се зна да таква пресумција при државини не постоји ни по римском праву [1]) ни по данашњим правима, а осим тога то се најјасније побија тиме што се

[1]) В. о томе међу осталима: Savigny, Recht des Besitzes 6. изд. стр. 42.

државина свакојако заштићује и онда, кад се докаже да држалац нема никакво право или кад он то чак и сам призна. [1]) Кад је Савињи питање о државини дубље покренуо и узео да расправља, онда се уз његово разлагање надовезао живљи претрес, који је прешао у веома жесток спор око тога питања о основу државинске заштите. Тај научни спор ни данас још није завршен у правној теорији, разна мишљења још једнако стоје једно на према другоме неизмирена и неизравнана. Како ћемо дакле то тако спорно питање да решимо? То одиста није лака ствар, где имамо толика различна мишљења чувених и признатих аутора пред собом. Има ли на то питање каквога одговора у римскоме праву? Директнога и тачнога одговора нема, јер су се римски правници као што је познато мало бавили потпуно научним дефиницијама и опширним, дубоким теоријским разлагањима. Све што о томе има у изворима римскога права, то је у ономе већ познатоме и толико пута навођеноме месту: „justa an injusta possessio adversus caeteros sit, nihil refert, qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet“ (била праведна или неправедна државина према осталима, то ништа не значи, јер ма какав да је држалац он тим самим, што је држалац, има више права него онај који нема државину). [2]) Ту је дакле само казано да се сваки ма и неправедни држалац заштићује зато што он само с тога, што је држалац, има свакојако више права него онај, који није држалац. Сад је само питање зашто то држање само по себи даје држаоцу првенство према недржаоцу? На то нам римски правници нису одговорили и данашња је правна теорија

[1]) в. Buchel, Ub. d. Natur des Besitzes стр. 19. — R. Schmid, Ub. die Nat. d. Besitzes, стр. 66. — Randa, Besitz, стр. 85.

[2]) L. 2. Dig. uti poss. 43. 17.

узела на се задатак, да то питање расправи и она се толико времена већ мучи око њега, и још се никако није могло доћи до сагласности у томе погледу. Први је као што смо већ казали отпочео Савињи и он државинску заштиту оснива на овоме: лице треба да је обезбеђено од насиља; кад му се чини насиље, онда је то свакојако и у свакоме случају неправда. Ако се тим учињеним насиљем уједно још и нека државина ремети или одузима, онда је у самоме стању тога лица (in dem Zustande der Person) нешто промењено на његову штету, ако ће дакле та неправда, која лежи у насиљу према лицу, да се сасвим потре и уклони у својим последицама, онда то може да буде само тиме, што ће се успоставити или заштитити оно фактичко стање, које је насиљем поремећено или измењено; „der Besitz muss also als Interesse der an der Person verübten Gewalt geschützt werden" тако завршује Савињи. [1])

Да то Савињијево објашњење и оснивање државинске заштите није правилно и да се никако не може одржати, то је данас већ од стране толиких писаца доказано. Јер пре свега кад би баш насиље било узрок тој заштити, онда се не би могло разумети, зашто да се не заштићује и сама детенција (просто држање без воље да држим ствар као своју), а затим зашто се та заштита није ограничила само на насилно одузимање државине, него се распростла и на потајно одузимање (clandestina possessio) и на одузимање начином, који се у римском праву зове precario? [2]) У опште је то схватање повреда држа-

[1]) Savigny. Recht d. Bes. §. 6. стр. 13., додатак 6. издању.

[2]) Precarium зове се у Римљана то кад неко неколико дане неку ствар на употребу и послугу али тајно, да му је врати у свако доба, кад је он затражи. Сад кад ја неколико таквим начином дам своју ствар, па је затражим а он је не враћа него задржава, онда ми он одузима државину precario и то се онда зове precaria possessio.

вине као неких деликата (кривица) против личности држаочеве погрешно, као што је међу осталима Иеринг [1]) веома добро доказао наводећи, да би посесорне тужбе, што их је у Риму претор мимо цивилно право увео, биле као тужбе из деликата сасвим суишне пошто је већ и цивилно право такве тужбе давало у потпуно довољној мери, а осим тога још су те државинске тужбе одрицане онима, којима би се морале дати према начелима, која важе о тужбама из деликата, а то су н. пр. држаоци у туђе име (закупац, оставопримац, кирајџија и т. д.); а с друге стране опет даване су онима, којима би се према поменутим начелима морале одрећи; најзад се, изузимајући interdictum unde vi, при свима осталим посесорним интердиктима не опажа ни најмањи траг претпоставке некога деликата, као што смо већ напоменули. У опште је цело извођење и закључивање Савињијево логички неосновано. Насиље према нечијој личности садржи у себи без сумње деликт и то онај који се у римском праву зове injuria (повреда личности). Али је тужба из тога деликата чисто и једино само на казну управљена (actiones mere poenales), док међу тим државинске тужбе имају персекуторни [2]) карактер т. ј. оне су управљене на повраћај (реституцију) насилно одузете државине и као такве оне прелазе на наследнике, а међу тим тужба ради инјурије или повреде личности никако не прелази на наследнике. Ово што смо навели већ је довољно, да се увиди, како је одиста погрешно Савињијево објашњење и оснивање државинске заштите. Свакојако је јасно да је при посесорним тужбама основа неки имовно-правни интереса не само „das Interesse der an der Person verübten Gewalt" као што Савињи каже.

[1]) Ihering. Beiträge zur Lehre d. Besitzes стр. 6—20.

[2]) Actiones, quae rei persecutionem continent.

После Савињија многи су писци покушавали да на разне начине објасне основ државинске заштите и ту има много разних теорија, које ми не можемо овде све редом набрајати. Међу тим теоријама највише је присталаца и заступника нашла т. н. теорија воље (Willenstheorie), чији су најзнатнији преставници Ганс, Пухта, а нарочито у новије доба Брунс, Ранда и Виндшајд. Заступници те теорије налазе пре свега, да никако не могу довести до циља сви покушаји који објашњење државинске заштите мисле и хоће да нађу у телесноме елементу државине, а то је у самоме физичкоме држању (детенцији); не остаје дакле ништа друго него основ те заштите тражити у другоме моменту при државини а то је у вољи држаочевој. Сви ти писци, који ту теорију заступају, признају потребу, да државину ваља заштићавати против сваке повреде, која је самовласне природе, али они мисле да им то признање ваља још посебице поткрепити позивањем и враћањем на опште философска начела и онда овако умују: Воља правнога субјекта (подмета), над је призната од стране објективнога права дакле у сагласности са општом вољом, преставља право у субјективном смислу. Та је воља полазна тачка свега права; њена заштита, њено остварење у сагласности са општом вољом а према вишем етичком закону то је циљ свему правном организму. Као овлашћена, правно призната воља (дакле као конкретно право) она ужива општу тужбену заштиту ради отклањања сваке повреде и укидања учињене неправде. Али из поменутога задатка правнога система, да неспречену изјаву и остварење индивидуалне воље што већма ујемчи, излази и то: да реално остварена воља и онда, кад се не јавља као оплашћена него само као фактичка воља, ваља судски да се заштићује и то против сваке према њој употребљене принуде, која не излази

на среду у правној форми; дакле посебице, у колико се реално искаже и оствари у фактичкој власти над неком ствари или у фактичком вршењу некога права (државина ствари или права), треба да се заштити против свакога сметања и свакога одузимања те власти или тога вршења. Државинска се заштита дакле јавља као последица правнога захтева, да је забрањено свако самовласно т. ј. мимо правну (судску) форму извршено поступање према страној реалисаној (уделотвореној) вољи и повреда те забране повлачи за собом грађанско-правну одговорност. Дакле је заштита индивидуалне воље, индивидуалне слободе против самовлашћа постулат, што га ставља сама правна идеја позитивноме праву. Та заштита у посебноме односу на државину не захтева само да се забрани и отклони свако сметање фактичке власти над неком ствари или фактичкога вршења некога права, него и да се врати оно што је самовласно одузето, јер само таквим се начином може самовласт, која је над вољом извршена, опет уклонити, исправити и могу се све њене последице поништити. По томе се под самовлашћу разуме свака једнострана повреда некога фактичкога стања против воље некога другога. Према томе се самовласт не састоји само у насилноме, него и у потајноме одузимању државине и у задржавању на отказ дате ствари или у злоупотреби поверења, дакле у одузимању државине vi, clam и precario. Као резултат целога тога објашњења државинске заштите излази:

а). да државина као таква (сасвим независно од свакога права) ваља да се заштити;

б). да државина не треба безусловно него само према самовласним повредама да се заштити и то само према онима, који су ту самовласну повреду учинили (а не и према трећим држаоцима) — то су консеквенције

које су, по примеру и обрасцу римскога права, и новији законици усвојили а посебице аустријски и француски.[1])

в). да у суштини не чини никакву разлику била државина на некој ствари или на некоме праву, јер је у једноме и у другоме случају реализана воља, која тражи признања и заштите.

Ето то је садржина те теорије воље као што је међу осталима Ранда излаже. Остали већ поменути заступници те теорије у главноме ту исту мисао казују само другим речима и нешто измењеном аргументацијом. Тако н. пр. Виндшајд вели: „Воља, која се у државини фактички изјављује и остварује, као таква (не гледајући на оправданост њене садржине) управо толико исто вреди колико и свака друга појединачка воља, која би хтела себи да потчини ствар; кад хоће нека друга појединачка воља на према њој да одржи превагу, онда нека потражи више решење оних органа који су од државе за то постављени; а кад она хоће без тога самовласно да продре и да се оствари, онда је то, ма колико да је њена садржина оправдана, по себи неправда, која ваља да се отклони, исправи и све опет врати у пређашње стање". У примедби уз то још додаје међу осталим: „Ако се у опште као основно начело правнога поретка признаје, да је лице као такво једнако са сваким другим лицем, онда отуда непосредно излази, да се моћ једнога лица на према свакоме другом лицу проширује толико, колико је нужно да се та једнакост не повреди."[2]). Брунс опет овако резонује: „Воља

[1]) Саксонски грађ. законик у томе постаља изузетак по примеру канонскога права средњега века, по коме је државинска тужба могла да се употреби и против трећега несавесногa држаоца. Наш грађ. законик о томе ништа не наређује.

[2]) Windscheid, Pandekten I. §. 148.

је сама собом по својој суштини апсолутно слободна[1]); признање и остварење те слободе баш и сачињава цео правни систем. Дакле је онда свака принуда и свако насиље, што се вољи учини, по себи већ неправда без обзира на посебну законитост и оправданост воље; од такве неправде она дакле ваља да се заштити. — Државина дакле није право као својина, облигација и т. д., она је факт, али тај се факт зато, што је фактичка појава воље, заштићује ради општега права воље". Па даље тај писац објашњавајући оно већ наведено римско „hoc ipso quod possessor est plus juris habet и т. д." каже. „Кад се дакле сасвим у опште каже, да држалац просто као такав има више права него недржалац, онда је тиме сасвим непосредно за општи одношај лица међу собом држаоцу дата превага над недржаоцем. Већ остварена (реализана) воља господарења има као таква т. ј. том својом реалношћу првенство пред вољом, која тек тежи за остварењем. А шта је узрок томе? Тешко да може други бити до тај, што је реализација те још не остварене воље могућна само са истискивањем оне већ реализане воље, а у томе је повреда те воље дакле и самога лица и његове слободе. Од пса ја отимам неку ствар силом; а кад је таквим истим начином узимам човеку, онда поступам према њему као према псу а не према лицу. Ето то је језгра и излазна тачка целе државинске заштите. Многи су то звали философијом и казали, да то није римски, али инак још нису доказали, каква друга мисао може бити основа ономе „hoc ipso quod possessor est". Што Иринг примећује против тога, као да тиме државинска заштита добија циљ, да заштићује до-

[1]) Разуме се да ту нема места ніко философско истраживање и разлагање о слободи и неслободи људске воље. У приватно-правном саобраћају воља се сматра и мора сматрати као спољна слобода, та је нужна претпоставка и основа правноме систему.

поне и разбојнике, то никако за тога не излази. Као што сунце сија праведницима и грешницима, те и они последњи као створења божија а не само по „неизбежној консеквенцији“ учествују у томе, тако исто државинска заштита нити је намењена класницима ни разбојницима, него просто лицима, била она праведна или грешна. Наравно да се државинска заштита не ограничава само на одбијање отвореног насиља. Јер ако је државина такво стање, које се држаоцу не сме самовласно против његове воље реметити ни одузимати, онда та државина мора због целокупнога са њоме скопчанога интереса у пуноме развићу да се заштићује и против свију осталих врста и облика неправде. Само пред правом и правном формом она мора да уступи.“

То је у главноме та теорија воље, као што је излажу њени најпризнатији заступници. Је ли бар њоме у довољној мери објашњена законодавна потреба и основаност државинске заштите? Са више страна тој је у неколико поречено; критика на ту теорију воље није изостала. Немамо места да овде у свој опширности излажемо критичке примедбе, што су на њу учињене. Пре свега по нашем мишљењу то свакојако стоји, да та теорија одвише далеко залази у философију и одвише оперише са тим појмом воље и слободе воље; ми држимо да се основаност државинске заштите може објаснити ближим и простијим разлозима, а да нема нужде пети се чак у високе регионе општих философских начела права, правне идеје и т. д. Кад н. пр. Екснер у кратко каже: „Denn es ist eine durch jedes entwickelte Gütterleben gebotene Nothwendigkeit, dass gegebene wirtschaftliche Zustände gegen jeden nicht petitorischen Angriff, schleunig, und zwar zunächst ohne Rücksicht auf deren materielle Berechtigung geschützt werden; auf dieser Nothwendigkeit

beruht einerseits alles Besitzrecht, anderseits hat dasselbe dort seine Grenze, wo keine Störung denkbar ist, mithin es keines Schutzes bedarf“ — онда нам се чини да је за практички поглед довољно мотивована и објашњена државинска заштита. Још ћемо тако исто напоменути добро разлагање новијега правника Ранјхолда Шмида о основу државинске заштите, који је оснива на опоме управо ни од кога неоспореноме али у његономе целоме замашају довољно несхваћеноме основном начелу да „никаква самовласт, никаква самовоља не сме у грађанскоме животу владати, него да сваки који мисли да има неку правну претенсију према другоме, ту своју претенсију мора изнети и остваривати у прописаној правној форми“. Ту мисао Шмид онда још изближе објашњава и развија. Ми само овде можемо упутити на његово разлагање. Но тиме ми ипак не мислимо у самој ствари смањивати ни побијати философско-правну вредност и основаност већ поменуте теорије воље. Она јесте и остаје теорија, која данас међу признатим писцима има највише присталаца и заступника.

Пошто смо покушали да према данашњем стању правне теорије колико је могућно на чисто изведемо питање о узроку државинске заштите, то смо тиме добили довољно теоријске основе за оцену тога питања, да ли је и за данашња законодавства нужна и корисна та државинска заштита или је то само нека специјалност римскога права? Према свему што је наведено не може бити сумње, да се установа државине ни у данашњим законодавствима не сме и не може обићи и да је потпуно нужно и умесно било, што је она нашла места и правнога признања у свима новијим законицима па и у нашем законику. Из нашега досадашњега разлагања мислимо да јасно излази јуристичка потреба таквога законодавнога признања и за-

штите државинских односаја [1]); но осим тога има и доста разлога целисходности и практичке корисности, који иду у прилог заштити државине; међу такве разлоге спада н. пр. то, што је при покретним стварима, па баш и при непокретностима доказ својине па и саме за застарелост способне државине често немогућан те је онда у државинској заштити једина могућност, да се очува сталност имовних и државинских односаја. То важи, као што је сваком практичару познато, и у самим оним земљама, где су јавне баштинске књиге уведене; има много непокретности (поименце општинска, црквена и задужбинска добра) које нису у књиге ни заведене, затим се оно, што је у књиге уведено много пута не слаже са оним, како у истини постоји, нарочито кад не кореспондују једно с другим баштинска књига и катастер; а осим свега тога нарочито при практички тако важним споровима око граница јесте и остаће uti possidetis једино мерило за судско решавање.

А сад мислимо да неће бити сувишно да после целога овога теоријскога разлагања бацимо критички поглед на определјаје нашега грађанскога законика о државини. У нашем се законику говори о државини од §. 198 до 210. Да је она погрешно уврштена међу стварна права то смо већ казали и доказали. А да су и сви остали опредељаји о државини у нашем законику побркани, непрецизни, непотпуни а у многоме баш управо погрешни, то ћемо сад покушати да покажемо. Пре свега већ је сама дефиниција државине тамна и збркана; аустријски оригинал,

[1]) Овде ћемо мимогред напоменути шаго у нашем Душановом законику има помена о државини, што смо добро промотрили, само у §-у 96. где се говори о двана пиновима царскаи за једну исту земљу те се онда каже: «кто сиља д р ж и до сіетаи доба сборного, тогова да єсть.» Ту је дакле нарочито ино «in pari causa melior est conditio possidentis.»

из кога је наш законик преведен или управо сакато изведен, сасвим јасно и правилно одређује и разликује просто држање (детенцију) од јуристичке државине, што у нашем законику није учињено. §. 198. каже да је држалац онај који једну ствар држи и воље има задржати је код себе а таква је воља правнички несмисао, јер очевидно и детентор и јуристики држалац имају вољу задржати ствар код себе [1]) и таква воља нема никаквога правнога значења. Воља је одиста карактерни знак, који разликује детенцију од правне државине, али каква воља? То треба у законику јасно и несумњиво да се одреди и то је могао и наш законодавац да учини, да је добро разумео и схватио свој оригинал, и онда не би у §. 198. казао „задржати је код себе", а у §. 199. „и то држим као своје" као да је то једно исто. Нема сумње да је детенција (просто држање) природна полазна тачка целе науке о државини и вазда су правна наука и законодавства [2]) тим путем ишла — само је наш законик у томе изузетак.

§. 199. треба да буде неко определење о томе како се државина прибавља и то како се прибавља т. н. corpus (телесно, физичко држање), а други елеменат државине animus domini или „rem sibi habendi" (воља да држим ствар као своју) тек је само онако мимогред напоменут речима „и то држим као своје." У другој алинеји тога истога §-а наш законик признаје и државину на правима; но нити се ту изближе означује појам те државине

[1]) О томе нико неће сумњати да н. пр. закупац, наручилац, и т. д. имају изоссно вољу задржати ствар под себе онако исто као јуристички држалац — и каква је онда разлика између детенције и државине у праву смислу?

[2]) Тако н. пр. §. 309. аустријскога грађ. зак., §§. 1—3 I. 7. пруског allgemeines landrechts», art. 2228. француског code civil. §. 186. саксонскога грађ. законика.

на некоме праву (juris possessio, juris quasi possessio, Rechtsbesitz) нити се означују изближе предмети те државине, а међу тим је познато да је баш питање о предметима те државине дало повода многој и опширној научној препирци;[1]) наш законик је дакле оставио доктрини, да она та питања о појму државине на праву и о њеним предметима расправи и реши. Морамо признати да у томе погледу наш законик не стоји усамљен, него је он ту учинио исто што и аустријски, француски и прајски законик. Но и ако су то и други законици учинили, ипак то остаје празнина и мана у закону, која треба да се попуни. Ми се овде засада морамо задовољити само овом кратком напоменом, а не можемо се упуштати у опширније излагање појма те „juris possessio" и њених предмета; то се мора учинити у засебној расправи.

§. 200. нашега законика каже: „Државина онда је тврда и има силу и важност кад је правична т. ј. на праву основана, које ће онда бити, кад туђа права с тим остају невредима нити се нарушавају." Ово је место одиста законодавни и правнички уникум, који сасвим обрће све правне појмове о државини и о њеноме правноме значењу. Ту је наш законодавац смислио нешто ново и оригинално, чега нема ни у римскоме праву ни у ма којем другом новијем законику.[2]) Дакле државина само онда има силу и важност кад је правична т. ј. на праву осно-

[1]) В. н. пр. Unger. Syst. I. стр. 548. II. стр. 269. — Randa. Besitz, стр. 253. — Arndts. Zur Lehre vom Besitz (Kritische Vierteljahrschrift fur Gesetzg. und Rechtswissensch. 1866. 3. Heft.) стр. 3[illegible]6—393.

[2]) In summa possessionis non multum interest, iusta quis an iniusta possideat. L. 3. §. 5. Dig. 41. 2. — Аустријски грађ. законик у §-у 329. каже: «Der Besitz mag von was immer fur einer Beschaffenheit sein so ist niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören. Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes und den Ersatz des erweislichen Schadens gerichtlich zu fordern.»

вана? По ономе, што смо горе на основу римскога права и новије правне теорије разложили, државина је фактичке природе и она се правно заштићује једино као факт без икаквога обзира на питање о праву, а наш законик напротив каже да она онда има силу и важност кад је на праву основана, дакле иначе нема никакве силе и важности — а то је онда збиља сасвим ново и оригинално. Осим тога пак и сама је дефиниција правичне државине погрешна, јер се каже да је државина онда правична, дакле на праву основана „кад туђа права с тим остају невредима нити се нарушавају." А шта може значити таква државина на ствари, којом се туђа права никако но вређају нити нарушавају? Очевидно то може само значити да нико нема боље и јаче право на ту ствар него тај правични држалац и онда је он разуме се власник ствари, његова је државина управо својина, а пошто само та правична државина има силу и важност, онда логички излази да државина само као својина има силу и важност — па на што онда закон говори одвојено о државини, кад је она у самој ствари својина? Зар то сада није законодавни и правнички несмисао? Одиста човек не би могао разумети откуда је наш законодавац дошао до таквих чудних и јединствених одредаба, кад не би завирнуо у оригинал, у аустријски законик, те видео да се то све оснива на кривоме и рђавоме разумевању тога оригинала. Аустријски законик говори у §§. 316 и 317. о правичној и неправичној државини и он ту сасвим правилно одређује да је државина онда правична (justa possessio, rechtmässiger Besitz) кад почива на неком за прибављање способноме правном основу (titulus),[1])

[1]) И ту аустријскоме законодавцу није ни изласила ниједна на ум, да бомбасто тврди како је државина «она тврда и има силу и важност кад је правична»; то је дакле дометак и проваљивање нашега законодавца.

а ништа не спомиње о томе да се тиме туђа права не вређају и не нарушавају. Затим у идућем 317. §-у набраја те поједине правне основе или титуле и ту вели: „Der Titel liegt bei freistehenden Sachen in der angeborenen Freiheit zu Handlungen, wodurch die Rechte Anderer nicht verletzt werden“ и то је то кобно место, које је наш законодавац назрео, криво разумео, те оно што је посебице само казано о окупацији ничијих (freistehender) ствари, што се дакле тиче само једнога засебнога случаја, он је генерализао и уметнуо у саму дефиницију правичне државине. Или зар не може бити случаја да је државина збиља правична (по правилноме разумевању) а да она ипак нечије право вређа и нарушава? Сваки ће признати да пуно таквих случајева има и може бити; кад н. пр. неко мени понуди ствар на продају и ја је од њега куним и он ми је преда у државину, онда је та моја државина правична (justa) јер ја имам потпуни правни основ (titulus) а то је куповина и предаја; међу тим тај који ми је продао ствар нашао је међу многим покретностима што их је наследио па је и сам мислио, да је он путем наслеђа постао власник те ствари и да може са њоме располагати; доцније се јави [1]) прави власник и докаже да је ствар његова, а међу тим ја имам на њој државину — зар та моја државина не вређа и не нарушава његово право?

Из свега дакле излази, да је наш законодавац погрешно превео и помутио оно, што је о правичној државини правилно казано у аустријскоме законику; но то није једна погрешка у томе §-у, него се погрешност превода и разумевања наставља и у другој алинеји тога §-а. Ту се

[1]) Претпоставља се да се није јавио зеф онда пошто је правична државина застарелошћу прешла у своју.

набрајају поједини „титули“ или основи, на којима се правична државина може оснивати и то онако као што то чини и аустријски законик; само је наш законодавац нашао за добро да свој оригинал „поправи“ те је казао „ако ли су ствари туђе, без воље онога чије су и т. д. не можеш их заузети ни правично држати“ а међу тим аустријски законодавац каже да правни основ лежи „in dem Willen des vorigen Besitzers“ (§. 317.) што значи воља пређашњега држаоца, што очевидно није то исто, што и воља онога чија је ствар, јер то не може нико други бити него власник. У правном и законском језику мора се јако пазити на тачност и прецизност у изразима, иначе могу понићи бескрајне заблуде и забуне у практици. За законодавца, који разуме своју ствар, то не може и не сме бити све једно казати „држалац“ или „онај чија је ствар“.[1]) Зна се да држалац не мора увек бити у исто доба и власник и обратно.

Видели смо погрешке, што их има у наведеноме §-у нашега законика услед погрешнога разумевања и превода аустријскога закочика, али осим тога има у томе §-у и погрешака, које су погрешке самога оригинала и које је наш законик као верна копија верно усвојио. Тако н. пр. међу титулима или основима, којима се прибавља правична државина, наводи се и „одредба закона“ а то је погрешно и оснива се на негдашњем схватању старије правне теорије, које је добило израза и у аустр. грађ. законику, а то је да је за прибављање извесногa права а нарочито стварних права увек нуждан „пуноважан основ и законит начин“ (titulus et modus acquirendi), што у очима данашње теорије нема већ више никаквога смисла ни

[1]) Мисливо да је „згодније“ да изводимо ниже обмане ја погрешне поимањем, јер могу на такве промене израза да поникну.

значења[1]), и што је било повод многим обманама и сумњама. Па како се није баш увек при сваком начину прибављања извесног права могао наћи одвојен titulus и modus (основ и начин), то су се онда помогли тиме, што су казали да је у таквим случајевима сâм закон titulus или основ. Међу тим данас је то већ у правној теорији позната и банална ствар да закон никада није непосредни основ за прибављање некога права; посредно разуме се сва права истичу из закона, оснивају се на њему, непосредно пак је прибављање свакога права везано за неке извесне спољне чињенице (факта), дакле ниједно не истиче непосредно из самога закона. И тако онда или треба закон свуда навести као titulus (што би опет сасвим сувишно било и без циља) или га не треба никако и нигде наводити као основ. Свакојако дакле закон сам није никада основ или titulus, то је могло бити само према поменутоме схватању старије теорије, које је данас већ застарело и преко кога се сасвим прешло. У осталом што је аустријски законик још стојао на томе старијем гледишту, то није чудно према времену, кад је он састављен; али наш је грађански законик грађен пуних тридесет година после аустријскога и у томе размаку времена правна је теорија већ била далеко одмакла, већ су Тибо и Хуго давно били оборили ту стару науку о „titulus и modus acquirendi“, па ипак је наш законодавац остао веран своме оригиналу. То је опет још један доказ за оно, што смо у уводу ове расправе напоменули: да за добар законодавни рад није само довољно имати стране законике пред собом, па из њих пабирчити и преводити, него да треба бити добро познат са савременом правном литературом, бити на висини савремене правне науке и њених резултата, те имати поуздано мерило за оцену онога законодавнога материјала, који се у страним законицима налази и из кога хоће нешто да се вади и пресађује у правни живот своје земље.

[1]) В. н. ор. о томе: Puchta, Pandekten § 143. — Sintenis, D. pract. gem. Civilr. I. § 38. прим. 1. — Vangerow, Pandekt. I. § 303. — Unger, Syst. II. § 72. — Arndts, Pand. § 127. и др. Синтенис нарочито вели: „да се на скоро та позлата у titulus и modus неће већ ни у приседбама уџбеника помињати.“

Најзад ћемо још ради боље потврде свега овога што смо о садржини §-а 200. нашега грађ. законика казали навести и то, како законодавац сам са собом долази у противречност определивши доцније у глави о прибављању права застарелошћу, како се правична државина (§. 926.) претвара у својину онда кад се она непрекидно кроз извесно, законом одређено време врши и траје. Дакле овамо се правична државина дефинише тако, да она не може бити друго него својина, а овамо се опет доцније каже, како она није својина него се тек претвара у право својине кад дуже време непрекидно траје. Није нужно да ову противречност још даље испредамо и опширније објашњавамо.

Ми смо на тим првим параграфима у глави о државини а нарочито на §-у 200. за то оволико застали, што се ту определују основни појмови о државини, што се ту полаже темељ целоме законодавноме уређењу државинских односа, те по томе мора и све остало, што је на таквоме темељу саграђено, бити погрешно и збркано, ако је сама та основа погрешна и збркана, а то она јесте у великој мери, што мислимо да смо показали. Кад наш законодавац није имао јасноћа, чистога и утврђеноога појма о државини, њеној природи и њеноме правном значењу, онда разуме се да и остали његови определљаји о државини морају боловати од те нејасности, непрецизности и неправилности. А да је то тако, то није тешко самим законским определљајима доказати.

Одмах у идућем §-у 201. тај се погрешни појам огледа, кад се вели: „Кад једну ствар правично држиш,

имаш права држати је, и другога одбити и искључити.“ Опет оно исто изједначавање правичне државине са својином и непрестано истицање те правичности као главне карактерне црте државине. Кад мени као правичном држаоцу закон даје право да ствар држим и да свакога другога одбијем и искључим, онда очевидно то право мени не може нико ни путем суда одузети. А може ли поред правичнога држаоца неке ствари постојати још и неки власник те ствари? Очевидно може. Па да ли тај власник може путем суда мене избити из те моје државине и одузети ми ствар? Мислимо да и то неће нико порећи. Па какво је онда то моје право, кад има неко који мене може искључити и то моје право потрти? Очевидно то онда није право, јер да је право не би га ни суд ни нико могао потрти, док му се не испрпе садржина или докле га ја сам не изгубим или не напустим. Ево н. пр. кад ја имам право службености на некој ствари, онда то моје право ни сам власник не може потрти. Државина дакле није право, него увек јесте и остаје само факт, па ма и правична била. Право на државину има и може имати само власник или онај коме власник државину уступи, а осим својине и везе са њоме државина сама собом (ма колико била правична, савесна и т. д.) никада није право, него само фактичко стање, фактичка власт, која ужива извесну правну заштиту. То је оно, што је у нашем законику побркано и помућено, те може бити извор разним обманама и сумњама и у самој практици.

Но да пођемо даље. §. 202. опредељује: „Где се распра о праву на државину дигне, па се сумња роди, онда се држи, да је на онога страни право, који управо ствар држи. Коме то драго није и противнословн, нека противно докаже.“ Овим је параграфом хтело да се одреди оно, што се техничким правничким изразом зове commodum possessionis а то је корист државине, која се у томе састоји што држалац има згоднију улогу онога, који очекује противничко доказивање, он је ослобођен од доказивања и побеђује при једнакој јачини доказа (in pari causa melior est conditio possidentis). Али како је то тамно и непрецизно казано у поменутоме §-у нашега законика! Шта значе пре свега оне речи „па се сумња роди“? Ко сумња и о чему сумња? То треба сваки да погађа и мучно да може погодити. Ми мислимо да се сумња „родила“ одмах чим се дигла распра о праву на државину, распра је сама собом већ сумња и остаје сумња све дотле, док суд ту распру не реши и не пресуди. Ако у самоме почетку распре нема сумње, онда нема ни распре, онда је ствар чиста и решена и за такав случај није нужно никакво законско наређење; свакојако дакле то „па се сумња роди“ сасвим је сувишно и нема никаквога смисла, него може само да збуни и поремети правилно разумевање законскога опредељаја. Кад се каже „па се сумња роди“ онда то значи, да се она у некој распри око државине може и не родити и онда се у таквом случају неће држати „да је на онога страни право, који управо ствар држи,“ него шта ће се држати и ко ће морати доказивати у таквом случају? На то нема одговора у закону. По правилноме схватању у свакоме спору око права на државину право улоге дели тако да онај, који фактички држи ствар, има лакшу улогу, коју смо горе поменули, а онај, који нема државину, има тежу улогу доказивања. А откуд је наш законодавац дошао до оних тако веома сумњивих речи о „сумњи“, ту нам загонетку може разрешити само аустријски грађ. законик, јер је очевидно наш законодавац дошао до тих поменутих речи нетачним разумевањем свога оригинала. §.-323. аустријскога грађ. законика каже: „Der Besitzer einer Sache hat die rechtliche Vermuthung eines giltigen Titels für sich, er kann also zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden;“ тај је §.

и самим аустријским коментаторима задавао главобоље и муке, да се правилно објасни његова садржина и у склад доведе са другим правним правилима и законским наређењима; тек су у новије доба Унгер и Ранда ствар како ваља објаснили и погрешно мишљење старијих коментатора исправили. По буквалном смислу тога §-а излазило би да је законодавац поставио правило, да се код држаоца увек претпоставља пуноважан основ прибављања, да дакле за њега постоји правна пресумција и сви су старији коментатори то тако узимали, па ипак се при тачнијем научном испитивању показало да то није тако и да законодавац није могао имати намеру да за држаоца такву пресумцију постави, јер би се таквом претпоставком пре свега преврнула и побркала најпростија и најобичнија правила о подели терета доказивања и померила би се границе петиторнога и посесорнога спора; то је Ранда јасно и несумњиво доказао, но ми немамо места да овде целу његову аргументацију наводимо. Осим тога пак други позитивни определљаји истога аустријскога законика доказују још боље, како законодавац одиста није мислио такву пресумцију да постави; тако н. пр. у §§. 372. и 373 наређује се, да онај који подиже тужбу названу actio Publiciana[1]) мора поред државине доказати још и основ прибављања (titulus), а даље исти законик у §. 1460. у свези са §. 1477. тражи од онога, који се позива на прибављање застарелошћу, да поред државине докаже још и основ или titulus прибављања и време застарелости. А зашто би закон у тим случајевима тек тражио доказ основа или титула, кад би са самом државином већ скончана била правна претпоставка тога основа?

[1]) То је римски назив; мислимо да ће свакоме правнику бити позната та actio Publiciana; она је у наведеним §§. аустријанога законика призната и уведена, а зашто наш законодавац није нашао за нужно, да је усвоји и унесе у наш законик, то не можемо да довучимо.

Шта је дакле управо хтело тим параграфом 323. аустр. грађ. законика да се одреди? Хтело је да се каже то, да се држалац никада и ни у коме случају не може позивати или изазивати да покаже свој основ прибављања,[1]) а оно што се каже да он има увек претпоставку пуноважнога основа за се, то је само погрешна мотивација тога законскога наређења. Ми смо се овде упустили у објашњење и утврђење правога смисла тога аустријскога §-а 323, а то с тога, да покажемо како у науци о државини нема онаквих претпоставака, као што их је старија теорија замишљала и у законике уметала. А осим тога нужно је било да о томе §-у 323. говоримо и с тога што је у непосредној вези са идућим §. 324. који за нас има већега интереса по томе, што је из њега наш законодавац прочитао и извадио ону своју „сумњу.“ У томе §-у 324. стоји: „Diese Aufforderung[2]) findet auch dann noch nicht statt, wenn Jemand behauptet, dass der Besitz seines Gegners mit anderen rechtlichen Vermuthungen z. B. mit der Freiheit des Eigenthums sich nicht vereinbaren lasse. In solchen Fällen muss der behauptende Gegner vor dem ordentlichen Richter klagen, und sein vermeintliches stärkeres Recht darthun. Im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug.“ Сваки правник који прочита ово па упореди с оним, како је то наш законодавац разумео и казао, одмах ће увидети да је превод или извод нетачан и погрешан. Истина и аустријски законодавац говори о „сумњи,“ али код њега та сумња нешто друго значи, него у нашем §-у 202. Шта значи ово „im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug?“ То значи,

[1]) Као што се то одмах из те „пресумције“ у самоме параграфу каже. В. веома добру и основану критику тих пресумција, што их је старија теорија свакі час потрвала, у: Unger. Syst. d. österr. allg. Privatr. II. стр. 577—601.

[2]) Ово поменуто казивање држаоца да покаже свој титулус или основ.

да држалац одржава победу и онда, кад ни једна страна ништа не докаже [1]), јер ту онда очевидно и по свршеној парници остаје сумња и о таквој сумњи има места и смисла да се говори у законику, јер кад на крају целога доказивања остане сумња, онда свакојако треба по закону да се зна у кога остаје ствар. Али је то очевидно сасвим различно од оне „сумње," о којој наш законодавац говори, јер он помиње сумњу, која се рађа у почетку парнице, док још није ни било доказивања и док се још и не зна хоће ли и шта ће ко доказати; то се види по томе што се тек после те „сумње" каже „противослови, нека противно докаже." — Да не би смо још даље настављали разговор о томе §-у 202. ми ћемо у кратко ресимирати: погрешно је говорити о томе, да се држи (или тачнијим изразом претпоставља, пресумира) да је на онога страни право, који ствар управо држи, јер се при државини не претпоставља никакво право, него се она заштићује као прост факт, а ко се на према држаоцу позива на неко своје право, тај то треба да докаже, држалац није дужан да доказује, јер се он не позива на право него на факт; ми смо пре већ напоменули како она пресумција права или својине, којом је старија теорија објашњавала заштиту државине, нема места ни смисла; даље, подела терета доказивања у спору око права на државину (што управо значи у спору око својине) не зависи ни од какве сумње, која тек треба да се „роди," него она је увек и у сваком случају једна иста, а међу тим о оној сумњи, која се у наведеном §-у аустр. законика спомиње и за коју законодавац свакојако треба да пропише правило, наш законодавац

[1]) А тамо исто побеђује и онда кад је о обе стране једнако јачине доказ као што то н. пр. при већ поменутој actio Publiciana често може да се догоди. §. 223. нашега грађ. зак. то таквоје потврђује, само што је то и ту помешано и утрошено са доказом савесности државине.

ништа не спомиње нити се о њој изражава, јер је по кривоме разумевању мислио да је то већ изражено оним његовим „на се сумња роди."

§. 203 и 204. говоре о савесноме и несавесноме држаоцу. У главноме у тим параграфима нема погрешке, само никако не можемо да разумемо разлог, који је нашега законодавца навео, да савесноме држаоцу при враћању ствари даде чак и то право, да може „и ону цену коју је за ствар дао натраг захтевати." Ту је наш законик отступио од аустријскога и јамачно је наш законодавац мислио да у томе свој оригинал поправи. §. 333. аустр. грађ. законика каже: „Selbst der redliche Besitzer kann den Preis, welchen er seinem Vormanne für die ihm überlassene Sache gegeben hat, nicht fordern." Нико не би могао имати ништа против тога, кад би се видело да наш законодавац није баш увек слепо и верно ишао за својим оригиналом, него је нешто и самостално одређивао, али је то мука, што је случајно све скоро погрешке и мане аустр. законика наш законик верно усвајао, а где је хтео да отступи ту је баш погрешио. [1]) Одиста ми не знамо, како се то може сложити са правдом и правичношћу, да власник, кад своју ствар нађе код савесногa држаоца, мора од њега тек да је купује, накнађујући му цену, коју је тај држалац за њу дао! Колико нам је познато таквога опредељаја тешко да ће бити ма у коме јевр. законику. Аустријски законик у већ поменутоме §-у 333. само толико права даје савесноме држаоцу, да може осим накнаде за трошкове око ствари још и извесну саразмерну накнаду (angemessene Vergütung) тражити у томе случају, кад је он туђу ствар, до које власник иначе тешко да би икада могао доћи, са-

[1]) Разуме се да ми ту изузимамо оне опредељаје нашега законика, који су потекли из начина тадашњег обичаја из наше народне правне помоћи и установе као што је н. пр. у породичном и наследном праву.

весним начином прибавио и тиме власнику очевидну корист и услугу учинио. То разумемо и то има извесног смисла али враћање цене у свакоме случају то не разумемо и не можемо оправданога разлога да му нађемо. — Затим се у истоме §-у говори о несавесном држаоцу и његовој обвези при враћању ствари па се вели како он осим свега осталога још „и ону корист, коју би **први притежалац** имати могао, попунити мора по обичној процени вештака.“ Шта то значи „први притежалац“ и који је тај? Је ли то онај **пређашњи**, који је непосредно пре несавесногa држаоца ствар у рукама имао? Очевидно није. Ко може у опште објаснити такав израз „први притежалац“? [1]) Из осталога смисла и везе наравно види се кога је ту законодавац мислио или бар кога једино ту можемо по логичноме тумачењу замишљати, а то је разуме се онај **власник**, који своју ствар од тога несавесногa држаоца путем суда тражи и добија. Па зар се тај власник означује именом „први притежалац“? То је само још један доказ, како су у нашега законодавца одиста били тамни и непречишћени појмови о државини и државинским односима. То се тако исто види и у идућем §-у 205. где се говори о томе, ако је несавесан притежалац „јоште преко тога забрањеним или злочиним начином на државину туђе ствари дошао“ онда ће накнадити и ону цену „коју **притежалац** из особитога за себе уважавања“ и т. д. Дакле опет притежалац! Такво неправничко и непрецизно изражавање замерило би се свакоме правнику чак и у обичном свакидашњем говору, а како ли оно изгледа у устима законодавца? [2])

---

[1]) Или је можда погрешно штампано „прави“ у месту **прави** притежалац, као што стоји у §-у 207.? Међу тим и то „прави притежалац“ није правилније, јер који је то **прави** притежалац и шта то значи? У техничком правноме језику нема тога израза „прави притежалац“.

[2]) Да и не помињемо још и ово нетачно и неправничко изражавање „забрањеним или злочиним начином“!

Определењ §-а 208. такође је оригинално већ по томе што управо није имао ни места у глави о државини и може само да буде узрок забуни и кривоме схватању. „Гдегод **твоју** ствар нађеш и познаш можеш је натраг искати“ — да ли је ту реч о државини или својини? Ако је о државини, онда нема места израз „**твоју**,“ а ако је реч о својини, онда опет нема места цео тај §. у глави о државини. Осим тога је тај §. опет једна логичка и правничка збрка тицао се он држаоца или власника. Пре свега се дакле поставља то у осталом прилично сувишно наређење, да ја **своју** ствар могу натраг искати и да се мени моје вратити мора, јер то правило тако у **опште** постављено нема никакве правне вредности, пошто се оно с једне стране само собом разуме, а с друге стране у извесним околностима може и **не стојати**, јер кад ја моју ствар нађем н. пр. код онога коме је мој заложни поверилац у назалогу дао (§. 310.), онда ја њу **не могу** одмах натраг искати нити ми је он вратити мора и т. д. Даље се каже: „Али сим ом да не узимаш, осим ако није на **обрани** или на **гоњењу**“. Ово као да је хтела да буде с једне стране нека забрана **самопомоћи** (Selbsthilfe), а то онда није на месту само ту баш у глави о државини, него то је једно опште правило, које важи у свима правним односима јер ја н. пр. тако исто не смем ни силом и самовласно наплаћивати се од свога дужника и т. д. Аустријски грађ. законик већ правилније о томе говори у почетку у §. 19. где говори у опште о личним правима, а саксонски је грађ. законик још правилније тај определењ о самопомоћи метнуо у општи део. Зашто дакле наш законодавац о томе говори баш нарочито у глави о државини? То се само тако може објаснити, ако се узме, да њему у поменутоме §-у управо и није била намера изречи забрану самопомоћи (и ако је тако формулисано), него да је он тиме хтео да одреди заштиту државине про-

тив самовласнога сметања и одузимања и од стране самога господара ствари; али то је већ казано пре тога у §-у 201. те по томе није нимало нужно било то исто понављати опет у §-у 208. Изгледа дакле свакојако да је цео тај §. 208. уметнут само ради онога „на обрани или на гоњењу.“

Па шта је казано тиме „осим ако није на обрани или на гоњењу“? По самоме склопу реченице то може само значити: ја по правилу не смем своју ствар, кад је код другога нађем и познам, силом да му одузимам (него разуме се само судским путем), изузетно могу и силом да му је одузмем, кад се од њега браним или кад га гоним. Па има ли логичкога и правнога смисла у таквоме случају, као што га §. 208. помиње, говорити о некој одбрани? Према нашем схватању очевидно нема. Одиста, у каквој одбрани може бити онај, који ствар своју код другога нађе и позна те је од њега ште? Од чега он може имати да се брани? Баш ни од чега. Кад ја ствар у рукама имам и држим, онда нема сумње да може ко хтети ту ствар силом да ми отме и одузме и ја онда морам и имам право да се браним и силу силом да одбијем. Али кад ја ствар немам у рукама него је негде нађем код другога и од њега тек иштем онда ту не може бити речи о одбрани, јер нико не може хтети силом да ми отме оно, што у мене није, дакле ја никако нећу ни имати узрока да се браним. Али, могао би неко приметити, зар не може тај, који ствар своју нађе и ште, бити нападнут од стране онога, у чијим је рукама ствар? Извесно може, али то је онда само напад на личност и ту се онда нужна одбрана тиче само личности, а са неком ствари, која није у рукама нападнутога, она нема никакве везе нити се може таква одбрана простирати чак дотле, да осим одбране своје нападнуте личности нападнути још и силом узима нападачу неку ствар, која

се у његовој државини налази. То би без сумње прелазило границе законите одбране у нужди и сасвим би противно било данашњем опште усвојеном појму те одбране. Мислимо да ће према овоме сваком правнику бити јасно, да је одиста у §-у 208. једна логичка и правна збрка, коју не бисмо могли објаснити, кад не би смо имали пред собом оригинални извор, аустр. грађ. законик, те видели како је наш законодавац опет нешто назрео у њему али на жалост опет криво разумео. §. 344. аустр грађ. законика каже: „Zu den Rechten des Besitzes gehört auch das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen und in dem Falle dass die richterliche Hilfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben.“ [1]) Тај је §. и у аустр. грађ. законику сувишан, јер то управо и не спада у грађ. право да даје прописе о законитој нужној одбрани, то је ствар кривичнога права и по томе и да нема о томе ништа казано у грађ. праву инак би сваки имао права, да се брани кад је нападнут у личности или у имању и да силу силом одбије. [2]) То дакле што је казано у томе §. 344. аустр. гр. зак. није никаква цивилно-правна заштита државине. Но како му драго свакојако је у аустр. гр. зак. ствар правилно схваћена, а у нашем законику напротив погрешно изведена и пресађена. Казати да држалац ствари има право самоодбране, дакле има право одбити силу силом и у тој одбрани и силом одузети ономе ствар који му је непосредно пре тога отео, [3]) то све има смисла, то осим аустр. гр. зак. наређују и прајски

---

[1]) Ту се исти законик позива увидо и на свој раније §. 19. у коме се говори о законитој одбрани у нужди.

[2]) Vim vi defendere (alias repellere) omnes leges omnia-que jura permittunt. fr. 45. pr. Dig. ad leg. Aquil. 9, 2.

[3]) Доиста при тој одбрани може доћи у самој борби до тога да ни нападач отме ствар а ја му је одмах непосредно опет силом назрас узимам, дакле ни continuati, ni congressus, а ни ex intervallo.

законик §. 142. I. 7. и саксонски грађ. законик §. 178., али говорити о ономе који нема ствар у државини него је нађе и позна код другога па и ту замишљати неки случај одбране, то је оригиналност само нашега грађ. законика.

А како стојимо са оним „на гоњењу“? Мора се признати да ту већ друкчије стоји ствар него са одбраном, јер одиста према природи саме ствари има оправданога смисла, да се изузетно призна самопомоћ онда, кад се она врши ради тога да се можда неки ненакнадиви губитак отклони а помоћ суда би доцкан стигла, н. пр. ја видим држаоца моје ствари где бега иньоме и ја га гоним и силом му одузимам ствар, јер док суд и власт дођу он је већ бог зна куда умакао и т. д. [1]) И тако дакле у §-у 208. има нешто што има правнога смисла а нешто што нема и то је помешано једно с другим, а осим тога је сама формулација тога §. сасвим погрешна, што очевидно потиче из истога извора, као и све остале горе поменуте погрешке, а то је из тога, што наш законодавац није схватио како ваља природу државине нити је имао довољно изоштреного теоријскога погледа за тачно разликовање и одвајање државине од својине или онога што се зове jus possessionis од онога што се зове jus possidendi; све оне правне користи, што су са државином као фактом скопчане, зову се у скупу jus possessionis (das Recht aus dem Besitze, Besitzesrecht) а напротив право на државину зове се jus possidendi (das Recht auf den Besitz или Recht zum Besitze). Ко има државину, дакле jus possessionis? то је питање фактичко (That frage), а ко има право на државину, дакле jus possidendi? то је питање правно (Rechtsfrage). Оно после-

[1]) В. о томе случају fr. 13. §. 16. Dig. 43, 8. затим Puchta, Vorlesungen I. стр. 142. — Unger, System II. стр. 343.

дње т. ј. jus possidendi може припадати само власнику или ономе, коме власник хоће да преда ствар у својину. [1])

Услед таквога недовољнога теоријскога схватања и разликовања догодило се и то, да су опредељаји нашега законика о заштити државине испали тако непотпуни и крајње збркани и недовољни, чему се морамо тим већма зачудити, што је у томе погледу наш законодавац у своме извору, аустријскоме законику, имао доста потпуне и добро уређиване законске прописе пред собом. Или зар може когод из прописа нашега законика, који су смештени у глави о државини, на чисто и јасно извести у чему и каква се заштита даје државини као таквој, као некоме засебном од својине различном правном односају? Нигде то у нашем законику није директно и нарочито казано, као што то иначе сви законици чине. Све што закон о томе каже налази се у два већ поменута параграфа, у 201. и 208. и то индиректно и мимогред, јер је у оба §§. управо говор о својини и само се власнику прописује да не сме ствар своју силом узимати ни онога, који је држи, силом из државине избијати и отуда се онда изводи заштита државине напрема насилноме одузимању од стране власника. И у томе је онда исцрпена сва заштита државине по нашем законику. А где је заштита државине против повреде и сметања (Besitzstörung)? О томе нема ни говора Законик само каже: не смеш му ствар силом одузимати, али не каже и то: не смеш му у државини сметати и у њој га узнемиравати, а кад то није казано, онда значи да то није забрањено и да против тога државина није заштићена. Можда би неко ту могао приметити: па то се само собом разуме, да нико не сме ничију државину вређати нити

[1]) В. и томе међу осталима: Muller, Institutionen, стр. 166. — Randa, Besitz, стр. 4. — R. Schmid, Ub. d. Natur d. Besitzes, стр. 83. и др.

му у њој сметати и да држалац може у таквоме случају повреде и сметања тражити заштиту суда. Па ипак се то при државини ради њене чисто фактичке природе никако само собом не разуме. Ми ћемо то потврдити речима признатога знаоца и испитача државинских односаја Рандеа који вели: „Da der Besitz ein blosses Faktum ist, hiemit der allgemeine Rechtsschutz auf denselben nicht anwendbar ist, so kann ein rechtlicher Schutz desselben gegen Störung und Entsetzung nur dort und insofern statthaben, wo und inwiefern ihn das Gesetz ausdrücklich normirt.“ Нова потврда томе, како на детаљно законодавно уређење државинских односа битно утиче правилно схватање основнога питања о самој природи државине. Није нужно да још што више и даље о томе казујемо после наведених Рандиних речи. Па осим тога што наш законик државину не заштићује против сметања, још је и заштита против одузимања ограничена само на случајеве насилнога одузимања и то са изречном напоменом самопомоћи, дакле у цељи задовољења и остварења неке правне претензије према држаоцу. Ту је наш законодавац (без сумње случајно и незнајући) стао на оно погрешно гледиште, које смо горе већ нашли у познатога правника Рудорфа а које су Савињи и Иеринг већ довољно побили.[1]) То је гледиште одвише уско и ограничено, јер не мора никако насилно одузимање државине да буде само баш у цељи самопомоћи, него очевидно може да буде и без те цељи, дакле онда не може основа државинској заштити бити само у забрани самопомоћи (самовласнога и насилнога намирења неке своје правне тражбине или остварења свога права) него мора бити много шира, као што смо горе већ ви-

[1]) B. Savigny, Recht d. Besitzes, 6. изд. стр. 40. — Ihering Beiträge z. Lehre des Besitzes, стр. 6—20.

дели. Осим тога пак наш законодавац заштићује државину само против насилнога одузимања („силом да не узимаш“), а међу тим сасвим заборавља и изоставља друга два случаја незаконитога одузимања државине, а то је одузимање clam и precario, а то је потајним начином и злоупотребом поверења (или као што би се могло казати „на превари“, Немци то зову Vertrauensbruch). Дакле н. пр. ја видим неку своју ствар у државини некога другога па сам рад да дођем до те ствари без заметнога парничења и доказивања а нећу ни силом да се послужим, а ја онда прибегавам другоме финијем начину, да му је измамим из руку молећи га да ми је даде на послугу и употребу и то тако, да му је вратим кадгод он то захте, (дакле precario)[1]); он незнајући можда да сам ја управо власник те ствари и не слутећи о превари испуни ми молбу и да ми ствар, али кад је доцније затражи ја нећу да му је вратим позивајући се на то да је то управо моја ствар.[2]) Има ли држалац у таквоме случају заштите против мене по нашем законику? Нема, као што је тако исто нема ни онда кад му ја ствар узмем потајним начином иза његових леђа (дакле clam), јер у оба случаја ја нисам никако ствар силом узео. А да ли је такво одузимање ствари од држаоца онако исто самовласно као и насилно одузимање? Тешко да би могао ко доказати да није. И зато је у римскоме праву и у новијим законицима државини дата заштита против сваку врста самовласнога (а не само насилнога) сметања и одузимања. Горњи случај при прекаријуму аустријски грађ. за-

[1]) О precarium-у је реч у нашем законику у §-у 585.

[2]) Или баш и без таквога позивања просто нећу да му је вратим. Ако би ту мислио негод приметио, да у таквоме случају може онај, који је ствар у прекаријум уступио, тражити је натраг на основу уговорне обавезе на враћање, то би таква примедба била са правнога гледишта неоснована, што смо у свако доба готови опширније да доказујемо. Овде због одмереног простора то не можемо чинити.

коник нарочито нормише у §§. 345. и 346. А зашто је то наш законодавац изоставио? Не можемо да се довијемо другоме узроку, до ономе, што смо га већ толико пута напоменули, а то је несхватање природе државине и основа њене правне заштите. Не можемо још даље о томе отезати разговор, јер би смо и одвише прекорачили одмерени простор овакве расправе.

Свакојако је занимљиво још у кратко обратити пажњу на последња два параграфа у глави о државини, на §. 209. и 210. У првоме (209.) се каже: „Кад се два или више њих препиру о томе, коме државина једне ствари припада, до пресуде причуваће је суд или онај чијим именом когод ствар држи.“ Признајемо да овај §. не би смо могли разумети нити га у склад довести са §-ом 202., кад не би смо имали пред собом аустријски грађ. законик те из њега видели откуда и како је определај тога §-а у наш законик ушао. У §-у 202. каже се да се при распри о државини држи да је на онога страни право, који управо ствар држи, док се противно не докаже, па зар то онда не важи и онде „где се два или више њих препиру о томе, коме државина ствари једне припада“? Или је можда наш законодавац ту већ почео из далека да назире неку разлику између државине и права на државину? Па шта управо значи по нашем законику то да некоме „државина једне ствари припада“? По другим законицима, у којима су правилно обележени односи државински а нарочито прецизно и тачно нормисана заштита државине, није тешко на то питање одговорити, али по нашем законику то питање није тако лако и јасно, као што у први мах може да изгледа. Припада ли државина ономе, који ствар фактички држи у рукама и с вољом да је држи као своју (animo domini)? По дефиницији §-а 199. изгледа да је тако. Али кад погледамо на §§. 200. и 201. онда то опет постаје сумњиво,

јер се ту већ умешало неко право на државину, а јасно је да неко може ствар фактички држати с вољом да је држи као своју а да ипак нема право на државину (jus possidendi). Какву дакле препирку замишља наш законодавац у §-у 209.? Да ли спор око државине као такве или спор око права на државину, да ли дакле посесорну или петиторну парницу? Кад ја држим једну ствар са поменутом вољом, а други излази на среду и тражи да ја њему уступим државину ствари, онда на коме основу он то може пред судом тражити? Очевидно или на томе основу, што тражи повраћај државине коју сам ја непосредно од њега vi, clam или precario одузео, или на томе основу, што тврди да он има право на државину те ствари, које право (својине) он разуме се мора доказати. У првоме случају парница ће бити посесорна а у другоме петиторна. Али наш законик ту посесорну парницу није никаквим правилима нормисао, он о њој нигде ништа не говори и по томе се онда по нашем законику не зна по коме законскоме пропису може онај тражити судске помоћи, коме је државина насилно [1]) или потајно или precario повређена или одузета и на што ће суд онога, који је то учинио, осудити?[2]) Ми разуме се овде не говоримо о кривично-правној него о грађанско-правној одговорности и грађанско правним последицама. А кад је тако, онда по нашем законику спор „о томе, коме припада државина једне ствари“

[1]) Истина, као што смо већ видели, закон власнику каже: „силом да не узимаш“ али он не каже шта ће се томе власнику догодити, ако он ипак силом узме. Међутим он може силом узети само од држаоца тако и од простога детентора, а то је у својим последицама свакојако различно.

[2]) Аустр. грађ. законик у 1-у 346. каже: «Gegen jeden unechten Besitzer kann sowohl die Zurücksetzung in die vorige Lage, als auch die Schadloshaltung eingeklagt werden. Beides muss das Gericht nach rechtlicher Verhandlung, selbst ohne Rücksicht auf ein stärkeres Recht u. t. d. verordnen.»

може само да буде петиторан спор а то је спор о праву на државину, а ту онда постоји §. 202. чију смо садржину већ познали и у кратко претресли. И ту се онда с пуним основом мора питати: шта је законодавцу могло дати повода да нареди да ће у таквоме спору око државине суд причувати ствар до пресуде? Зашто да суд, чим се спор изроди, одузме ствар од садашњега држаоца и да је он чува — има ли томе ма најмањега основа? Кад се по §-у 202. држи да је „на онога страни право, који управо ствар држи“ док се противно не докаже, онда зар то законски претпостављено право тако мало вреди да тај који то „право“ има не сме ствар задржати у рукама, чим се спор појави, дакле је не сме задржати ни дотле, док се противно не докаже и пресудом не констатује? Кад се суду предаје нека ствар на чување, онда ту мора бити одиста озбиљнога повода и узрока томе — а какав може бити узрок у овоме случају о коме говори §. 209.? Ми не умемо да га нађемо ни погодимо. Ако би неко хтео као једини могући узрок да узме то, да има опасности, да онај против кога се парница подиже, не упропасти ствар, онда би такав узрок био потпуно неоснован. Самим законом претпостављати и веровати, да је на нечијој страни право а у исто доба мислити, да ће тај ствар упропастити, то је сасвим нелогично. А осим тога ради такве опасности морало би се сасвим консеквентно законом прописати, да се и у свима случајевима спора око својине на некој ствари, увек ствар до пресуде даје суду на чување, јер у свакој таквој парници може постојати опасност да се ствар упропасти.[1]) Међу тим зна се и то, да ће тај, који би ствар упропастио, свакојако одговарати и за то упропашћење туђе ствари. У опште

[1]) Зашто н. пр. законодавац у §-у 218. и 219. ништа не наређује о томе чувању код суда?

пак, кад неко ствар има у рукама па још није доказано, да он нема права држати ту ствар, он свакојако не мора да је уступа никоме па ни суду а нарочито кад за њега постоји законска пресумција да он има право на ту ствар, док се год противно не докаже.[1]) А противно се тек онда сматра као доказано кад то суд пресудом изрече; до пресуде то дакле још није доказано и она законска пресумција једнако стоји. И тако дакле мислимо да смо доказали, да онај пропис о „чувању код суда“ нема места ни основа.

Али још већа је тешкоћа тачно и како ваља објаснити оно што даље стоји у томе истоме §-у 209. а то је да ће ствар причувати суд „или онај чијим именом когод ствар држи.“ Кад је већ казано (било са основом било без основа) да ће је причувати суд онда на што је било нужно одређивати још некога ко ће је чувати? А затим се само каже „суд или онај и т. д.,“ што може само значити да суд у томе чувању нема никакво првенство пред „оним“ нити „онај“ пред судом, него онда ће ваљда суд сам у појединоме случају одређивати да ли ће је чувати он или онај чијим именом когод ствар држи. А има ли некога дубљега основа, зашто је казано да је може чувати и онај чијим именом когод ствар држи? Мора се претпоставити да то законодавац није тек онако случајно казао, него да је морао имати довољнога основа томе, а кад је имао таквога основа, кад је дакле налазио да је сасвим оправдано и целисходно да ствар, око које је спор, чува онај и т. д., онда извесно тај оправдани основ постоји у сваком таквоме случају, па зашто онда да је у сваком таквоме случају не чува тај исти, него да се законом допушта могућност, да он може бити и искључен

[1]) §. 217. грађ. законика то јасно каже.

од тога чувања самим судом? Поменути основ постоји или свагда (у једнакоме случају) или никако, дакле онда треба тај исти да чува ствар или свагда или никако.[1]) Али осим свега тога права тешкоћа тек онда настаје, кад хоћемо да одговоримо на то питање: откуда и по каквоме је основу у опште ту уплетен „онај чијим именом когод ствар држи"? Двојица или више њих се препиру о државини једне ствари, па да ли један између тих, који се препиру, држи фактички ствар у рукама? Законодавац нам никако не каже, замишља ли он такав случај или противан случај. Он је оставио да ми то погађамо. Узмимо дакле да између оних, који се препиру око државине, један одиста држи ствар, онда он ту држи или у своје име (као своју) или именом другога; ако је држи у своје име, онда чим настане спор, он је више не може држати, него је мора предати на чување суду; али тај исти ако не држи ствар, него је предао другоме, да је држи у његово име, одмах чим настане спор добија ствар на чување само зато, што је он случајно у томе тренутку није држао него је „когод" држао у његово име. Има ли ту логике и доследности? Дакле ја добијам ствар у руке (на чување), кад је неко други држи у моје име, али кад је ја сâм држим у своје име, онда је не смем више држати, онда она не може више бити у мојим рукама кад се изроди спор. Зашто закон има у мени више вере, кад други држи ствар у моје име, него кад је ја сам држим у своје име? Мислимо да ће то тешко когод моћи да објасни и да протумачи. Но да дуже још не отежемо говор о оваквоме нелогичкоме законскоме пропису, него да одмах потражимо разрешење целој тој законодавној загонетци у ономе §-у аустријскога

[1]) Ми можемо само тек овако у кратко указивати на те правне непотпуности у закону, а немамо места да то даље испрâдимо и потање прегресамо.

грађ. законика, који је нашем законодавцу био пред очима и који је само погрешно и непотпуно схваћен и преведен, те отуда онда цела та нелогичност и збрка. §. 348. аустр. грађ. законика гласи: „Wenn der blosse Inhaber von mehreren Besitzwerbern zugleich um die Übergabe der Sache angegangen wird, und sich Einer darunter befindet, in dessen Namen die Sache aufbewahrt wird; so wird sie vorzüglich diesem übergeben, und die Übergabe den Übrigen bekannt gemacht. Kömmt dieser Umstand keinem zu statten so wird die Sache der Gewahrsame des Richters oder eines Dritten anvertraut. Der Richter hat die Rechtsgründe der Besitzwerber zu untersuchen und darüber zu entscheiden." Кад ово прочитамо, онда нам тек бива јасно, како је грозно исакаћен и изведен тај §. у нашем законику. Разуме се да одмах престаје свака нелогичност и ствар постаје одмах чиста и јасна, кад видимо, како за и који је случај то аустријски законодавац наредио и прописао. Ту тек видимо откуда је ту баш говор о ономе, чијим именом неко ствар држи и откуда потреба, да понекад суд причува ствар. Случај је овај: Један држи ствар као прост детентор н. пр. као оставопримац (депозитар), одједанпут се појаве њих неколицина, од којих сваки полаже право на државину те ствари и сваки тражи од детентора да њему државину ствари преда; детентор се нађе у невољи, јер ако ниједноме не преда ствар него допусти да дође до парнице, онда се он налаже извесној одговорности, осим терета парничења, парничних трошкова и т. д.[1]) Мора је дакле некоме од њих предати, али коме ће? Ту му сад закон пратиче у помоћ те му каже, како ће се у таквоме случају владати и сачувати од сваке одговорности.[2]) Наравно да је онда ту најпри-

[1]) В. §. 70. казнега грађ. поступка.

[2]) С тога и сам послов теме §-у 348. аустр. грађ. зак. гласи: „Verwahrungsmittel des Inhabers gegen mehrere zusammentreffende Besitzwerber.

родније да ствар преда своме ауктору [1]) т. ј. ономе, чијим именом је он ствар имао у детенцији; а тек ако међу онима, који траже да им се ствар у државину преда, нема таквога ауктора (н. пр. ако детентор није депозитар, него је ту ствар негде нашао) онда се ствар поверава суду или некоме трећем на чување. Дакле оно, што је у аустријскоме законику прописано само за извесан тачно одређен случај, то је наш законодавац без икакве логике и основа протегао у опште на све случајеве „кад се два или више њих препиру о томе, коме државина ствари једне припада," и према томе онда оно, што је у аустријскоме оригиналу сасвим логично и консеквентно, постало је у нашем преводу или изводу нелогично, неконсеквентно, управо један законодавни и правни несмисао. Није потребно још даље о томе говорити.

Само ћемо овде још мимогред приметити, како при томе §-у 209. опет јасно излази на среду она погрешка, коју смо горе већ напоменули, а то је што наш законодавац није нашао за нужно, да одмах у почетку обележи и дефинише разлику између простога држања (детенције) и јуристичке државине. Разуме се да није ни могао наједанпут у §-у 209. да спомиње некаквога детентора, кад о њему нигде није било речи, а онда је морао да испадне тако наказан превод те да буду тако тамни и неодређени изрази као „когод" и т. д.

Долазимо до последњега §-а у глави о државини, а то је до §-а 210. То је једини §. у коме се говори о

[1]) То је израз из римскога права. Кад се против детентора дигне тужба ради својине (rei vindicatio), а он хоће од себе да отклони тужбу и парницу, он сама називује онога, чијим именом ствар држи, дакле јуристичкога држиоца и то се сама зове nominatio или laudatio auctoris.

губитку државине. [1]) На жалост и о томе једином параграфу морамо казати, да и он спада међу законодавне уникуме и оригиналности, које се ни у коме другоме законику не налазе. Ту се дакле каже: „Како ствар изгубиш или оставиш, твоја државина престаје." Ово пре свега није довољно јасно и прецизно, што међу тим у нашем законику није никаква реткост, а осим тога је то правило и погрешно са правнога гледишта. Шта значи она реч „оставиш"? Значи ли то напустиш или значи само забациш, затуриш негде? Сваки ће нам признати, да „оставиш" може и једно и друго значити, а међу тим то никако није свеједно значи ли она једно или друго, јер важи једно правило за случај напуштања (дереликције), а друго за слачај забацивања. Судећи по §-у 230. где је та иста реч „оставити" употребљена, можемо узети да је ту законодавац замишљао напуштање или дереликцију. За тај случај напуштања нема сумње да се губи државина, јер ту већ и сам држалац хотимице и вољно напушта ствар и државину на њој. Али већ друкчије стоји при томе, кад се ствар изгуби — да ли ту баш одмах државина престаје? По признатим правним правилима, која су добила израза и у законицима, она не престаје одмах чим се ствар изгуби, него тек онда, кад је тако изгубљена, да се више не може наћи н. пр. пала је у море, или да апсолутно не знам куда ми се дела ствар. Према томе ја могу ствар изгубити, а да не престане моја државина н. пр. ако се тренутно и прелазно не сећам, где сам је оставио или у опште још има изгледа, да се у скоро може наћи. То дакле

[1]) Аустријски законик, прајски ландрехт и саксонски законик имају довољно потпуне одредбе о губитку државине, док међу тим француски code civil о томе ништа не прописује (сингуларан изузетак је само art. 2243.). Уз њега дакле може сасвим пристати и наш законик, јер и тај једини §. 210. сасвим је без штете могао изостати.

свакојако треба у закону тачно и прецизно да се каже и по томе је недовољно и погрешно казано „како ствар изгубиш престаје државина“ што очевидно значи „одмах чим је изгубиш,“ а то није истина. Аустријски је оригинал већ трудио се да прецизније и изближе одреди казавши: „Der Besitz einer körperlichen Sache geht insgemein verloren, wenn dieselbe ohne Hoffnung, gefunden zu werden, in Verlust geräht.“ Истина да и то није баш сасвим правилно и добро казано, јер ту није нада, до које је стало и која решава, него ту решава могућност да ми се опет поврати физичко дејствовање на ствар. Свакојако дакле ствар мора бити тако изгубљена, да је настала трајна немогућност физичкога дејствовања на ствар.

Но сва та нетачност израза у тој првој реченици §-а 210. није тако јака и велика, да се не би могла логичким тумачењем према природи саме ствари исправити и допунити; та је дакле погрешка релативно мала према оној, која одмах после тога долази и која достојно крунише и завршује ред оних погрешака, које се налазе у тој глави о државини. Пошто је законодавац казао да „државина престаје“ он наставља даље: „Али право зато не престаје, но стоји, докле год воља траје.“ Дакле државина престаје али право траје! Које је и какво је то право? Ту морамо опет да питамо: је ли у томе параграфу реч само о државини или је реч још о некоме праву осим државине? Ако је реч само о државини, онда кад она престане, нема апсолутно више никаквога права које би одвојено од ње и иза ње заостало и даље трајало. Државина као фактичко стање, које ужива правну заштиту, састављена је из два елемента, из телесногa држања (corpus) и из воље или намере да држим ствар као своју (animus); чим ма који од тих елемената отпадне, одмах нема више државине, она је престала и иза ње више ништа не остаје.

Кад дакле ствар изгубим или напустим (оставим), онда је у првоме случају отпао corpus и ту онда самом вољом ја не могу државину и даље одржати, то је правна бесмислица и о томе данас ни у теорији ни у практици нема више спора.[1]) У другоме пак случају (кад ствар оставим или напустим) ту је пре свега отпао animus, или управо наступио animus contrarius, јер ја напуштајући своју ствар тиме очевидно показујем да немам више вољу да је држим; па колика је ту тек нелогичност говорити о томе, како у томе случају напуштена државина истина престаје, али право са вољом траје, кад је баш воља тај елеменат који пре свега отпада при дереликцији![2]) Ако је пак то право, о коме говори §. 210. и које још и после престанка државине траје, неко друго право осим државине, онда каквога места и смисла има говор о таквоме сасвим другоме праву утрпавати и уметати у главу о државини? Зар се таквим утрпавањем не чини највећа пометња и забуна, која се мора свакојако рефлектовати у практици? Нема сумње да право својине и даље траје, ма да је државина ствари изгубљена, али то је онда сасвим друга ствар и о томе се говори у глави о својини.

Одиста, нигде се ваљда јасније и еклатантније но у овоме §-у 210. не огледа оно већ толико пута поменуто чудно и скоро непојмљиво несхватање природе државине и њене разлике од својине од стране нашега законодавца. Какве чудне и крајње нелогичне консеквенције морају потицати из таквих побркaних и погрешних законских прописа! Узмимо н. пр. ја сам изгубио ствар и при свем тражењу не-

[1]) „Er (der Besitz) kann weder als blosses corpus, noch als bloser animus fortdauern, denn keines von beiden ist für sich der Besitz.“ Puchta, Institutionen, I. стр. 555. Уз њега могли би смо нарећати још читав низ најразличитијих писаца, али је то излишно.

[2]) В. међу осталима: Randa, Besitz, стр. 214. и 215. и прим. 6.

могу више да је нађем и апсолутно не знам ни где је ни где сам је изгубио; међу тим други ту ствар нађе, задржи је у својим рукама с вољом да је држи као своју — има ли тај находник јуристичку државину ствари или је имам још једнако ја? Ако је по данашњој опште усвојеној правној теорији и законодавству,[1]) онда је находник без сумње права јуристички држалац ствари, али по нашем закону како ћемо ту ствар да решимо? Ту истина са губитком ствари моја државина престаје, али некакво замишљено право траје, докле год воља траје, и ова може трајати у бесконачност и тако ја кад после бог зна колико дугога времена нађем ствар у находника или у некога, коме је он продао, поклонио, у наслеђе оставио, ја одмах тражим да ми он изда моју државину и судија треба да ми је одмах досуди, а после тек настаје спор око права на ствар, који са државином нема посла. Зар таква консеквенција не потире у самоме појму целу установу државине и цело њено правно значење? Али законодавац се побринуо да нам покаже зашто право не престаје него стоји докле год воља траје; ево зашто: „Јер ако се ствар нађе, или се такав (господар) на своје врати, опет државину добија и т. д.“ Ако држалац изгубљену ствар у брзо нађе (претпостављајући да она међу тим није већ од некога другога заузета) онда његова државина није била ни престала, а ако је нађе тек иза дугога времена пошто је већ сасвим био изгубио наду, да ће је икада наћи, онда он просто прибавља на њој нову државину онако исто, као и сваки други, који би ствар нашао. Дакле ту никако није нужно да се замишља неко право, које траје са вољом у беско-

[1]) Француски је законик у томе неки изузетак у §-у 122. I. 7., но о томе ми овде не можемо говорити. Свакако француски законодавац ипак није признавао ніякве од државине различно право. У томе је наш законодавац сасвим оригинални.

начност висећи у ваздуху. А кад се држалац (а не господар)[1]) опет врати на своју ствар, коју је био напустио (опет претпостављајући да је међу тим нико није заузео), онда је то тако исто ново прибављање државине а никако настављање оне старе.[2])

Свакојако дакле тај разлог или то ближе објашњење што га наводи законодавац не стоји, ако је реч о државини, а ако је реч о својини, онда стоји али онда, као што смо већ казали, оно ту нема места. И по ономе што даље стоји у §-у 210. а то је „нити смета што употребљавао и уживао није, осим случаја застарелости“ види се све јасније како је збила законодавац у томе параграфу, као и иначе, помешао државину са својином, јер очевидно при прибављању и губитку државине нема нити може бити говора о застарелости. Мимогред ћемо овде напоменути, како и аустријски законодавац у §-у 352., који је очевидно нашем законодавну био пред очима при ономе тако несретно редигованом и изведеном §-у 210., није био најбоље среће у избору израза за своју мисао, али се ипак тачно држао у границама државине и државинскога одношаја а није угазио у област својине нити је начинио такву једну правну смесу истинитога и неистинитога, као што је у поменутоме §-у нашега законика. §. 352. аустријскога грађ. зак. дакле каже: „So lange noch Hoffnung vorhanden ist, eine verlorene Sache zu erhalten, kann man sich durch den blossen Willen in ihrem Besitze erhalten.“ Дакле аустријски законодавац не каже (као наш) да чим се ствар изгуби, одмах држава престаје, а само некакво право још и даље траје, него он каже да се држава одржава без помена некога од ње од-

[1]) Кад је реч о државини, онда нема господара.

[2]) В. и томе међу осталима: Randa, Besitz стр. 315. прим. 6

војеног права; а што је употребио израз „durch den blossen Willen“ (самом вољом),[1]) то је тај израз погрешан у толико у колико би се могло погрешно тумачити, као да ту има неке замишљене (фингиране) голом вољом (solo animo) одржаване државине, а међу тим то није истина, него ту се просто узима случај, где ствар још није сасвим изгубљена, још није corpus без икакве наде на повратак отпао, дакле није још настала трајна немогућност физичке власти над ствари. У римскоме праву истина долази тај израз „solo animo retinere possessionem“ али у каквоме значењу и за какан случај? Тај је израз употребљаван само при државини непокретних ствари и то у томе значењу, да држалац неке земље тиме још не губи на њој државину што се од ње удаљује па можда и дуже време на њу не долази, дакле ту тако рећи голом вољом одржава државину;[2]) очевидно је и ту израз нетачан, јер самим удаљавањем и отсуствовањем још не престаје могућност фактичке власти (дакле corpus-а) над ствари. Но колико је то значење и тај случај различан од онога, што га наш законодавац замишља и помиње!

Морамо већ да завршимо овај наш летимични критички поглед на опредељаје нашега законика о државини. Ми сами веома добро увиђамо све недостатке и непотпуности овога свога рада, јер већ и сам одмерени простор овакве расправе (који смо можда већ мало и прекорачили) није нам допустио, да се упуштамо у опширније и потање претресање и расправљање сваког додирнутога питања;

[1]) Аустријски коментатори то по примеру неких писаца старије школе зову «Mentalbesitz (possessio mentalis).» Да такви менталне (само у памети, голом вољом одржавине) државине нема, то је од стране новијих писаца довољно већ доказано.

[2]) В. о томе: fr. §. 3. 11. Dig. 41. 2. — Puchta, Institutionen, I. стр. 558. — Windscheid, Pandekten, I. стр. 390. прим. 3. — Baron, Pandekten, §. 118. — Randa, Besitz, §. 22. прим. 30. и други.

с тога на многим местима можда нисмо ни мисао своју исказали довољно свестрано и јасно. Но ми нисмо ни имали намеру да у оваквој сразмерно краткој расправи исцрпемо сву теорију о државини. Главно нам је било да у опште — као што већ и у уводу напоменусмо — покренемо дубље теоријско разрађивање појединих установа и питања из приватнога права, да својим и ако непотпуним радом изазовемо и друге стручне снаге на поље такве веома корисне и плодне дискусије, те да се мало по мало цео приватно правни материјал разради и претресе онако, како то стању данашње правне науке одговара.

Г. Гершић.