

О ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ

Ж. Спасојевић

* * *

О JURISPRUDENCIJI

Ž. Spasojević

О ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ

Ж. СПАСОЈЕВИЋ

доцент Универзитета.



инв.бр.
7300

БЕОГРАД.

ПЕЧАТАРИЈА „ДОСИТИЈЕ ОБРАДОВИЋ“
ДМИТРИЈА ГАВРИЛОВИЋА (ПРЕБЕ А. М. СТАНОЈЕВИЋА)
КНЕЖИЊЕ ЖЕЛИЋЕ ВЛ. БР. 6.

1912.

Протампано из архива за правне и друштвене науке

О ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ¹

На западу, а специјално у Француској, и Немачкој питање о изворима у приватном праву и њихова објективна обрада толико је постало последњих година актуелно, да је после једне дуге дискусије, може се слободно рећи, наступило једно опште померање у принципима, који су до скора владали као освештани у овој области. Резултат те дуге борбе био је да су појмови о закону, обичају и о односу судије према позитивном законодавству добили сасвим други облик. Иавесне идеје, које су сматране као већ пречишћене, доведене су у сумњу, друге су оборене и на место њихово постављене су нове.

Утицај тог повачења неминовно осетиће се и код нас. Он већ почиње да се осећа и довољно је да у том погледу споменем извршне радове господина Живојина М. Перића професора Универзитета: *Један поглед на еволуционистичку правну школу* (публикован у гласу Академије Наука у књизи LXXIV); затим *О улози судске власти по српском законодавству* (предговор књиге г. Гојка Никетића: *Грађански закон протумачен одлукама одлења и опште седнице Касационог Суда*).

И ја бих хтео да се позабавим овим питањем. Кад је већ неизбежан моменат, када ће тај покрет на западу и нас обухватити, зашто не бисмо још сад примили она начела, која се могу сматрати као утврђена у овој области. Само ја не бих хтео да третирам цело питање. Задржаћу се на једном детаљу, који је за нас од велике важности, на име на јурис-

¹ Приступно предавање из Приватног права држано 3 априла ове године.

пруденцији. У осталом ово и јесте најважнији, тако рећи, централни проблем, јер напоследку крајњи циљ свега онога, што овде има да се узме у обзир, то је судија. И ма колико далеко ишли у идејама, тражећи начина да схватимо право као једну целину, и да га третирамо на један објективан начин, све то ипак има да се сведе на практичне резултате, где улога судије има на првом месту да се цени.

И г. Перић је у поменутој расправи *О улози судске власти по српском законодавству* третирао исто питање. Али он се у главноме задржао на томе, какав је положај судије према нашем позитивном праву и специјално на критици закона о устројству Касационог Суда од 1895. године. Ја бих желео да представим питање у другом облику. И мени је намера да посматрам јуриспруденцију са обзиром на наше прилике, али не бих хтео да се ограничим на прописе нашег законодавства, него да ли ми у опште гледамо на јуриспруденцију на начин како она то заслужује, и да ли извлачимо из ње сву корист, коју она пружа.¹

Разлог који ме је руководио, да се ставим на ово гледиште, био је тај, што се код нашег правосудја може констатовати једна врло значајна појава и која је, тако рећи, постала нормална ствар. Судија је чувар закона, он има верно да га примени, али и ако је јуриспруденција свесна своје дужности, она је у нашем правном животу, поред закона, или управо мимо закон, постала један фактор који у неку руку игра самосталну улогу. Услед тога данас, ако хоћемо да се уверимо на чијој је страни правда, није довољно знати, шта садрже законске одредбе, које се односе на постављено питање и каква је била законодавчева воља, регулишући дани случај. У пракси, сем законског текста као извора права, у велико је ушло у обичај, да се води рачуна, како су судови решавали сличне случајеве и специјално како је Касација, као највиша инстанција, разумела поједине законске прописе. И кад је реч о вођењу каквога спора увек има више изгледа

¹ Видети у овом погледу нарочито Esmein: *La doctrine et la jurisprudence* (Revue trimestrielle de droit civil) 1902 стр. 1 и сл. E. Lambert *Fonction du droit civil comparé, Introduction* 1903. — Затим E. Gény *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* 1899 R. Saleilles. *Le Code civil et la méthode historique. (Livre du Centenaire du C. civil)* 1904 стр. 95 и след. J. Cruet *La vie du droit et l'impuissance des lois*.

на успех онај, који је дугим искуством ушао у идеје јуриспруденције и који у свакој даној прилици има пред очима већ готову слику, како ће судија схватити постављена питања — него ли правник, који тражи ослонац у чистој теорији. Ова последња може бити озбиљан помагач, али оно што односи победу бар у већини случајева, то су аргументи до којих је јуриспруденција дошла својим сопственим искуством, извлачећи с једне стране из закона сву његову садржину, а с друге посматрајући живот непосредно.

Све већи значај, који су почеле заузимати судске одлуке, учинио је, да је и сам законодавац сматрао за потребно да овде интервенише и да упути јуриспруденцију једним правцем, у ком би она постигла што већу једнообразност. Отуда закон од 1895. године о устројству Касационог Суда, којим се мењају одредбе закона од 1865 г. и који Касационом Суду даје много ширу власт у доношењу начелних одлука него што је то пре имао.

С друге стране и приватна иницијатива учинила је доста да се упознамо са одлукама наших судова код најважнијих питања. Свима је познато од какве су неоцењиве вредности збирке г. С. Максимовића. Млађи правници латили су се и још једног озбиљнијег посла, издајући поједине законике где су уз сваки параграф цитирана важнија решења Касационог Суда.

Али, кад смо већ пошли тим путем, зар се не намеће питање, да ли се ваља задржати на ономе, што је до сад урађено, или треба поћи један корак даље и не ограничавајући се само на сумарно познавање судских одлука, ући дубље у њихову садржину и признати им ону важност, коју оне заслужују? Но да би то постигли, није довољно увиђати вредност судских одлука у опште, него воља и прецизирати на ком се принципу оснива њихов ауторитет. Али, како изгледа ту наилазимо на извесне сметње, — сметње преко којих смо у ствари прешли самим тим, што судска решења у пракси играју све већу и већу улогу, али које, рекло би се, нису отклоњене једино из разлога, што је релативно мали број правника, који хоће да покрећу ова питања од општег значаја. Ово стање ствари доприноси, да, кад је реч о јуриспруденцији, оно основно гледиште, које код нас преовлађује односно њене вредности, то су идеје из периода, која је

претходила епоси где су питања о методи и изворима права прошла кроз кризу. По тој концепцији јуриспруденцији се додељује само једна секундарна улога. Услед тога, и ако би можда било претерано тврдити да су многи наши правници, противници придавању важности судским одлукама, неоспорно има их доста, који поричу ону вредност, која се за њих везује и неће да се помире с тим, да судске одлуке, а специјално одлуке Касационог Суда, представљају право, о коме једна објективна метода мора водити рачуна.

Ово схватање у главном се оснива на два реда идеја, један практични, друга теоријски. Прво ћу навести практичне разлоге зашто не треба придавати велику вредност судским одлукама а нарочито одлукама Касационог Суда: „Млађи правници подлежу често искушењу, да без критике примају позната тумачења законских прописа од стране виших судова. С једне стране ауторитет највишег суда у земљи, чијем се познавању законских прописа са свим оправдано поклања велика вера, а с друге стране ослобођење од налажења разлога сопственим размишљањем законскога смисла, што на сваки начин стаје извеснога труда, наводи ниже судије по каткат, да просто акцентирају мишљење Касационог Суда. На тај се начин спорови шаблонски одлучују, у разлозима се преписују мишљења Касационог Суда, и то с једне стране штетно утиче на умно правно развиће, на његово усавршавање сопственим трудом, његову способност, да независно од туђег мишљења, сам оштро схвати суштину дотичног правног проблема и да га као што ваља решити према сопственом научном тумачењу закона и правног посла, а с друге стране таквим некритичним усвајањем разлога Касационог Суда може да наступи стагнација у правосудју. Јер такав рад нижих судова не изазива дискусију, не покреће Касациони Суд, да једном утврђено тумачење закона подвргне ревизији и евентуално погрешно тумачење измени“.¹

Теоријски разлози против ауторитета судских одлука имају, како изгледа, још много мрачнију страну. На име, чим смо акцентирали те одлуке као право значи, да смо бар у извесној мери дозволили судији да он ствара правне норме.

¹ А-р Драг. Аранђеловић, предговор у *Грађанском Законнику* од Г. Гојка Николића.

Наравно, претпоставља се да ће он тај стварачки посао у главном вршити тамо, где законодавац није предвидео случај. Али, кад је једном призната активна улога судије у опште, тим самим истакнута је и важност његових одлука не само за случајеве, код којих је законодавац остао нем, него се наглашава да оне норме, које се дају извући из судских решења, представљају живо право, право у развиту на супрот законском тексту и његовом органском склопу, који остају непромењени. Ова констатација неминовно сама собом одводи закључку, да судији при тумачењу закона треба оставити у извесној мери одрешене руке. Међутим, чим допустимо ону слободу, самим тим ми смо признали да, поред закона као најважнијег извора права, и судске одлуке имају исти карактер. А кад се то учини, онда се не види, где ће се судијина власт задржати. За данас он још стоји на том терену, да тексту треба дати онај смисао, који је законодавац хтео у њ унети. Али сам тај факат што је пракса принуђена да води рачуна о равнијим одлукама, доказује да има одступања, и чим та одступања постоје, настаје питање, докле ће судија остати при тој тенденцији строгог поштовања закона. Зар неће доћи моменат, где ће и он сам држати за допуштено, да пође другим путем. Јер кад се призна, да законски текст није једини регулатор правних односа, него да и јуриспруденција може у њ унети и свога, зар не настаје опасност, да ће судија решавати спорове више мање према личним импресијама у даноме моменту? И лако је погодити, да овде не долазе ситне ствари у питање, и кад би се судији дала ова власт, да би целокупни поредак могао доћи у сумњу. Зар то не би значило да оне норме, које се дају извући из судских одлука, представљају право тако исто, као и одредбе, које је законодавац формулисао. Другим речима судија, који има да решава према законском тексту, могао би се ставити изнад законодавца. Тако што год не сме се допустити. Одлуке судске, ма како била висока инстанција, од које оне долазе, кад се има у виду функција суда, не могу имати ту моћ, да васпоставе опште правне норме, које би биле обавезне и ван онога случаја, ради кога су донесене. Ми јављиво подписаним законима и под кодификованим правом. Самим тим изгледа законодавац је навлаш ишао на то да отклони свако неорганско стварање права, резервишући за себе сву власт у

томе погледу. Услед тога и видимо, да се кроз цео XIX век провлачи у правној теорији па и у законодавствима строго одвајање законодавне од судске власти. Тај принцип важи и за нас. За доказ да је овако, може нам послужити сам наш Устав, где је ово начело изрично поменуто. Тај би принцип поделе власти био повређен, кад би судија, чија је мисија да примени закон, партиципирao и у стварању права, ударајући на тај начин на законодавчев домен.

Пред ауторитетом законодавчевим и пред силом закона, оно што би се могло ставити на супрот, то је само један ауторитет истог реда, један извор права, који би имао исту снагу као и закон, а то би могао бити једино обичај као израз колективне свести односно свију заинтересованих лица, код кога вољу законодавчеву замењује један фактор, који и самом законодавцу даје моћ и импулс. Признати јуриспруденцији широку власт, то је у неку руку дати јој улогу обичаја, да она узима на себе дужност да нам изнесе оно, што садржи колективна свест. Она јесте блиска обичају, али јуриспруденција ни у ком случају нема потребне одлике зато. Једној утврђеној пракси, ма колика била стабилност, до које је она дошла, увек ће недостајати битни елементи обичајног права у пуном смислу речи, на име једна судска пракса нити доказује, да заинтересована лица ту норму признају као такву, нити да иста лица то право у практичном животу и приводе у дело. Према томе изашло би, да судска пракса може имати само моралну вредност, пошто она представља правничко мишљење, које не долази од колективитета, него од појединих личности чији је положај висок, али која не могу говорити у име свију. И кад су то лична мишљења, онда она могу бити и погрешна и променљива. Стога јуриспруденција при тумачењу закона може послужити као драгоцено средство за истраживање истина, али никако не и бити пресудан фактор при доношењу одлука. Ставити се на супротнo гледиште значило би у неку руку да она сама себи може бити извор.

То су ето разлози, који, рекао бих, доприносе да се судске одлуке код нас још гледају са извесним неповерењем. Њима се признаје ауторитет у колико се из њих могу извући аргументи за сличне случајеве; решења Касационог Суда, нарочито опште

седнице, често врше моралну пресију над судијама нижега реда. Али све то још не значи да у њима ваља видети и извор права.

Колика је вредност ових аргумената? За сада задржаћу се само на теоријским разлозима, остављајући на страну оне практичне, који су у осталом од споредног значаја; на њих ћу се вратити при крају.

На први поглед изгледа, треба само поменути принцип поделе власти, па да се увиди његова важност и немогућност да се допусти судији да удари и на сам текст. И доиста, све дотле док стојимо на том терену и постављамо питање: да ли судија може да обиђе закон и тумачи га према оној концепцији правде, коју сматра за најбољу, ако бисмо дали афирмативан одговор, то не би само значило ставити се у опреку са једним прописом нашег законодавства, него и признати судији могућност да савршено изиђе из своје улоге, која се састоји у примени позитивног права. Признати ту улогу судији, то не би било више тумачење закона и објективно тражење истине, него најчистији субјективизам, коме не би било граница. И зато је г. Перић у поменутом чланку *О улози судске власти по српском законодавству* имао потпуно право изневши да принцип поделе власти има да служи као основно начело, како ће судија схватити своју дужност.

А затим на супрот том појимању, да судске одлуке могу представљати и један извор права, зар није довољно истаћи појам о обичају, који је творевина историјске школе, чије заслуге ми сви признајемо и оне методе коју ми сви практикујемо, па да увидимо сву несигурност тенденције, која би у тековинама јуриспруденције хтела да види неко ново право.

Свакојакo, мени није намера да представим јуриспруденцију као нешто што може бити равно законском тексту, нити она може имати ону улогу, која се у теорији приписује обичајном праву. Али је ли то разлог да акцептирамо све оне приговоре, који се могу њој учинити. Не бих рекао. Ма колика била вредност принципа поделе власти, кад хоће да се одреди однос између судије и законодавца, ипак ваља признати да он не исцрпљује цело питање, нити се сме истаћи као непоколебљива догма, већ напротив он има да се узме као општи регулатор државних органа, чија је вредност ре-

лативва. А лако је увидети зашто. Зато што он не води довољно рачуна о свима чињеницама, које треба да уђу у обзир и о ономе што у ствари постоји. Он би могао важити као један апсолутан принцип само под претпоставком: да се друштво не трансформише, и да је законодавац у стању да решава проблеме на један рационалан начин. Међутим, нити смо у могућности отклонити еволуцију, а консеквентно нити је законодавац у стању да предвиди и регулише све тешкоће. То чини да је судија принуђен да се прилагођава времену, па стога и можемо констатовати, и ако је наш судија као ретко који увек тражио да се стави под окриље законодавчеве воље, и ма колико да се чувао, да не изиђе из законског оквира, ипак стоји непобитан факат, да он примењује једно право, које није истоветно са оним које је обухваћено у тексту — право о коме морамо водити рачуна. У осталом ваља признати, да ова појава није својствена само нама. Историјски посматрана ствар она се од вајкада понављала. Право је стално ишло тим путем и ма у ком облику појављивало се то поштовање према закону и ма каква му се форма дала, судски су органи увек умели наћи начина да обиђу закон, кад би их на то прилике нагнале и да разбију његову отпорну снагу, ако би се осетили принуђени да то учине. За доказ навешћу два примера.

Римско право још и данас служи као модел логичких дедукција и чисто правног резоновања. Ово и у свом најразвијенијем стадијуму погледа као да потиче из првобитних одредаба закона од XII таблица. Али, у ствари, Римско право није творевина неког генијалног законодавца, који је једним потезом обухватио све односе. Нигде можда право, које је санкционисала судска пракса није у толикој мери превазишло и опорекло писани закон, као што је то случај у Риму. Наравно, та пракса сматрала је за неопходно да се увек мете под окриље старог законодавства, тако да је бар привидно изгледало, као да свака солација проистиче из самих текстова. Међутим, тај виталитет који је придаван примитивном праву, био је привидан и илузоран; у ствари они су умели да изведу из закона од XII таблица практичне и елегантне солације, које се у њему нису чак ни виртуелно налазиле.

Познато је какву су улогу играли понтифи у старом Риму. Њима је припадао монопол правосудја и њихове сентенције

сматране су као необорив доказ о садржини закона, који профани нису познавали. Али кад се нашао један скриб, који је изнео на видело њихову тајну радњу било је доказано да је текст служио само као једна оријентација за суђење спорова, а да су код многих питања понтифи увели новине, које ни у колико не проистичу из закона.

Да пређемо на ону периоду Римског права, где је преторова улога тако значајна. Као што знамо претор је, представљајући један важан орган у правосудју, поред строгог римског права, створио један читав систем новог законодавства, који је носио његово име. Међутим, он није имао ту власт да измени постојеће законе, укидајући поједине одредбе или стварајући нова правна правила. Али једним бројем директних средстава, он је постигао да дубоко и из основе измени и дотера Римско право. Не на један бруталан начин него помоћу једне дуге и истрајне обраде права он је успео да га допуни, усаврши, да претони и прошири слабу творевину првобитног законодавца.

Посматрајмо један случај из модерног права. Ако има земље где новачења од стране јуриспруденције на први поглед изгледају теоријски за осуду и практички изливна, то је Француска из доба револуције. Бојазан да судија не узурпира своју власт, и да се не стави у противност са законом, који је сматран за савршенство, ишло је до пароксизма. Оно о чему се тада сањало, то је стабилност и перфектност људских закона. За њих није било никакве сумње да је могућно васпоставити један потпун законик, који ће у свакој прилици бити довољан. Очигледно је, да се код таквих појмова улога судије сводила на минимум: пресуде судске не могу бити ништа друго него репродукција једног текста, пошто је закон у могућности да пружи солацију за сваки спор и за све проблеме правног живота. Отуда и вера, да је могућно потпуно оделити судску од законодавне власти, отуда и установа Касационог Суда, који је у први мах представљао само један орган законодавчев, а никако не највишу судску инстанцију и који је у том својству имао да се стара за тачно примењивање закона. Али, после извесног броја година, увидела се немогућност овог система, и убрзо механичка контрола Касације претвара се у директан и суверени утицај при тумачењу закона.

Но, не треба замишљати да су се још тада појмови потпуно изменили. Доктрина и на даље остаје приврженик старих идеја. Она још увек верује да је кодификацијом обухваћен целокупни приватно-правни живот и да принцип поделе власти стоји судији на путу да ствара право. У осталом, ако се може рећи да закон није у стању да предвиди све случајеве, он ипак представља органску целину и, као такав он је у могућности да пружи солуцију за ма које питање. Дакле веровало се, да је и после неколико деценија воља законодавчевог меродавна за сваки спор, а у случају где се она није могла директно дознати, судија је имао да тражи његову вероватну вољу. Али, после једне периоде, где се већ осетила ускост ове концепције дошао је један моменат, када се овако схватање почело оштро критиковати, и доказивати да је такво појимање ствари у очигледној противности са новим друштвеним стањем. У размаку времена, прилике су се толико измениле, да код сваког питања ићи за намером законодавчевог није ништа друго него признати да је друштво из 1804 године могло командовати историјском развоју права и социјалним приликама данашњег доба. Услед тога пре једно петнаест година наступио је један веома широк покрет за реновацију методе у приватном праву. Истакнуте су нове идеје за којима су пошлели многи правници; списи су се о овом питању толико умножили, да они представљају једну велику литературу и као резултат следовало је да су, може се рећи, из основа измењена правила о интерпретацији закона. За данас се, истина, не сме тврдити, да је дискусија дефинитивно свршена и пре би се дало рећи да цео тај правац има нечег неодређеног. Али, има и позитивних резултата, које више нико не пориче, и један од најважнијих је схватање јуриспруденције. У моменту кад је отворена дискусија, јуриспруденција је имала већ читав век живота. Из оног старог законика она је тако рећи извукла сву садржину, али тако исто, под промењеним приликама, она је умела тај исти текст прилагодити новом друштвеном стању. Отуда и видимо да су многи проблеми, који ни из далека нису били познати законодавцу из 1804 године, већ одавно добили решење пред судовима. И то је учинило, кад се поставило питање: како попунити закон, да се јуриспруденција наметнула својом сопственом вредношћу. По изгледу, она је увек остала при-

врженик старих принципа, али у ствари она је из Грађанског Законика од 1804 год. створила једно право, које се у многим тачкама разликује од онога, које је ондашњи законодавац дао. И природна је ствар, кад је био смањен ауторитет воље једног законодавца, над којим је време извршило своје дело, што је на његово место, у колико је он избледео, постављен ауторитет, који је дао доказа да увек уме да буде савремен и да, у границама, које му стоје на расположењу, може да иде за током ствари.

У набрајању разних законодавстава, где се исти случај понавља, могли бисмо отићи далеко. Али, ма колико примера навели, сви нас они воде закључку, да појава, коју опажамо да се развија у нашем судству, нема ничег аномалног, већ се може констатовати код сваког друштва, које се развија и хоће да живи.

Но, ако смо у стању тврдити, да је то једна констатација, која се даје извести из историје права: да је судија, ма како био узан круг, који је додељен његовој активности, увек нашао начина, да изиђе изван текста, самим тим и принцип поделе власти, који је релативно скорашњег датума, није у стању да спречи оно, што неминуемо проистиче из сваког историјског развоја. Законодавац, ма колико била велика његова власт, нема моћи да спречи нешто, што је у природи ствари, да угуши за будућност остале изворе права, да би проширио своју сопствену акцију.

Чим је утврђен факат, да се судија, ма како била стешњена његова улога, увек довио да по потреби извитапери закон, онда самим тим и принцип поделе власти не може имати апсолутну вредност, већ у њему треба гледати један уставни палијатив, који има за циљ, да ограничи једну власт другом, осигуравајући на тај начин равнотежу државних органа, али који не може бити сматран као апсолутна догма, коју треба извести до њених крајњих конзеквенца.¹ У осталом, ово што је изложено о Француској, најбоље илуструје ствар. И тамо је основица државне организације принцип поделе власти, одакле је он пренесен у друге државе на континенту, али то њиховој јуриспруденцији није ни мало сме-

¹ Потврду овог мишљења читалац ће наћи и у значајном делу Г. Слоб. Јовановића проф. Универзитета *Основи правне теорије о држави* стр. 132.

тало, да многим питањима, не чекајући законодавчеву интервенцију, да савремени облик. Немци у опште, и не признају принцип поделе власти. Бугарска, која је прва створила овај појам, данас се највише удаљује од њега. Сједињене државе и поред поделе власти признале су веома широку моћ у стварању права.

Кад је тако, да ли се онда код нашег питања може поставити као објекција принцип поделе власти? У колико хоће тим да се каже да судија у начелу не може узурпирати законодавчеву власт, да не може себи присвајати његове атрибуте, нема шта да се примети. Али, ако хоћемо да изведемо правила, по којима судија има да се управља и да тумачи закон и да их изведемо из самог објекта наше науке и његове природе, онда поред тог принципа морају да уђу у обзир и многе друге идеје, као његов коректив. Јер, ако у том факту, што судија мора да пређе преко граница закона, треба гледати један неминовни резултат социјалног развоја, онда смо ми пред питањем много ширег обима, него што су одредбе позитивног законодавства, које имају за циљ да регулишу судску власт; оно засеца, тако да кажем, у законе опште еволуције, и ту може да вреди само оно, што се да извести из констатације факата.

Ово се исто може рећи и за обичајно право, у колико се његова концепција противи, да и јуриспруденцију уврстимо у правне изворе. Појам који о њему преовлађује у данашњој доктрини, води порекло од Историјске школе, која је дошла као реакција против школе природног права. На место веровања у могућност да се право да извући из разума дедуктивним путем, Историјска школа истиче, да је право чист историјски производ, а извор његов није разум појединаца, већ колективна свест. С тога се оно не може поставити резонавањем, већ опсервацијом правних правила, које је колективна свест створила. Нормални је облик за манифестацију права обичај. Услед тога првим присталицама историјске школе изгледало је као најважније да конструишу једну теорију о обичају, сматрајући за споредно све што није манифестација целокупног колективитета. Под таквим околностима сасвим је природно, што је јуриспруденција у овој доктрини играла сасвим споредну улогу. Чак Савињи је у својој вери о обичајном праву ишао тако далеко, да је тврдио, пошто обичај

обелодањује сваки покрет колективне свести, то је и сама кодификација једна ствар по себи рђава, доводећи до стагнације права. Но те су се идеје показале као нетачне; закони нису у стању да спрече прогрес и то је већ одавно признато. Али опет зато обичај је и даље остао поред закона да игра врло важну улогу као извор праву. Но, у колико је пролазио ентузијазм од победе, опазило се такође да има нечега што не одговара правом стању ствари, услед тога дотеривање првобитне идеје, и могло би се рећи, да то усавршавање и данас траје.

Ја не мислим да поричем егзистенцију обичајног права, али сам тај факат, што се за тако дуг период времена није дошло до једне дефинитивне солуције, зар то не доказује, да је вероватно цела ова концепција постављена на рђавој бази. То је и дало повода, да су ову теорију поједини аутори почели јако критиковати, и да она заузима све мање места у правној науци. Примера ради изнећу једну од последњих концепција — теорију г. Gény-а¹ и приговоре које је учинио г. Lambert.² По г. Gény-у за обичај су потребна два елемента психолошки и материјални: уверење интересованих лица о постојању санкције, која иде уз норму, а затим упражњавање — довољан број аката од стране тих истих лица, који доказују да обичај фактички и постоји. Мени се чини да је г. Lambert с разлогом приметио: Има ли и једног правног правила, које сва интересована лица сматрају као оправдано? Очеvidно нема. Та иницијална погрешка повукла је са собом и ову другу. Кад се пође од претпоставке да психолошки елеменат обичаја почива на уверењу интересованих лица, онда сасвим природно та целина треба норму на неки начин и да манифестује. Међутим, тешко је и замислити, да ће и један колективитет примити на се ту улогу. То је и дало повода примедби: да ова теорија, а то је и мана других концепција, није у стању да нам представи, како се реализује обичај; она не може да нађе фактички орган, који приводи обичај у дело.

Овај други недостатак, теоричари су осетили још одавно. Стога и видимо код већине аутора, који су се бавили овим

¹ Op. cit. стр. 276 и сл.

² Op. cit. стр. 117 и сл.

питањем, пошто једном конструишете теорију о обичају на начин, који би искључиво јуриспруденцију као његов извор, они је ипак уводе, признајући донекле њену важност. Овакав поступак је очигледна контрадикција основном начелу, стога се ови аутори и не усуђују, да јуриспруденцију изједначе са обичајним правом, него јој дају једну специјалну улогу, сматрајући је као неку врсту деградираног обичаја.

На који начин избећи ове конзеквенце? Ја нећу да улазим у питање, да ли би се могла воспоставити једна концепција обичајног права на другој основи. Али, ако за моменат отклонимо ову теорију и пођемо, не од једне идеје која још стално носи трагове њеног порекла — Историске школе, него од онога што је у овој прилици најважније, од реалности, у стању смо бар у једном делу да отклонимо незгоде ове доктрине. Наиме постаје релативно лака ствар наћи онај нормални облик помоћу кога се обичај манифестује. Јер ако метнемо на страну постулат да је за постојање обичаја потребно уверење интересованих лица онда не наступа ни немогућност да нађемо орган који обичај обелодањује. Чим то не мора и не може бити колективитет ми ћемо узети за орган, не једну замислићу ствар, него оно што *de facto* постоји и ту јуриспруденција сама искаче на површину. Није више потребно придавати јој секундарни значај, па да би је могли уврстити у обичајно право, она се сама собом истиче као најважнији фактор за манифестацију обичаја, и она се појављује баш као орган његов, који је историјска школа узаман тражила; није потребно на један нарочити начин удешавати како ће се воља интересованих лица манифестовати, пошто је јуриспруденција обелодањавала оно што покреће колективну свест. Свакојачко, оне норме које се дају извући из јуриспруденције немају онај одсечан карактер, који се придаје обичајном праву, али ако је тако, томе није крива реалност него теорија, која је у неорганском стварању права хтела да види једно савршенство, које у ствари не постоји. Да је овако, то потврђује и најповршније посматрање историје права. Изнео сам већ у неколико речи у чему се састоји преторова улога. Зар његово суделовање у стварању права није најочитији доказ да судским органима припада у део, да спроведу обичај. Код старијих законодаваца могли би наћи много сличних примера, тако Мухамеданско законодавство. Код модерних народа Енглеска. А затим

у коју категорију уврстити оно право, које је француска јуриспруденција створила.

Ја нећу да улазим у то на којим би принципима требало поставити обичај кад би смо хтели да конструишемо једну нову теорију о њему, али држим и ово што је изнесено, довољно је односно нашег питања и доказује да јуриспруденција сама собом представља правни извор, и као таква има да се цени.

После досадашњег излагања, држим, ништа нам више не стоји на путу да узмемо у озбиљнију оцену судске одлуке него што се досад чинило, да их доиста сматрамо као извор права и да их као такве третирамо. Ми смо већ учинили један корак, одајући важност судским одлукама, зашто не би учинили и други прилазећи послу још озбиљније, а на то нас упућују све околности. Јер ако су горе изнесене идеје тачне, онда је очигледно да се однос између судије и закона не може решити са неколико строгих правила о тумачењу, као што је то некада био случај, него скупом идеја, где ће све чињенице ући у обзир. И доиста, може се потпуно појмити, кад стојимо пред једним јасним и прецизним текстом, нарочито још кад имамо пред собом један читав законик — као што је случај код свих цивилизованих народа — који је обично производ брижљиве израде, да се ту тешко даје допустити судији да са законом ради оно што хоће. Али, ма колики респект имали према закону, он није никад у стању да обухвати цео правни живот. С друге стране ма како била јака воља која га је воспоставила, она не треба и не може да угуши трансформације права, чак ни у оном домену, који је она јасно детерминисала. Чим то стоји, онда се и сам тај закон не може схватити да он садржи апсолутну истину.

Обично се закон сматра као израз законодавчеве воље и као такав он има да се тумачи. Он јесте акат воље, али у исто време он је и нешто друго: израз једне технике, продукат једне нарочите вештине, законодавне вештине, и као такав он је само једна апроксимација онога што у ствари постоји, али никад права слика реалности. Услед тога при његовом тумачењу, чисто логична правила нису довољна, стварност ће увек имати утицаја; оно што постоји директно

у људским односима, неминовно ће дејствовати и на саму примену закона. Другим речима, то значи да никад не може бити апсолутног поклапања између формулисаног права у тексту и права изведеног у пракси. Конкретно ће прилике стално дејствовати, да норма, коју ће судија применити на дате случајеве, увек садржи нешто, што је одваја од норме постављене у закону. Зато се и могло рећи, каогд што је законодавац метар општег правила, тако је и судија законодавац за поједине случајеве. Норма, коју он има да примени не потиче сама по себи и директно из закона, он тако рећи има да је створи. С тога и можемо констатовати да судија при решавању питања не полази као доктрина од општих принципа и не иде једним методолошким редом. Решења проблема, који се стављају преда њ, колико зависе од законског текста, толико и од факата и интереса, који долазе у конфликт у датом спору. Наравно, судија да би дошао до солудије, користиће се принципима, које може извући из теоријске обраде права. Али чест је случај, да теорија није предвидела ону специфичну тешкоћу, коју у даном случају треба решити; међутим судија не може пред њим да затвори очи и да пренебрегне оне моралне и материјалне интересе, који долазе у питање. Он не изучава право теоријски, него има пред собом два човека, два суграђанина, између којих мора да реши. Неминовно, један ће од њих добити, а други изгубити спор. У осталом, и судија код његових помагача — адвоката, налази често на нове аргументе и непредвиђена мишљења. Оно што они износе пред судију, то није увек једно строго правно резонување. Ми знамо да све те аргументе не можемо узети за озбиљно, па ма они долазили од најбољег адвоката свога времена. Али, у свему томе има живота и снаге и неминовно од ових аргумената нешто продре и у судске одлуке. Ето, зашто се судији морају до извесне мере оставити одрешене руке и зашто његове одлуке представљају један извор права.

Али после констатације свију ових факата и кад се прими као истина да судији при тумачењу треба оставити до извесне мере одрешене руке, зар не настаје одмах затим једно друго питање: докле се простире то широко поље, које ваља оставити судији. Очигледно, да оно није неограничено и пошто он то ограничење не може наћи у законодавчевој вољи, од-

носно у историјском елементу, према садашњим приликама једино је што још остаје, то је да га нађе у једној објективној методи, која би сем текста и прошлости обухватила и садашњост.

Да ли је могућно васпоставити такву методу? Око тога се данас ломе копља у науци. Предложен је један велики број система, али се не може рећи ни за један да је добио превагу и да је дефинитивно победио. Свакојако, и за нас би било интересантно ући у ову дискусију, али кад бих то урадио, неминовно бих изишао из граница свога снже-а. За сад могу учинити само једну напомену: изгледа ми немогућно решити цело питање искључиво помоћу једне методе, па ма на коју се базу она ставила. Јер, ма колика била њена објективност, право је ипак људска творевина, и кад судију, бар у извесној мери, морамо ослободити од законодавствене власти, чији ауторитет није довољан да га веже за сва времена, ништа нам не гарантује да ће та објективна метода бити у стању да сведе улогу судије на оно, што треба да буде. Да би се постигао резултат могућно је, изгледа ми, само тако ако се фиктивни ауторитет законодавствене воље замени каквим реалним фактором, који би у истом реду идеја заменио ону надмоћност коју је законодавац изгубио, и који би поред једне објективне методе, у правом смислу речи, одиста био у стању да судији да оријентацију, како би постигао максимум правде.

Но, да оставимо ово за другу прилику, да се ограничимо на наш снже. И ово колико сам досад изнео, ако не одређује оквир и средства те објективне методе, ипак условљава оно што се има сматрати као научно испитивање у приватном праву, па име: та објективна метода која треба да обухвати цело право не може се конституисати, ако не уведе као објекат студије оне правне норме, које се дају извести из јуриспруденције; оне представљају један неопходан елемент, о коме се мора водити рачуна, ако хоћемо да уђемо у детаље једног позитивног законодавства; чак се може рећи да је и доктрина у стању да из њих црпи драгоцен материјал, ако јој је стало до тога, да њене конструкције одговарају оном стању ствари које у даном моменту постоји.

Да ли смо ми усвојили овај ред до краја; односно, придајемо ли јуриспруденцији ту важност? Свакојако, учињено је доста и ја сам у почетку нагласио како се код нас све

више почиње водити рачуна о судским одлукама. Али, је ли то све?

Рекао бих, ми се задржавамо на по пута. Ми осећамо да судија све већма иде оним правцем, који води тамо, где ће његова власт постати све шира, али с друге стране и ако у томе има једна последица историјског развика, ми се нисмо потрудили, да пређемо преко тешкоћа с којима се срећемо кад хоћемо да признамо ту власт судији, тешкоћа, које су више привидне, него стварне. Услед тога ми јуриспруденцији не признајемо још овај ауторитет, који он мора да има. Она јесте фактор, али не толики да се сме удалити од текста и то доводи до негодовања и прекора, чим наши судови ма колико одступе од директног смисла закона; услед тога и оно неповерење, које се последњих година почиње јављати према судској пракси. Па чак може се тврдити и сами судови, а нарочито Касациони Суд, осећају се немоћним да се отму од ове идеје. Код њега није нимало редак случај да код појединих актуелних питања пође путем либерализма, али у моменту кад ваља поставити његов систем на солиднијој бази и извести конзеквенце, он удара наједанпут натраг. Услед тога променљивост и несталност његових одлука и уверење, које се почиње рађати код нашег света, да је могућно водити готово сваки спор са изгледом на извесан успех.

Али, ако постоје ове незгоде, није тешко наћи начина, да се оне и отклоне. На место тога што се ограничавамо, да се упознамо са најважнијим одлукама судске праксе и да их приберемо у збирке, задовољавајући се са једном општом критиком у колико су оне у опреци са нашим појмањем тумачења закона, зар не би било боље на место те критике, која нас удаљују од циља, прићи један корак ближе јуриспруденцији, посматрајући њене одлуке у детаљима. Овим нећу да кажем, да то досад није рађено, али у главном рађено је сувише фрагментарно. Свакојако, има се и од тога користи, кад се прокритикује једна судска одлука о датом питању и кад се местимце при теориској обради појединих проблема цитирају случајеви и из праксе. Али, то није довољно, то нам не може дати праву слику о примењеном праву и о тенденцији судова. Да би овај циљ постигли треба поћи за јуриспруденцијом од њених почетака, пратити њен развика, потирати враћања у натраг, тражити оне дубље узроке,

који објашњавају кретање јуриспруденције у једном правцу, њена одступања, њену реакцију и њена напредовања. Ти се узроци увек налазе у друштвеним потребама, и да би их дознали ваља испитати сва она факта, која могу допринети изналажењу истине. Овим испитивањем сваке правне установе и задржавањем код сваке важније тачке сазнањемо начела, која на њих примењује јуриспруденција. На тај начин открићемо и мотиве, који су је руководили до данашњег времена и који ће је руководити и на даље. Затим овим путем могућно је, у колико је дато људској интелигенцији, да предвидимо и будући развика јуриспруденције, да развијемо у принципе оно што она садржи већ у клици и да предвидимо какве ће то резултате дати у току развика.

А рекао бих, ми имамо нарочитог разлога да пођемо тим путем. Ми не пропуштамо ниједну прилику а да не споменемо, како је наш законик од 1844. године рђав превод аустријског грађанског законика. Ја не мислим да хвалим нашег законодавца, али свакојако, он није ништа горни него интелектуална средина онога времена у ком је грађански законик прављен. У осталом, од како је он промулгован, ми смо имали довољно времена да га поправимо, међутим измене, које су учињене у тој дугој периоди тако су незнатне да би се пре смело рећи, да је он нетакнут. И наравно, остало је судији, да се бори са једним законом несавршеним у погледу техничке израде, а и иначе пуним празнина, и да од њега створи систем. Стога јуриспруденција данас у далеко већој мери представља наше позитивно право, него избледели текст грађанског законика. И после неколико деценија његовог живота, зар не би било интересантно знати, шта је наш судија створио од једног накаламљеног система, на који је начин прилагодио нашу средину једну творевину, која је била грађена за друге прилике. Деветнаести и почетак двадесетог века у погледу пекунијарних односа и социјалних прилика видео је толико нових ствари, које наше већ старо законодавство није регулисало, из разлога што их није могло предвидети. Друга опет питања, која је предвидело, сасвим су изменила облик. Ми морамо претпоставити, да ће се закон било раније, било доцније прилагодити том новом стању. Те трансформације, ко их је забележио и дао снагу, него јуриспруденција?

Али, као год што би овај пут дозвољавао да констатујемо примењено право и да га признамо, он би био тако исто моћно средство кад ваља дејствовати у противном правцу, кад је потребно обарати један систем јуриспруденције. Јер, ако у њој треба гледати један историјски производ, она не представља неку фаталну силу и феномен, над којим воља и истина немају никаквог утицаја. Напротив, она је творевина слободних бића, у колико та слобода постоји, творевина образованих људи, који су дужни поштовати право и мотивисати своје одлуке. И сваки од нас има право и дужност да се бори у границама своје моћи против јуриспруденције, коју сматра за рђаву и штетну. Судови, па ма ту била и највиша инстанција, не могу се опирати, ако је њихова погрешка доказана на несумњив начин.

Овим путем, изгледа ми, постигли би, да отклонимо и оне практичне незгоде које долазе од шаблонског суђења, а мислим допринели би, да и судске одлуке постану једнообразније, и да, кад судови пођу већ једним путем, за који је брижљивим испитивањем утврђено да је добар, не мењају непреставце свој систем, као што се то до сад дешавало.

А затим, ми помишљамо на законодавцу реформу, и како изгледа ускоро ћемо имати готов пројекат грађанског закона. Хоћемо ли да паднемо у исту погрешку, коју је учинио законодавац од 1844. године, и да се ограничимо на то, да наше ново право буде више мање копија страних законодавстава? Нека нам у том погледу послуже за пример немачки и швајцарски грађански законик, који најбоље сведоче колико треба напора и рада па да се дође до једног система, који одговара друштвеној средини. Закон један само тако може бити добар, ако је базиран на маси опсервација и ако буде имао облик једног историјског продукта. Онај материјал, који у том погледу може пружити јуриспруденција не даје се ничим заменити. Јер, шта је у ствари јуриспруденција? Један историјски продукт, једна колективна и прогресивна творевина, која је постала непрестаним вагомиплавањем појединачних одлука.

Да изнесем још један, последњи разлог, који је толико исто важан, као и пређашњи. Још у почетку поменуо сам закон о устројству Касационог Суда од 1895 године, којим се Касацији даје власт да доноси начелне одлуке. Тај закон

донесен је у доброј намери. Али је посве непогодан. Да не говорим о том, како се он коси са уставом, дајући нашем највишем суду право, да доноси опште норме и да на тај начин савршено изиђе из своје функције и удари на оно, што спада искључиво у домен законодавца. То је г. Перих потпуно доказао у поменутом чланку *О улози судске власти*.

Али има нешто, што је тако исто важно. Снага јуриспруденције лежи у томе, што с парнице на парницу, она је у стању да уочи, сва она питања, која законодавац једва и ако је предвиђао. И ако је она при њиховом решавању пошла рђавим путем, ништа јој не смета да призна своју погрешку и да се врати. Самим тим јасно је, да оно право, које се даје извући из судских одлука, има превагу над нормама, које се праве у парламентима једино услед његове експерименталне вредности. Према томе, нема никаквог разлога веровати, да судија, који би доносио опште норме, да би их боље формулисао од законодавца. Као и он, а можда више него он, судија ће бити доведен у искушење, да једну солацију, која се односи на какав специјалан случај, претвори у опште правило. На тај начин у стању је да пређе преко тешкоћа о којима у даном моменту не води довољно рачуна, али чију ће егзистенцију доцнија пракса открити на један бруталан начин. Ове рђаве стране начелних одлука показале су се често и на делу. Истина, Касационом Суду дата је могућност да доцнијом одлуком замени своје мишљење, али то мењање окружено је толиким тешкоћама да оно никад и не наступи. Детаљним познавањем јуриспруденције и систематском обрадом њихових одлука припремили би унапред терен и пружили Касационом Суду средство, кад му закон већ допушта доношење начелних одлука да их доноси, узимајући у обзир све околности и да се сачува од превагљености у решењу.