

347.91/95 (497.1)

ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

29.

СВЕДОЦИ КАО ДОКАЗНО СРЕДСТВО

**У НОВОМ ЈУГОСЛОВЕНСКОМ
ГРАЂАНСКОМ СУДСКОМ
ПОСТУПКУ**

ДВА ПРЕДАВАЊА НА КОЛАРЧЕВОМ НАРОДНОМ
УНИВЕРЗИТЕТУ У БЕОГРАДУ

ЖИВОЈИНА М. ПЕРИЋА

проф. права Београдскога
Универзитета



32691

БЕОГРАД
ИЗДАВАЧКА КЊИЖАРНИЦА ГЕЦЕ КОНА
1, КНЕЗ МИХАИЛОВА УЛИЦА 1

1934

Уредено у новим редовним
бр. 543.
Француска 1942
Београд —

СВЕДОЦИ КАО ДОКАЗНО СРЕДСТВО У НОВОМ ЈУГО- СЛОВЕНСКОМ ГРАЂАНСКОМ СУДСКОМ ПОСТУПКУ*)

Главни предмети који долазе у надлежност судске власти (ми овде мислимо, у начелу, на редовне државне судове) јесу кривични и грађански или приватно-правни спорови. Прве, кривичне, спорове расправљају и пресуђују судови по правилима прописанима у Законнику о Судском Кривичном Поступку од 16. Фебруара, 1929. год. (обнародован у „Службеним Новинама“, Бр. 45.-XX. од 23. истог месеца и године), који је већ задобио обавезну снагу у целој нашој Држави (в. чл. 2. Закона од 16. Фебруара, 1929. год., којим се стављају на снагу и уводе у живот Кривични Законик, Законик о Судском Кривичном Поступку и Закон о Извршивању казни лишења слободе¹⁾ и који је обнародован у „Службеним Новинама“, Бр. 47.—XXI. од 26. Фебруара 1929. год., кога дана је добио и обавезну снагу). Грађанске, односно приватно-правне спорове, пак, извиђају и пресуђују судови на основу прописа Законика о Судском Поступку у Грађанским Парницама (Грађански Парнични Поступак) од 13. Јула, 1929. год., који је, према Закону од 27. Децембра прошле (1932. год.) о измени Уводнога Закона, за Законик о Судском Поступку у Грађанским Парни-

*) Ово су два наша предавања одржана 13. и 16. Октобра, 1933. год., на Коларчевом Народном Универзитету у Београду. Примедбе су накнадно додате, приликом штампања предавања.

Ж. М. Перић

¹⁾ Овај последњи Закон је, такође, од 16. Фебруара, 1929. год. објављен у „Службеним Новинама“, Бр. 47. — XXI., од 26. Фебруара исте године, ступио на снагу у целој Држави по чл. 3. горе наведенога Уводнога Закона.

цама (Грађански Парнични Поступак)¹⁾ и Закону о Уређењу Редовних Судова²⁾, ступио на снагу 1. Априла ове, 1933., год. у свима покрајинама наше Државе осим подручја Београдскога Касационога Суда и Великога Суда у Подгорици тј. осим прератних Краљевина Србије и Црне Горе: што се њих тиче, нови Грађ. Парнични Поступак ступа на снагу, на подручју Београдскога Апелационога Суда (то је, у главном, Северна Србија), 1. Јануара идуће, 1934., године, а на подручју Апелационога Суда у Скопљу (то је, у главном, Јужна Србија) као и на подручју Великога Суда у Подгорици (Црна Гора) ступиће на снагу када то одреди будући закон о установљењу среских и окружних судова у тим подручјима.

Да приметимо да се, за разлику од Српскога (Србијанскога) Законика о Поступку Судском у Грађанским Парницама од 20. Фебруара, 1865, год., који садржи не само прописе о првом делу (фази) Судскога Поступка у приватно-правним споровим (парницама), а то је *суђење*, него и прописе о другом делу (фази) тога поступка тј. о *извршењу* судских одлука по приватно-правним споровима³⁾, нови Грађ. Парнични Поступак односи само

¹⁾ Тај Закон је од 9 Јула, 1930. год. (објављен у „Службеним Новинама“, Бр. 171.—LXV, од 30. Јула, 1930. год.): в. текст и објашњења овога Закона од Г. Николаја Д. Пахорукова, инспектора Министарства Правде, Београд, 1930. год. Да додамо да је Законик од 13. Јула, 1929., имао као поднаслов (у загради): „Грађански Парнични Поступак“, по Уводном Закону од 9. Јула, 1930.: „Грађански Парнични Поступак“, а по Закону од 27. Децембра, 1932., опет: „Грађански Парнични Поступак“.

²⁾ Закон о Уређењу Редовних Судова јесте од 18. Јануара, 1929. год. (обнародован у „Службеним Новинама“, Бр. 20.—X. од 28. Јануара, 1929. год.). В. овде и Закон о Установљењу Среских и Окружних Судова на подручју Апелационога Суда у Београду и на једном делу подручја Апелационог Суда у Скопљу од 26. Новембра, 1930. год., обнародован у „Службеним Новинама“, Бр. 64.—XIX. од 21. Марта, 1931. год.

³⁾ О овом Законику имамо коментар од А. Ђорђевића, *Теорија Грађанског Судског Поступка с погледом на Законик о Поступку Судском у Грађанским Парницама за Краљевину Србију*. Друго издање приредио: Д-р Д. Аранђеловић. I. књига, 1924., II.

на *суђење*, док се прописи о извршењу одлука судских у приватно-правним парницама налазе у посебном Закону а то је нови (Југословенски) Закон о Извршењу и Обезбеђењу (Извршни Поступак) од 9. Јула, 1930. године¹⁾. Овај Закон још није ступио на снагу ни на једном судском подручју у нашој Држави, а када ће то бити, одредиће се једним посебним законом (§ 352. Извршнога Поступка), који закон још није донесен. Југословенски Законодавац је учинио овако по угледу на Аустриско Право из кога је он пренео, мање више дословно, у наше законодавство и Грађански Парнични Поступак подразумевајући под овим изразом и норме о извршењу грађанских одлука судских²⁾. Нећемо се овде ни у колико задржавати на кривичним споровима ни на Крив. Суд. Поступку, јер то не спада у обим наших предавања на Коларчевом Нар. Универзитету: о томе ћете, надамо се, слушати од професора Крив. Суд. Поступка на Београдском Универзитету, Г. Д-ра Божицара Марковића, једнога од наших најпризнатијих криминалиста, него ћемо се, делимично, позабавити само грађанским парницама и новим

књига, 1923. Београд. В. о истом Законику: Ж. Перић и Д-р Д. Аранђеловић, *Грађански Судски Поступак*, предавања на Правничком Факултету. Други Део: *О извршењу одлука судских*. Прва књига. Београд, 1912. Први Део: *О Суђењу*. Прва књига: *О Устројству Судова и њиховој надлежности*, Београд, 1920.; Гојко Никетић, *Грађански Судски Поступак Краљевине Србије*, протумачен одлукама Државнога Савета и опште седнице и одељења Касационог Суда. Друго допуњено издање, Београд, 1921.

¹⁾ Обнародован у „Службеним Новинама“, Бр. 195.—LXII. од 23. Јула, 1930. год.

²⁾ Нови Југословенски Грађански Парнични Поступак то је Аустриски Закон: *Zivilprozessordnung* од 1. Августа, 1895. год. по н. к., а Извршни Југословенски Поступак јесте Аустриски Закон: *Exekutionsordnung* од 27. Маја, 1896. год. по н. к. Да приметимо да се у *Zivilprozessordnung*-у не налазе прописи о надлежности редовних судова за суђење грађанских парница као ни прописи о изузећу судија: то је садржано у Закону Аустрискоме: *Jurisdiktionsnorm* од 1. Августа, 1895. год. по н. к. (в. овде *Аустриски Грађански Судски Поступак*. Закон од 1. Августа, 1895. године, превео Д-р Драг. Аранђеловић. Издање Министарства Правде. Београд, 1912. год.). Међутим у Југословенском Судском Поступку обухваћени су и ти прописи (§§ 15. а 24.).

Грађ. Суд. Поступком, делимично, то јест само оним прописима у њему који се тичу његовога доказнога система па, и ту, само двема врстама доказа: исправама и сведоцима. Ми смо сматрали да је не само корисно него и нужно, па, чак, и преко нужно, скренути, са овога места и пред овим аудиториумом, пажњу јавности на једну врло замашну промену коју нови Грађ. Суд. Поступак уноси у правну свест и утврђене правне навике нашега, Српскога, Народа, промену која може бити — ми се ни најмање не устручавамо то рећи — од далекосежних и фаталних последица по сигурност правнога саобраћаја. И ми смо мислили да је требало похитати са указивањем на ову промену, јер, као што смо већ казали, нови Грађ. Суд. Поступак ступа ускоро, 1. Јануара идуће године, дакле, кроз два и по месеца, на снагу у области Београдскога Апелационога Суда.

Промена на коју смо овде направили алузију тиче се питања, и правно и у опште друштвено веома крупнога, *о границама допуштености доказивања сведоцима*. Не улазећи у историју тога питања, јер за то немамо овде времена, ми ћемо одмах констатовати да је исто питање, у европским законодавствима, добило неједнака решења али, у главном, два типична решења. По једном решењу које је усвојило Француско Право, поименце његов Грађански Законик (чл. 1341.¹⁾) и, са њим, законодавства којима је овде Француски Грађ. Законик служио за углед²⁾, сведоци, и ако и они долазе, у начелу, међу

¹⁾ Овај пропис је скоро дословце узет из Краљеве Ордонансе о Грађ. Суд. Поступку од 1667 год. (назване „Code civil“ de Colbert) а она га је опет прихватила (tit. XX., чл. 2.) из Муленске Краљевске Ордонансе (Ordonnance de Moulins) од год. 1566. (чл. 54): в. овде М. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 9-ème, édition, t. II., Paris, 1923., p. 377; А. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, 4-ème édition, Paris, 1924., p. 220. et 222.

²⁾ Италија, Белгија, Луксембург, Грчка, Бугарска, Румунија, Србија. „У новије доба ивела је слично ограничење (реч је о ограничењу сведочења сведока као доказнога средства у грађанским парницама) *Nizozemska* (1898)“: кореферат Г. Д-ра Срећка Чуље (Зуглије), ред. проф. Права на Загребачком Свеучилишту, поднесен Првом Конгресу Правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца одржаног у Београду од 18.-20. Септембра, 1925. год.

доказна средства и у грађанским, а не само у кривичним, споровима, не могу се употребити, као такви, неограничено у грађанским споровима: између њих и друга два доказна средства, исправе и заклетве, постоји та важна разлика што допуштености ове две последње категорије доказа у приватно-правним споровима нису постављене, у главном, никакве међе¹⁾, док је ово, напротив, случај са сведочењем сведока. По првом, француском, систему, сведоци се не могу дозволити као доказно средство код оних приватно-правних односа заснованих правним пословима (т.ј. изјавом воље појединаца учињеном у сврху стварања приватно-правнога односа, права или обавезе) чија новчана вредност прелази 150 франака (по садашњем курсу 450 динара). Што значи да, код правних послова од материјалне вредности изнад 150 франака, странке су дужне, као доказ правнога посла, саставити саобразно закону исправу било јавну било приватну: ако странке то нису учиниле ма из каквога разлога или узрока, неће се допустити заинтересованој страни да доказује сведоцима постојање дотичнога правнога посла²⁾.

¹⁾ В. ипак § 263. одељ. 2. Срп. Грађ. Суд. Пост.: „Исто тако главној заклетви нема места, где је противно опстојатељство о чему се заклетва нуди савршено доказано или очевидно; тако ни противу чисте у законој форми издате исправе, осим где се лажљивост исправе потврђује.“ Такође, заклетва се не може нудити у предметима где не може бити поравнања (§ 263. од. 1. истога Законика).

²⁾ Спорио је, у Француском Праву, да ли је ово правило једно *ius cogens* (*ius imperativum*) у коме случају суд би морао одбити, у горњем случају, доказивање сведоцима по службеној дужности (*d'office*) нити би вредео уговор странака (које нису направиле исправу о правном послу) да, ако би дошло међу њима до спора, моћи ће се постојање правнога посла доказивати и сведоцима. Или је, пак, исто правило донесено само у интересу тужене стране (*le défendeur*) како би се он заштитио против евентуалних неисправних сведока? (По овом мишљењу, члану 1341. разлог је у опасности од поткупљивости сведока, док прво мишљење узима да је овде *ratio legis* жеља да се отклони учесталост парница чега би било када не би било ограничења допуштености сведочења, дакле, по овом мишљењу, разлог је чл. 1341. један општи интерес а не само посебни интерес туженога. Судска пракса, вели М. Planiol, *op. cit.*, t. II., p. 377., изгледа да је у смислу другог схватања тако да би тужени могао, и поред чл. 1341., пристати да сведоци сведоче и преко 150 франака.



Законодавац, дакле, у неку руку кажњава странке које су пропустиле поступити по његовој наредби да саставе писмено, у случају да правни посао прелази преко 150 франака, тиме што им забрањује доказивање сведоцима: ако су странке то урадиле зато што су имале једна у другој поверења, оне ће сносити ризик тога свога поступка. Наиме, у случају да једна странка не оправда указано јој поверење т.ј. не призна дотични правни посао и правни однос, противној страни не остаје ништа друго него да спор расправи главном заклетвом при чему, по закону, она има да понуди заклетву другој, туженој, страни са изјавом да прима повраћај заклетве, и ако се тада, што обично бива, тужени закуне да, међу њима, не постоји правни однос о коме се води спор, тужилац овај губи (в. у §§. 281. à 290. Срп. Грађ. Суд. Пост. прописе о главној заклетви).¹⁾

Једно друго, и не мање важно, ограничење сведочења у француском систему јесте забрана сведочења *проштив* или *изван садржине исправе* коју су странке, према чл. 1341., начиниле о правном послу, *и што без обзира на вредност спора*: т.ј. и ако би исправа била, по својој новчаној вредности, само од 150 или мање франака, неће се дозволити ни тада да се она сведоцима обеснажава ни сасвим ни делимично. Дакле, када постоји исправа, није допуштено доказивати сведоцима да она не одговара, више или мање, ономе што су странке фактички хтеле, као ни то да је, поред онога што је у исправи, још нешто уговорено односно изјављено па само није у исправу унесено. Законодавац у овом систему претпоставља да је у исправи не само *тачно* унесено оно што су странке изјавиле него и да је унесено *све* што су оне хтеле, и та законска претпоставка не може се обарати сведоцима²⁾ (него само сагласношћу

¹⁾ M. Planiol, *op. cit.*, t. II., p. 11., A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. II., p. 247. à 250. („Serment décisoire“).

²⁾ Као, видели смо, у нашем Праву ни главном заклетвом: ово је спорио у Француском Праву; на пр., G. B. Lacantinerie мисли да једна странка може понудити, против или изван садржине исправе, другој страни заклетву.

странака односно другим исправама.)¹⁾ Када, дакле, има да се бира између *исправе* и *сведока*, законодавац, у овом систему, даје превагу исправи: више верује исправи него сведоку, хартији него човеку и, као што ћемо доцније видети, са пуним правом.

Разуме се да, ако правни однос не проистиче из правнога посла него из таквих чињеница које, мада су људска делања, немају карактер правнога посла или су то физички појави који заснивају, мењају или гасе правне односе, тада има места доказивању сведоцима без обзира на вредност спора. И уопште, тамо где странкама није било могућно начинити исправу, одступа се од правила о ограничењу сведочења сведока: у свима таквим случајима било би, заиста, неоправдано и неправично одузети странкама могућност да сведоцима утврде правни однос, јер се ту не може њима, у том погледу, ставити на терет никаква погрешка. То су, н. пр., случајеви накнаде аквилианске штете, неодољива сила, породични а специјално брачни односи. Мада ови последњи односи имају етички а не материјални карактер, опет у парницама које имају за предмет те односе могу бити у питању и новчани интереси од велике вредности н. пр. спор о брачности или небрачности једног детета може да буде у вези са правом наслеђивања. (В. о овим изузецима од чл. 1341. Франц. Грађ. Зак. чл. 1348. алинеа 2. и 3. истогa Законика.)²⁾ Осим тога, могу се употребити све-

¹⁾ Поставља се питање, и код исправа, да ли странке могу допустити сведочење против или изван садржине исправе? Је ли и та забрана само у корист туженога или је она *iuris cogentis* (ми мислимо да ће пре бити ово друго: овде је, сигурно, општи интерес у питању: писменост над усменошћу).

²⁾ В., код А. Ђорђевића, *op. cit.*, књ. II., стр. 90. à 127., објашњење §§-а 242. à 245.а. нашега Грађ. Суд. Поступка, Измене и Допуне од 8. Марта, 1881. год.: ови прописи одговарају (са малим измичима) чл. 1341 à 1348. Франц. Грађ. Зак. Измене и Допуне од 1881. биле су изазване, вели А. Ђорђевић, неједнаким разумевањем ранијег текста §-а 242. (в. о томе: С. Арсеновић, *Задруга и смешништво и шта се може а шта не може доказивати сведоцима*, „Порота“, 1880.: навод А. Ђорђевића, *op. cit. loc. cit.*). Ако је пређе могло бити спорно, сада то више није: да се § 242. тиче само потраживања (*petita*) која проистичу из правних послова а не и осталих потраживања.

доци, без обзира на вредност парнице, и онда када има, за дотични правни однос, *почећак писменог доказа* од стране онога појединца против кога се подиже тужба или противтужба (*rescipientio*) и који почетак писменог доказа чини вероватном истакнуту чињеницу. Овај изузетак, у Франц. Праву, чини предмет чл. 1347. Франц. Грађ. Зак.¹⁾ Затим, постоји изузетак од члана 1341. Франц. Грађ. Законика и онда ако је исправа изгубљена услед непредвиђеног случаја или неодољиве силе (в. чл. 1348. чл. 4).²⁾ Најзад, у трговачким пословима одступа се, такође, од правила постављеног у чл. 1341. али ни тамо се не допуштају сведоци без обзира на вредност спора, ако се тиче правних послова за чије доказивање Трговачки Законик тражи исправу а ти послови су прилично многобројни и већином су врло замашни по својој новчаној вредности.³⁾

1) В. објашњења ових изузетака од чл. 1341. Франц. Грађ. Зак. код М. Planiol-a, *op. cit.*, т. II. р. 380. и 381., А. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, т. II. р., 226. à 228. L. Jossierand, *Cours de Droit civil positif français*, т. II, Paris, 1933. 2. éd., р. 113 à 115.

2) М. Planiol, *op. cit.*, т. I., р. 381., А. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, т. II., р. 228., L. Jossierand, *op. cit.*, т. II., р. 113.

3) М. Planiol, *op. cit.*, т. II., р. 37., А. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, т. II., р. 226. L. Jossierand, *op. cit.*, т. II., р. 112. et 113.

Чл. 1341. ал. 2. упућује на трговачке законе а то је чл. 109. Франц. Тргов. Законика (од год. 1807.—1808.) који, говорећи о доказима трговачке куповине и продаје („les achats et ventes“), вели да су то и сведоци, у случају када суд нађе да треба да их допусти, и пошто се, код сведока, овде не означава, у погледу вредности спора, никакво ограничење, из тога излази да се може допустити сведочење без обзира на вредност парнице. Само, поставља се питање: да ли се чл. 109. С. com. има применити и на остале трговачке послове? Најпре, сигурно не ако се тиче таквих трговачких послова где се, за њихово доказивање, специјално тражи исправа (в. те послове код М. Planiol, *op. cit.*, т. II., р. 379.): ту, ма колика да је вредност посла (дакле, ако би она била и само од 150 франака или и мање), не може бити доказивања сведоцима. Али, *quid* изван ових случајева? Судска пракса у Француској распростира чл. 109. и на све друге трговачке послове (осим малочас поменутих) а не само на куповине и продаје (в. М. Planiol, *op. cit.*, *loc. cit.*, А. et E. Carpentier, *Code de commerce*, 1926., р. 39., art. 109.). У самој ствари, када чл. 1341. С. с. упућује на трговачке законе, он упућује, као што смо показали, на чл. 109. С. com., ту је, за исто питање, *sedes materiae* а у том члану се одступа

По другом систему, аустро-немачком, који постоји, такође, још у неким земљама,¹⁾ нема ограничења у дозволи сведочења. Према томе, по овом систему: а) може се сведоцима доказивати и сваки правни однос који проистиче из правног посла, без обзира на то колика је његова материјална вредност (па ма она ишла и на милионе); б) ако је о једном правном послу састављена исправа, може се сведоцима доказивати било против било изван садржине исправе и не прави се никаква разлика између јавне и приватне исправе: може се, дакле, сведоцима оборити не само, н.пр., облигација коју је дуж-

од норама чл. 1341. С. с. само код уговора о трговачкој продаји и куповини. Осим овога питања, поставља се и то питање: да ли је, изван оних трговачких правних послова где уопште не може бити доказивања сведоцима (јер ту закон тражи исправу), допуштено сведочење изван и против садржине исправе о једном трговачком послу, ако су исправу странке саставиле мада по закону то нису биле дужне урадити (јер ту може бити доказивања и сведоцима)? И, заиста, из тога што у чл. 109. С. com. стоји да се продаје и куповине трговачке могу доказивати и сведоцима не мора још излазити да се исправа која би била састављена о једном таквом послу може оборити сведоцима. Чл. 1341. С. с. садржи два правила: а) да се сведоцима не могу доказивати правни послови изнад 150 франака и б) да се, ни до те суме, не може доказивати сведоцима против ни изван исправе. Чл. 109 С. com. садржи изузетак само од првога али не и од другог правила. Ми мислимо да је боље узети да се чл. 109. тиче само првог правила а да друго правило вреди и за трговачке послове (*Contra*: Cass. 8 mars 1880., *Sirey* 81. 1. 27., *Dalloz*. 81. 1. 262.: А. et E. Carpentier, *op. cit.*, р. 38., art. 109.). У осталом, изгледа нам да, када странке, о једном трговачком послу, саставе исправу (реч је непрестано, разуме се, о таквим трговачким пословима где закон не прописује исправу), више не постоје или бар не потпуно они разлици који се наводе у прилог правила чл. 1341. *in fine* С. с. и чл. 109. С. com. Нисмо нашли код М. Planiol-a, А. Colin-a et H. Capitant-a и L. Jossierand-a (у њиховим горе наведеним делима) одговора на ово питање.

1) „Sistemu neograničene upotrebe svjedoka ostale su vjerne većinom germanske zemlje, kao Njemačka, Austrija, Engleska, Švedska, Norveška, Danska, zatim, Finska, Ugarska, Bosna, Hrvatska i Turska: Dr. S. Zuglia, у своме напред наведеном кореферату. А пре овога Г. Чуља вели за Русију и Пољску: „Она (т.ј. ограничена допуштеност сведока у грађ. парницама) се је у главном примјенјивала и у пред-ратној Русији те Пољској, премда је руски парнични поступак од године 1864 био у том погледу доста нејасан“ (*op. cit.*). Да додамо да аустро-немачки систем постоји и у Португалском Грађ. Законику од 1867.

ник написао и потписао без потврде власти него и она која је влашћу потврђена (§ 192. Срп. Грађ. Пост.), као што се може, тако исто, обеснажити и меница чак и ако би носила и саму потврду власти. Једном речи, када се, о једном правном послу, не слажу исправа и сведоци, суд је овлашћен да пређе преко исправе и да је одбаци, дајући превагу сведоцима сведока.¹⁾ На првом месту, дакле, сведоцима се може доказивати *ипсо* ономе што су странке изјавиле у исправи па и онда ако је ова т.ј. њихова изјава дата пред влашћу. Н. пр., у исправи стоји да је непокретно добро продато за 100.000 динара: купац тврди да је то погрешно речено, добро није продато за 100.000 него за мање, рецимо 80.000 динара; или, обрнуто, продавац вели да је продајна цена не 100.000 како је забележено у исправи него више на пр. 120.000 динара: ако једна или друга страна има сведока за своје тврђење, суд може пресудити да је онако како сведоци сведоче а не како стоји у исправи. Или, парничар тврди да је, потписујући исправу, био у заблуди, за доказ чега се позива на сведоке: суд може да верује сведоцима и да их претпостави исправи.²⁾ Затим, може

(art. 2506. à 2508.) и Шпањолском од 1889. (чл. 1244. à 1248.). За овај систем пледира, у Француској, н. пр. E. Thaller (*Faillite en droit commercial*, 1887, t. I., № 37., p. 160.: ово све по наводу A. Colin-a et H. Capitant-a, *op. cit.*, t. II., p. 222. Contra E. Thaller-y, H. Capitant у своме раду: *Rapport sur la réforme des articles 1341 à 1348* у „Bulletin de la Société d'études législatives“, 1917—1918.

¹⁾ Да приметимо да ми имамо у виду у горњим разлагањима само приватно-правне спорове не, дакле, и кривичне. Што се, пак, тиче утврђивања материјалне неистинитости једне исправе (потпуне или делимичне) која је резултат кривичне радње, разуме се да ту не постоји никаква разлика између нашега (одн. Францускога) и Аустро-Немачкога Права: и код нас се, наравно, таква неистинитост исправа може доказивати, без обзира на вредност спора, свима доказним средствима па, дакле, и сведоцима. В. §§ 214 à 223 Југосл. Крив. Законика и: Др. Б. Марковић, *Уџбеник Судског Кривичног Поступка Краљевине Југославије*, Београд, 1930., стр. 240 и даље; Др М. Чубински, *Научни и праксишни коментар Законика о Судском Кривичном Поступку Краљевине Југославије од 16 Фебруара 1929 год.*, Београд, 1930, стр. 436 и даље; исти аутор, *Научни и праксишни Коментар Кривичног Законика Краљевине Југославије од 27 Јануара 1929 год.*, Београд, 1930, стр. 336 и даље.

²⁾ Др. Д. Аранђеловић, *Грађанско Процесно Право Краљевине Југославије*, Друга Књига, Београд, 1933., стр. 78.

се сведоцима доказивати *изван* садржине исправе. Н. пр., код зајма у облигацији није означено да ће позајмица носити интерес али поверилац истиче да је он уговорен и то 12% од дана зајма, само је било пропуштено да се то стави у исправи, приводећи сведоке да му то утврде: суд може да верује сведоцима и да њиховим исказима допуни облигацију, чак и онда ако је она потврђена влашћу. ³⁾ Сведоцима сведока допуштено је сасвим оборити исправу и изван случаја кривичнога дела прављења лажне исправе (фалсификата). Н. пр., дужник је потписао меницу и предао је повериоцу али, тврди дужник, поверилац му фактички није дао суму на коју гласи меница, и ако је меница остала код њега, повериоца. Ако за ово своје тврђење потписник менице има сведоке, суд је овлашћен да узме да је онако како дужник и сведоци изјављују и одбиће повериоца од тражења, мада он има у рукама потпуно пуноважну меницу туженога. Или, закључен је уговор о закупу једног великог пољског добра и о томе начињена исправа и потврђена код власти. Закуподавац је, шта више, тај уговор прибележио у књиге баштинске (в. § 704. Срп. Грађ. Зак.), али закупац сада тврди да, и ако је све то тако, он није ни у каквој обавези према противној страни, јер су, н. пр., по сле закључења уговора, он и закуподавац дошли у лични сукоб и уговор раскинули, и закупац се, да ово утврди, позива на сведоке: и ако закуподавац има исправу о уговору и решење суда о његовом завођењу у земљишне књиге и пориче оно што сада износи закупац, овај ће добити спор, под претпоставком да суд буде веровао његовим сведоцима.

То су два система код питања: у којим границама, код приватно-правних спорова, треба допустити сведоке као доказно средство. И када се је, после стварања наше Државе, Београдским Пактом од 1. Децембра, 1918. год.

¹⁾ В. и § 9. Закона о Земљишним Књигама од 18. Маја, 1930. год., и § 11. Закона о Унутрашњем Уређењу, Оснивању и Исправљању Земљишних Књига од истог дана и године, као и Др. Фердо Чулиновић, *Коментар Земљокњижних Закона*, Београд, 1931., стр. 47. и 365.

по н. к., приступило раду на изједначењу законодавства у новој Држави,¹⁾ што је захтевала и сама потреба консолидације тога међународног организма, поставило се одмах, код изједначења закона из области Грађ. Суд. Поступка, питање о томе која ће се од горњих двеју доказних теорија примити и унети у ново Југословенско Грађанско Процесуално Право.

Прва и последња јавна дискусија о истом питању, у колико нам је то познато, била је на првом Конгресу Правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, одржаном у Београду од 18. до 20. Септембра, 1925. год. На том Конгресу правници у секцији чији предмет је сачињавало ово питање били су се поделили у две групе: с једне стране налазили су се конгресисти из Србије (Г. Г. Др. Драг. Аранђеловић, ред. проф. Универзитета, Ђорђе Несторовић, Милан Влајковић, А. Павловић, П. Тодоровић и Др. Арсен М. Чубински, адвокати из Београда, Михаило Јефтић, адвокат из Ваљева, Мих. Златановић, судија из Београда,²⁾ а, с друге стране, конгресисти из бивших аустро-угарских покрајина и то не само Словенци и Хрвати него и извесни Срби, поименце: Г. Г. Срећко Зуглија односно, по италианском изговору, Цуља, ред. проф. Универзитета у Загребу, Др. Владимир Гоља, саветник Дежелнога Содишча у Љубљани, Др. Анте Верона, потпредседник Стола Седморице или Касационога Суда у Загребу, Др. Милан Вакањац, јавни бележник у Апатину, Антон Лајовић, судиски саветник из Љубљане, Јосип Најман, судија из

¹⁾ Да би се тај рад што боље спровео, била је донесена, 16. Децембра, 1919. год. (Министар Правде Г. Коста Тимотијевић), Уредба о завођењу једног Сталног Законодавног Савета при Министарству Правде. Тај Савет је постојао и функционисао до укидања Устава од 28. Јуна, 1921. год., после чега је установљен Врховни Законодавни Савет при Председништву Владе (в. Закон о Врховном Законодавном Савету и Комисијама Стручњака при Министарству Правде од 31. Јануара, 1929. год., објављен у „Службеним Новинама“ од 28. Фебруара, 1929. Бр. XII. Врховни Законодавни Савет престао је са ступањем на снагу Устава од 3. Септембра, 1931. год.

²⁾ Г. Златановић, управо, иако није био за систем аустро-немачки, није био ни за систем српско-француски у његовој целости него за једно компромисно решење.

Бихаћа, Никола Соколовић, судија из Земуна, и Др. Душан Пелеш, адвокат и министар Правде у пенсији, Србин из Хрватске, сада у Београду): они су сви, без обзира на народност, чинили овде једну целину. На тај начин, питање о доказној теорији у Грађ. Суд. Поступку поделило је Конгресисте, у реченој секцији, у два фронта: *србијански* и *пречански фронти* од којих се сваки трудио, као што то бива и у другим борбама, да изиђе, у овом сукобу идеја, као победилац.¹⁾

Главни референт у тој Секцији био је Г. Аранђеловић, наш признати стручњак у Приватном Праву, и Материалном и Формалном: његов дугогодишњи рад као професора Грађ. Суд. Поступка на Београдском Универзитету са разлогом га је био означио за главног известиоца по једном питању из ове научне дисциплине. Ко-референти су били Г. Цуља²⁾ и Г. Гоља, оба истакнута и позната југословенска правника: главни референт, Г. Аранђеловић, био је представник конгресиста који су код спорнога питања препоручивали систем француски односно систем Српскога Грађ. Суд. Поступка то јест представник Србијанскога Фронта, а Г. Г. Цуља и Гоља Фронта Пречанскога који је бранио систем аустро-немачки: скоро једно подсећање на коалиције из Великога Рата!

¹⁾ Ми смо горњи навод имена Г. Г. Конгресиста дали према књизи: *Споменица Првог Конгреса Правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, одржаног у Београду на дан 18—20. Септембра 1925. године*. Издао Удружење Правника — Београд, 1926.: именована Господа узела су удела у расправи реченога питања (стр. 63. à 91.). И зато што у истом питању није била постигнута сагласност, секција је предложила овакву резолуцију Конгресу: „Пошто се у овом питању није постигло једно мишљење, које би као мишљење секције било изнето пред Конгрес, то секција препоручује Конгресу, да се ово питање одложи за доцнији Конгрес. — У осталом, секција препоручује: да се у нови Грађанско-судски Поступак унесе начело слободне судијске оцене поднесених доказа.“ Овај, други, део резолуције показује да је секција сматрала да начело слободне оцене доказа не искључује евентуално ограничење употребе сведоџбе сведока. Тај део резолуције исказује, дакле, само један *принцип* од кога се може, делимично, одступити. Бар ми тако схватамо ову резолуцију.

²⁾ Г. Др. С. Цуља је написао, у сарадњи са Г. Др. А. Вероном (рано отргнутим, смрћу, од Правне Науке), један исцрпан Коментар новог Југословенскога Грађ. Суд. Поступка: *Zakonik o Sudskom Postupku u Građanskim Parnicama (Građanski Parnični Postupak)*, Zagreb, 1930. (У збирци: „*Zakoni Kraljevine Jugoslavije*“, Knj. IX.).

Упоређење главнога реферата Г. Аранђеловића с једне стране и кореферата Г. Г. Цуље и Гоље с друге стране даје за кореференте негативан одн. за главнога референта позитиван резултат. Не само ми који смо имали и имамо о овоме своје утврђено гледиште него и један сасвим идејно незаинтересован читалац Споменице Првога Конгреса Југословенских Правника морао би, мислимо, доћи, такође, до тога закључка. Ми ово кажемо и морамо да кажемо при свем великом уважању које наша маленкост има за Г. Г. Цуљу и Гољу као правне специалисте.

Што на првом месту пада у очи то је да је реферат Г. Аранђеловића, мада главни реферат, доста краћи према рефератима Г. Г. Кореферената узимајући их укупно. То је зато што је Г. Аранђеловић имао да брани једну, по нашем мишљењу тачнију, тезу него што је била теза Г. Г. Цуље и Гоље: ствар неосновану или недовољно основану није лако објаснити. Кореферати износе скоро четрнаест док главни реферат нема ни пуних осам страна стим да кореферати не садрже, у главном, никакво понављање, у својим узајамним односима, него су два извештаја која се допуњују: другим речима, Г. Г. Цуља и Гоља су *viribus unitis* заступали своју групу према Г. Аранђеловићу. Г. Аранђеловић не наводи много аргумената, као ни у своме изврсноме коментару новог Југословенскога Грађ. Суд. Поступка где је, такође, остао доследан своме мишљењу¹⁾, али су његови аргументи битни и зато убедљиви. За сваки његов аргумент могло би се рећи „A lui seul il vaut toute une armée“ (сам за се вреди читаву војску). Г. Цуља, напротив, наводи не мање од седам аргумената који нас, морамо признати, нису могли убедити. Ово је случај где би се могло применито правило да се аргументи не броје него мере, случај где не важи демократско начело већине.

Основна слабост аргументације Г. Г. Кореферената долази отуда што она почива на једном *petitio principii*. Наиме, они веле: пошто се, у нови Југословенски Грађ.

¹⁾ Д-р Драгољуб Аранђеловић, *op. cit.*, Друга књига, стр. 150. (Прва књига, Београд, 1932.).

Суд. Поступак, има унети модерно начело слободе судиске оцене и уверења, не може се онда ограничити употреба сведока. Ово начело или начело слободне доказне теорије значи да се судији оставља да, у потпуној слободи разматрања и оцењивања свих изнесених доказа били они изјаве странака (под заклетвом или без заклетве), исправе, сведоци или, најзад, обичне (нѐ и законске) претпоставке (*présomptions de l'homme*, како се изражавају француски правници), стекне уверење о томе ко је у праву, једна или друга страна. Ограничити употребу доказивања сведоком сведока то би значило усвојити застарелу законску (легалну) доказну теорију где се дешавало врло често да судија, противно своме убеђењу, узме за доказано нешто што он, када би био слободан у својој оцени и суђењу, не би тако сматрао и, *vice versa*, као недоказано оно што је, по његовом интимном уверењу, доказано. Таква, тј. легална, доказна теорија, вели Г. Гоља, освештана Франц. Грађ. Закоником који датира још из године 1804., не може се прихватити данас, после више од једнога века и четврт. Аргументат који није много релевантан бар за једног Словенца, пошто, у Словеначкој, вреди непрестано Аустр. Грађ. Законик од 1811. год., дакле, свега седам година млађи од Наполеоновога Законика (апстрахујући Аустриске Новеле од год. 1914., 1915. и 1916. год., мада је, одмах додајемо, и Франц. Грађ. Законик до данас претрпео многе и важне измене и допуне). По Г. Гољи, требало би онда, изгледа, одбацити и Аустр. Грађ. Законик и заменити га најновијим Закоником Грађанским н. пр. Швајцарским од год. 1907—1911. или Бразилианским од год 1916. Али старост Франц. и Аустр. Грађ. Законика не смета им да, ипак, долазе међу најбоље Грађанске Законике.

Међутим, то што су Г. Г. Кореференти узели као сигурну почетну тачку, као неку врсту догме, тј. начело слободнога судискога уверења у Грађ. Суд. Поступку, као и у Кривичном, било је баш у питању и тада и сада: они су схватили као несумњиво нешто што је било далеко од тога да има тај карактер, и конгресист, Г.

Михаило Златановић, судија из Београда, сасвим је правилно приметио да питање о границама допуштености сведока долази на друго место: најпре има да се реши проблем о власти судије т.ј. да ли ће се потпуно примити начело судискога слободног убеђења¹⁾.

То што је нешто ново, модерно, као што је слободна доказна теорија, не мора да значи и да је, према ранијим установама, савршеније. Вредност идеја не зависи од њиховога датума као ни вредност човека од дана кога се родио, осим ако нисмо приврженици рожданика и астрологије. Што је сигурно то је само вечита промена у идејама али да ли баш нове идеје значе напредак, то не знамо. У осталом, кад је реч о напретку, ту нема ничега позитивнога и неоспорнога: шта је напредак то је нешто и субјективно и релативно; сваки схвата друкчије напредак, према својим концепцијама и погледима на свет и друштво: индивидуалисти на пр. мисле да је комунизам назадак а комунисти, пак, да је индивидуализам преживео. Једино за нас, Хришћане, је несумњиво да се прогрес састоји у развијању идеје општега браства и мира. У области, пак, Права, не ретко се напуштала једна установа и узимала друга па се, после, ова остављала и враћало се ранијој установи. Тако, на пр., у Француској, Грађ. Зак. од 1804. допуштао је развод брака, 1816. год., по повратку Бурбона, развод брака је био укинут и остављен само одвојен живот²⁾ а 1848. је опет повраћена установа развода брака³⁾. У Србији се, најпре, по Грађ. Законику, могло истраживати небрачно очинство, систем који је одбацио Закон од 7. Маја, 1868. год. (§ 130. Срп. Грађ. Зак.) а сада се поново мисли, и на територији прератне Србије, завести раније законо-

¹⁾ „Г. М. Златановић, судија, такође истиче да треба прво решити хоће ли се примити принцип слободног уверења судија. Мисли да не треба предухитрити; судија није данас осигуран те треба опрезно решити — управо привремено решити ово питање. Тражи да се резолуција донесе у компромисном духу“: *Споменница*, стр. 90.

²⁾ Закон од 8. Маја, 1816. год. по н. к.: L. Josserand, *op. cit.*, t. I., 2. édition, Paris, 1932., p. 468. et 469.

³⁾ Закон од 27. Јула, 1848. год., по к. к. (Loi Naquet): L. Josserand, *op. cit.*, t. I., p. 469.

давство (да је допуштено доказивати ко је отац ванбрачном детету). Исто тако, и још више, у Јавном Праву бивало је и бивају покрети који су значили корак напред корак натраг: напуштао се, на пр., конзерватизам за демократију, демократија за конзерватизам, давала се и укидала слобода штампе, зборова и удружења, опште, непосредно и тајно право гласања, примао се и одбацивао дводомни систем (као на пр. код нас) и т. д. И онда, то нимало није сигуран знак напретка што је извесна установа заменила неку другу, што је, дакле, она скорашњијега порекла: мода може бити нова и најновија али то није доказ да је она боља односно најбоља према претходној моди. Отуда, када се Г. Г. Кореференти и њихови следбеници позивају на модерност установе слободе судискога уверења да би тиме доказали да је та теорија савршенија од легалне (законске) теорије, то је, бар за нас, и сувише недовољан аргументат да би нас убедио у неоснованост францускога доказнога система.

Да приметимо да начело слободнога и неограниченога судискога уверења није више ни тако модерно како то представљају Г. Г. Кореференти. 1898 године, када је ступио на снагу Аустр. Грађ. Суд. Пост. који је основан на томе начелу, било је, свакако, и за то начело онога одушевљења које прати мање више све новине и реакције против ранијих правних или политичких система, овде против система легалне доказне теорије која је, мора се признати, имала због своје претераности и несумњивих недостатака. Г. Г. кореференти нам дају, и данас после тридесет и пет година, један пример тога одушевљења. Али, тај период од тридесет и пет година био је довољан да покаже слабе стране тога начела, тако да се од подужега времена појављују ауторитативни гласови против њега: начело слободнога и неограниченога судискога уверења изгубило је, до сада, много од своје модерности и почиње да се приближава, у општој Правној Науци, ка музеју идеја а на корист једне ревидиране и ублажене легалне доказне теорије која теорија, у осталом, није никада била у свима законодав-

ствима отишла у речени музеј, пошто она, као што смо видели, влада непрестано у многобројним цивилизованим државама и, у овом погледу, ова теорија, у најмању руку, равна је противној теорији, оној о слободном судиском уверењу. Ми се ограничавамо да овде наведемо само чувенога францускога правника, Е. Charpentier-а који је, у своме делу: *De la décadence du droit à la révision de la Constitution*, устао тако речито и документовано против начела ничим неограничене судиске слободе оцене доказа и убеђења.¹⁾ Изгледа да Г.Г. Кореперенти нису имали у виду тај покрет против реченога начела када су онако аподиктички и без икаквих резерва говорили о модерности једнога система који, до сада, не само, поред све те своје модерности, није успео да нађе места у многим законодавствима него је већ, чак, у опште знатно колебао.

И, збиља, основна махна овога начела, махна која је већ сама по себи, и без икаквога даљег искуства, требала да спречи његово усвајање, јесте та да је оно једна негација онога сталнога и непроменљивог правила друштвенога да је свака власт одговорна за свој рад, без обзира на то ко врши ту власт, један човек или једна група људи. То је, у осталом, једно основно правило и морала и логике, да где је власт ту је и одговорност односно где је одговорност ту је и власт. Разуме се, одговорност та може бити разнолика, морална, политичка или правна било само приватно-правна или и кривична. По том принципу, одговара и сама Законодавна Власт т.ј. они који врше ту власт па био то само једна личност или једно тело или њих обоје заједно. Наравно, законодавац, као представник државе која је суверена и, зато, правно неодговорна, не може одговарати *правно* него само морално и политички. Исто тако одговарају и органи Извршне Власти т.ј. органи чија функција је да извршују законе и њихова одговорност за ту функцију није

¹⁾ В. увод у то дело у „La France judiciaire“, n° du dimanche 28 décembre 1930, Paris.

само морална и политичка него и правна, грађанска и, евентуално, кривична.¹⁾

Ово последње би имало да вреди и за судије, пошто су и они органи Извршне Власти²⁾: они примењују законе из области Кривичнога и Приватнога Права а често и неке друге специалне законе. Али, што се њих, судија, тиче, ситуација је друкчија. Истина, и они одговарају и кривично и грађански за она своја дела која не спадају у рад на тумачењу и примени закона³⁾. Међутим, није тако изван ове претпоставке т.ј. изван слушаја оваквих судиских радњи.

Да се судији мора признати власт слободнога уверења када је он у улози тумача закона, то је сасвим појмљиво⁴⁾: који човек би смео бити судија, ако би он могао одговарати за своје мишљење о смислу и значењу нејасних или непотпуних законских норма, изумимајући, можда, случајеве грубих погрешака⁵⁾. Мада, и у овоме погледу, постоји извесна опасност од слободнога судискога уверења, јер би судија могао подвести под за-

¹⁾ В. овде, н. пр., наш Закон о Чиновницима од 31. Марта, 1931. год., § 78., као и члан 18. Устава од 3. Септембра, 1931. год.

²⁾ По нашем схватању, има свега две категорије власти у држави: законодавна, она која доноси законе, и извршна која ове извршује. Логички, могућно је само то двоје: прописати норме и применити их. В. овде наш рад: *La Nouvelle Constitution du Royaume de Serbie* (proclamée le 6/19 avril 1901). Première Partie: *De l'organisation des pouvoirs de l'État*. (Extrait du „Bulletin de la Société de législation comparée“). Paris, 1903, p. 80. Иначе се узима да у држави постоје три власти: законодавна, извршна и судска: у овом смислу и Слободан Јовановић у своме капиталном делу: *О Држави. Основи једне правне теорије*. Треће прегледано и допуњено издање, Београд, 1922, стр. 261.

³⁾ В. чл. 25. нашега Закона о Судијама Редовних Судова од 8. Јануара, 1929. (са Изменама и Допунима од 9. Јула, 1930. год. и 31. Марта, 1931. год.) и чл. 101. одељак 1. Устава.

⁴⁾ Уосталом, та власт се мора признати сваком јавном органу који је позван да тумачи и примењује закон: в. наш чланак: *Ушлицај судије на јавни морал*. Прештампано из „Полицијскога Гласника“, Београд, 1907.

⁵⁾ Као, н. пр., када би, у Србији, судија, у једном спору о интестатском (законском) наслеђу, пресудио да и кћери имају право на наслеђе као и браћа. В. у вези са овим чл. 25. одељак 3. Зак. о Судијама Редовних Судова.

конске параграфе и своју самовољу против које не би било никакве правне помоћи. Случај такав би био у толико тежи што се ту судији не би могла ставити на терет чак ни морална одговорност, јер судија, када тумачи и примењује законе, не исказује своју сопствену вољу него туђу, вољу законодавчеву, а нико ни морално не може одговарати за оно што није његова воља него воља другог.¹⁾ Ако су појединци незадовољни радом правосудја, за то је криво не оно, правосудје, него законодавство које правосудје само приводи у праксу и онда нека појединци траже и издејствују боље законе.

Дакле, већ у једној оваквој хипотези, можемо да имамо пример како један јавни орган, судија, није ни морално одговоран за свој, можда, намерно погрешан поступак (*dolus*). Али, као што смо казали, ту нема лека, јер ако би судија био уопште одговоран за своје тумачење и примену закона, ко нам јамчи да би онај који би судији, због тога, судио тумачио и применио закон правилније него тужени судија?

Али, ствар стоји сасвим друкчије, када се тиче оцене самих доказа изнесених у спору и одлуке на основу њих изречене. Ту је, сасвим, могућно предупредити штетне па и опасне последице које може за собом да повуче слободно судиско уверење па да се ипак судија не изложи ризику да, може бити, неправедно и незаслужено одговара за свој рад, да се, дакле, не дође до

¹⁾ В. § 810. став 1. Срп. Грађ. Зак.: „За туђа дела нико није дужан одговарати“. (§ 1313. 1^o. Satz. Аустр. Грађ. Зак.). Ми апстрахујемо, разуме се, теорију позивног ризика (*le risque professionnel*) односно одговорности без кривице која, благодарећи развијању машинизма и индустрије као и саобраћаја, добија све више примене: в. овде: Dr. A. Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Zweite Auflage, Zweiter Band: Erste Hälfte: *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Wien, 1928., S. 687., ff. (§ 406. XV. *Haftung für Angestellte*) као и M. Planiol, *op. cit.*, t. II, p. 281. (n^o 863 *ter*) et 621. M. Planiol је велики противник ове теорије (он задржава теорију погрешке: *la théorie de la faute*): в. нарочито његову сугестивну студију: *Fondement de la responsabilité*, у „Revue critique“, mai, 1905. L. Josserand, у своме: *Cours de Droit civil positif français*, t. II, p. 307. et 308., изјашњава се, напротив, следећу R. Saleilles-у, за теорију професионалног одн. друштвеног ризика (*le risque social*).

тога, као горе, да нико не би смео да се прими судискога позива. Такав је, наиме, систем легалне доказне теорије: по тој теорији, у колико је, наравно, она примењена, судија има да сматра да је извесна чињеница утврђена, чим су за то испуњени законски реквизити односно, ако ти реквизити нису испуњени, да она није утврђена, и равнодушна је ствар да ли је баш судија лично убеђен да је законодавац, у конкретном случају, погодио истину. Између тога двога: да судија, са својим слободним убеђењем, погреши или да погреши законодавац, постављајући опште норме о томе када ће се нешто сматрати као доказано а када не, ова теорија претпоставља ово друго¹⁾, претпоставља суђење и општу пресуду једне више, суверене, моћи, Државе, суђење и пресуду једног безличног и објективног бића, конкретном суђењу и конкретној пресуди једног врло често субјективног а при том апсолутно неодговорног појединца, судије. Остављајући настрану примену ове теорије, у Кривичном Праву и задржавајући се само на Праву Приватном, ми налазимо да легална доказна теорија, само ако се у њој не оде до претераности, има несумњиво преимућство над слободном законском теоријом онако апсолутном како желе да је спроведу њени фанатични приврженици. По овој последњој теорији судија је ограничен једино тиме што он не сме применити као доказно средство нешто што закон као такво не предвиђа, н.пр. двобој, ордалије, коцку²⁾ ит.д., али, ако су странке своје наводе поткрепиле допуштеним доказним средствима, онда судија има потпуно одређене руке и неограничену слободу у погледу оцене тих доказа и свога убеђења на основу њих. Њему, судији, остављено је да нађе, само и једино по исказу два сведока³⁾ која су за њега, судију, несумњива, да су за-

¹⁾ В. овде разматрања тако логична Г. Е. Charpentier-а, у његовој Introduction („La France judiciaire“, означени број) делу: *De la décadence du Droit à la révision de la Constitution*.

²⁾ Ма да се у Праву каткад чини употреба и од коцке: в. н. пр. §. 841. Аустр. Грађ. Зак. (код деоба: „.....so entscheidet das Los“).

³⁾ Ми узимамо, по оном правилу Римског Права: *Testis unus testis nullus* (*Digesta* Lib. XII. tit. 5. fragm. 12.) да треба бар два све-

кључени и свршени најважнији и материјално највећи правни послови и да, тако, туженога, једино на основу исказа сведока, осуди на плаћање стотине хиљада или на плаћање милиона динара; да сведоцима обори најисправнију исправу, чак и влашћу потврђену; да вас, н.пр., лиши вашег непокретнога имања при све том што имате о њему уредну тапију (одн. увод у баштинске књиге): судија је стекао уверење да је тужилац купио и платио то ваше имање, јер су то потврдила два сведока; два сведока чију сведоџбу суд прима избациће вас на улицу из вашег сопственога добра. Ви имате облигацију влашћу потврђену да је тужени позајмио од вас једну велику суму новаца од чијега законом допуштенога интереса ви треба да издржавате себе и своју породицу али тужени има сведоке о томе да, и ако је он вама потписао и предао облигацију, ви му нисте предали новац. Све ће то тако бити, јер тако је судија убеђен!¹⁾ И за то своје убеђење судија не одговара, не одговара ни морално, јер како неко може одговарати и морално када је тако убеђен а закон му у погледу убеђења допушта најширу слободу: и чинећи употребу од те слободе, судија само примењује закон т.ј. врши вољу законодавчеву? Један флагрантан изузетак од правила верскога и моралнога и правнога да се не може радити без одговорности, правило које нарочито треба да важи за органе власти: они који друге повлаче на одговорност за њихове радње морају, такође и тим пре, одговарати за свој рад. Међутим, видимо да то не вреди за судију када он суди по свом слободном убеђењу. А да судија може, под слободу оцене и слободу уверења, подвести и самовољу и пристрасност и поли-

дока [в. овде М. Planiol, *op. cit.*, t. II., p. 377., n. (1)] али, доследно изведено, начело слободне судиске оцене и уверења водило би томе закључку да би судија могао бити убеђен у постојање извесне чињенице и само на основу исказа једног сведока, па чак и противу исправе.

¹⁾ По доказној теорији новог Грађ. Суд. Поступка суд би био овлашћен да одбаци исправу и на основу саслушања, под заклетвом, странке која је издала исправу: до таквих немогућних последица одводи овај систем. О саслушању странака в. код Др. Д. Аранђеловића, *op. cit.*, књига II., стр. 136. и даље. По истој теорији, судија би могао, најзад, веровати и *незаклетим* сведоцима односно странци.

тику и партизанство, нећемо, надамо се, увредити цењено судиско тело, када то кажемо: јер и судија, као и сваки други човек, може да погрешити, што нам, уосталом, каже и сам законодавац, специјално у одредбама о изузећу судија (в. §§ 52. и 53. Срп. и 15. а 23. Југосл. Грађ. Суд. Пост.). Шта више, законодавац нас упознаје и са тим да судија може да учини као такав и кривично дело (в. Гл. XXVIII. Југосл. Крив. Зак., §§ 384. а 404., од којих се многи односе и на судије, а § 387., поименце, говори баш о судијама; в., такође, и чл. 23. и 24. Зак. о Судијама Редовних Судова који предвиђају случај кривичнога дела судије). И када је тако, онда се то не слаже ни са логиком ни са правном сигурношћу појединаца дати судијама, у области оцене доказа код приватно правних спорова (па, можемо сасвим додати, и код спорова кривичних), једну апсолутно неограничену власт, власт чак и без моралне одговорности.¹⁾

Ми смо навели, у прошлом предавању, Г. Е. Charpentier-а као једнога од француских правних аутора који подижу свој глас против система неограничене судиске оцене доказа и неограниченога судискога уверења. Сада, пак, додајемо да је Г. Charpentier против тога начела не само у грађанским споровима — уосталом, у Француској није ни најмање реч о томе да се то начело уведе и у Грађ. Суд. Поступак — него Г. Charpentier није за то начело ни у самим кривичним споровима. Он препоручује да се, и ту, примени законска (легална) доказна теорија која је раније владала у појединим законодавствима а у нашем, Српском, Праву, поименце у нашем Законику о Судском Кривичном Поступку од 10. Априла, 1865 год., важила је она све до ступања на снагу, у Србији, новог Југословенскога Законика о Судском Кривичном

¹⁾ Ми смо се истим питањем бавили и у своме саопштењу III. Међународном Конгресу за Кривично Право у Палерму (од 3.—8. Априла, 1933. год.): *Jury ou échevinage*, штампано, најпре, у „Revue internationale de Droit pénal“ (орган де l'Association internationale de Droit pénal), Paris, 1932, а затим и у збирци: „Rapports préparatoires“, Rome 1933, коју је издао одбор за организацију Конгреса. Исти извештај изишао је и на српском под насловом: *Пороша*, у преводу Г. Б. Благојевића, сада асистента Београдског Универзитета, „Бранич“, Београд, јуни 1933.

Поступку [овај Законик постао је обавезан 1. Јануара, 1930. год. (на подручју бивших аустро-угарских покрајина) односно 1931. год. (на подручју Београдскога Апелационога Суда) и 1932. год. (на подручјима Скопљанскога Апелационога Суда и Подгоричкога Великога Суда]: толико је, по Г. Charpentier-у, у опште погрешна теорија о потпуној слободи судискога уверења. И, заиста, у свету су бивале читаве револуције а, специјално, у Француској (1789. год.) — ја одмах додајем да сам лично, као правник а и иначе по својим скромним концепцијама, далеко од сваке револуционарне идеологије као што сам у опште против свих насилних метода код остваривања и извођења идеја — да би се оборило негдашње начело монархискога апсолутизма, начело где је монарх одговарао бар морално, а хоће се данас да се заведе апсолутизам судије код кога, видели смо, нема, у основи, ни одговорности моралне, ако му се призна потпуна слобода оцене доказа и уверења. Од фетишизма апсолутнога монарха, вели Г. Charpentier, ка фетишизму судије! И ово све што смо казали овде о начелу слободне и неограничене судиске оцене и убеђења не треба никако схватити као неко наше нерасположење и поенту против судискога реда за који смо и ми, разуме се, од увек имали и имамо високо мишљење, али овде је реч једино о принципима и системима. Јер, онако исто као што код најбољих принципа и система може доћи опасност од људи, исто тако може, код најбољих људи, доћи опасност од принципа и система. Нису довољни само ваљани људи него су још потребни и ваљана начела и системи.

Слободни доказни систем у његовој неограничености за критику је и за одбацивање, у грађанским споровима, тим пре што је њега, са свима његовим штетним и опасним последицама, лако избећи бар када се тиче доказивања правних послова где странкама није било немогућно начинити исправу. Зашто допустити да појединци могу доказивати, и сведоцима, најважније, често судбоносне, правне послове, када они могу, благодарећи данас толико развијеној писмености, поступити по налогу законодавца и саставити исправу приватну или

јавну која, као доказ, даје далеко више гаранције о истинитости правнога посла него тако несигурно доказно средство као што су сведоци? Шта више, можемо рећи да су сведоци, скоро, чак и најнесигурнији доказ, несигурнији него и саме обичне (човекове) претпоставке или индиције (*praesumptiones facti seu hominis*), када су оне службено (судским увиђајем, вештацима) утврђене. И ако странке не послушају законодавчеву наредбу и не саставе писмено, што ће, кад људи који воде рачуна о закону и својим интересима, бити врло изузетан случај, онда нека оне саме сносе ризик те своје непослушности и те своје необазривости а не да се, због тих ретких евентуалности где дотична лица неће бити ни мало невина, доводе уопште у питање приватна права појединаца и ови се излажу често и животним опасностима — јер то је заиста животна опасност изгубити сву своју имаовину — дозволом да се, са само два сведока (или чак и једним), могу доказивати апсолутно сви правни послови, изузимајући, наравно, само формалне правне послове где се исправа тражи не као доказ него као услов закључења и постојања правнога посла?¹⁾

¹⁾ Г. Др. Д. Пелеш навео је, у прилог неограничене дозволе сведока, и овај разлог: „ако грађански закон даје усменој и писменој погодби једнаку важност, не може је грађански поступак усменој одузимати“ (*Споменица*, стр. 90.). На овај духовити аргуменат нашега уваженога правника и адвоката може се орговорити да, ако су, по правилу, правни послови неформални, консенсуални (израз који је адекватан само двостраним правним пословима, пошто се само ту може говорити о *consensus*-у а не и код изјава једностраних), § § 540. Срп. и 883. Аустр. Грађ. Зак., а тек изузетно формални, свечани, било по закону (§ 883. други део Аустр. Грађ. Зак.) било по споразуму странака (§ 541. Срп., §. 884. Аустр. Грађ. Зак., Нов. III., § 92.) из тога не излази да има нелогичности у томе да се ограничи употреба сведока и да се, за правне послове од извесне новчане вредности, мора саставити исправа у одсуству које не би се могао дотични правни посао доказивати сведоцима. Јер, ово последње тиче се *доказивања* правнога посла а оно друго његовога *постанка* (*Entstehung*). Према томе, ако би се, код мало час поменутога доказнога система, тичало једног *неформалног* правног посла где странке нису начиниле исправу, правни посао би, ипак, разумје се, *постојао*, само се не би могао доказивати сведоцима него другим доказним средствима, признањем и главном заклетвом (по француско-српском доказном систему). Уосталом, то је, у пракси, чест случај да један правни однос *постоји* али не може да се докаже а то је исто као и да не постоји: у праву, оно што што не може да се

Још је мање основана слободна доказна теорија у односима исправе и сведочења сведока где, као што казасмо, судија може одбацити исправу у корист исказа сведока. Међутим, несумњиво је, што је и Г. Аранђеловић јасно изложио у своме реферату, да је исправа, по правилу, много јаче и сигурније доказно средство од сведока. На првом месту, зато што је исправа много тачнија и вернија *фотографија* онога што су странке свршиле него сведоци који често, а нарочито ако су то нешколовани људи, могу да не схвате сам правни посао који странке закључују или све његове појединости. Затим, и искуством је утврђено, у Кривичном Праву, да не ретко појединци који су били очевидци једног истог кривичног дела о њему не сведоче подједнако и сагласно, и ако су сви они исправни људи и у доброј вери, а то стога што сваки од њих није запазио цео догађај у његовој потпуности него је један видео овај а други онај део догађаја, а ово се може десити, такође, и код правних послова који се врше пред сведоцима. Осим тога, догод странке не саставе писмено, могу међу њима бити само преговори који сведоци погрешно схвате као свршене т.ј. као закључење правног посла¹⁾: тек са стављањем и потписом исправе сигурни смо да има правног посла. Најзад, нема спора да је за озбиљност закључења једног правног посла исправа много сигурнији знак него када то странке чине усмено и пред сведоцима: стављање потписа на исправу то је један, мање више, свечан моменат који нам служи као гаранција да се заиста хтело оно што стоји у исправи.²⁾ Никада, дакле, не могу сведоци, по правилу, дати судији онако јасну и несумњиву слику као исправа. А што се тиче

докаже равно је, фактички, ономе што *не постоји*. (У другим областима људске мисли, не мора да буде тако, н.пр. у питању постојања Бога: из тога што није утврђено, на начин како то хоће *Наука*, да има Бога, не значи да, зато, *нема* Бога). И овакве ситуације су, такође, могуће, разуме се, и у систему неограничене дозволе сведочења сведока.

¹⁾ У овом смислу: Др. Д. Аранђеловић, у своме реферату, *Споменица*, стр. 64.

²⁾ Др. Д. Аранђеловић, реферат, *Споменица*, стр. 64.

памћења и сећања, ту су сведоци још непоузданији: сведоци су, после закључења правног посла коме су присуствовали, доживљавали друге и нове догађаје и били под другим и новим утисцима који потискују, у њиховом памћењу, раније моменте и импресије тако да се, у времену сведочења, они могу не сећати добро и прецизно свих детаља закључења правног посла. Напротив, исправа је један сведок који, после свршеног правног посла, није више доживљавао догађаје нити је био под новим и другим утисцима: исправа је један, у *погледу идејном*, много способнији сведок од човека, сведок који не заборавља ништа, сведок који памти све појединости, јер су их странке ставиле у њега т.ј. у исправу. Исправа је, такође, много сигурнији сведок и у *еџичком погледу*, — јер ми смо до сада претпостављали да имамо за сведоке исправне и савесне људе —: исправа је један чисто *објективан сведок*, без икаквих субјективних момената који су могући код сведока-човека и који често доводе у јаку сумњу истинитост његове изјаве. Једном речи, исправа верно говори о ономе што је у њој, она није пристрастан сведок као што може бити човек-сведок: интересантан случај где је ствар супериорнија од човека, створење савршеније од свога творца. Може се рећи да је исправа један неми али баш зато најречитији сведок.¹⁾

¹⁾ И кодификатор нашега, Српскога, Грађанскога Законика од 11.—25. Марта, 1844. год., када је вредело правило о неограниченој допуштености сведока (в. у вези са овим § 542. као и §§ 540. и 541. истога Законика), увиђао је ипак разлику између исправе и сведока, што показује не само та чињеница да се, и по томе Законику, извесни правни послови морају закључити у писменој форми (в., н. пр., § 145. о усвојењу, тач. VII. и VIII. Интаб. Уредбе од 19. Новембра, 1854. год., 36. VIII. стр. 29., и код §-а 326. Грађ. Зак., § 564. *in fine*), него и § 436. који је говорио о усменом тестаменту (укинутом Законом од 24. Маја, 1911. год., који је укинуо, такође, и алогографске тестаменте) и у чијем другом одељку је стајало: „Сведоци (т.ј. сведоци код усменог тестаментa) овакви не морају, али ће тек добро и мудро учинити, ако такву усмену последњу вољу на писмено ставе; јер они могу заборавити, а и умрети“. Дакле, Српски Законодавац, још 1844. год., правилно је схватио важност писмености и исправа: ова боље *памти* и *дуже живи* него човек. Што је, при свем том, Законодавац из год. 1844. усвојио и усмени тестамент, то се да објаснити, свакако, тиме што је тада још било сразмерно мало писмених људи а нарочито по селима.

Већ само то правило теорије слободнога судискога уверења по коме се и сведоцима може све доказати и да исправе нису потребне довољно показује инфериорност те теорије према оној која захтева да се, изнад извесне вредности, правни послови не могу доказивати сведоцима: колико је тек прва теорија, у сравњењу са овом другом, инфериорнија, када се у њој иде још даље, тако да се ни састављањем исправе — под претпоставком да су то странке учиниле мада по закону оне нису имале ту дужност (ми мислимо овде нанеформалне правне послове) — у самој ствари не постиже жељени циљ: а тај је да се добије сигуран доказ, јер се и исправа може оборити сведоцима. По теорији слободнога судскога уверења, нема, дакле, ни једног доказа сигурног, све је у рукама судије или, тачније, у рукама сведока: они су господари ваше имовине и ви немате законске могућности да је сачувате само ако се ко реши, уз припомоћ сведока, да вам је одузме. Да сведоци као доказ изостају иза исправе, то се види, чак и из оних законодавстава која дозвољавају употребу сведока *ad infinitum*, по томе што, и у тим законодавствима, има правних послова који *посиђоје* само тако ако су свршени у *посменој форми*. Законодавац то чини стога што, сматрајући те послове за врло важне, хоће да, том формом, скрене странкама пажњу на озбиљност посла.¹⁾ Ово значи да сведоци и њихово присуство не представљају овде, у очима законодавца, ону и онакву гаранцију коју даје исправа, јер иначе не би се дала разумети установа формалних правних послова. Не знамо како они који стављају на равну ногу исправе и сведоке објашњавају ово истицање, у *свима* законодавствима, исправе испред сведока код свечаних правних послова.

Истина, приврженици и браниоци слободне теорије и неограничене допуштености сведока у грађанским парницама истичу, као заштиту од опасности несавесних сведока, поверење које треба да имамо у судију који ће умети да запази таквога сведока и да га зато одбаци:

¹⁾ Др. Д. Аранђеловић, *Споменица*, стр. 63.

судија ће примити само сведока који говори истину. По овој доктрини, судија неће тако лако веровати сведоку него ће га подврћи једном таквом стручњачком испиту да се није бојати да ће један неисправан сведок моћи да обмане судију. По Г. Гољи, који се је у своје интересантном кореферату посебице задржао на овој службеној дужности суда да не прима без строге контроле сведочење сведока, судија би морао, скоро, да буде не само један исврстан психолог него и психиатар чак, можда, и психоаналитичар, морао би бити неки натчовек који би располагао духовним рентгеновим зрацима за продирање у душу сведокову те да тако дозна шта се тамо у самој ствари збива. На тај начин, не бисмо имали страховати од неистинитих сведока: они неће умаћи Argus-овом оку судином! Може бити да ће једнога дана људи па, дакле, и судије престати бити људи и постати надљуди, и ми бисмо то нарочито желили ради уваженога реда судискога који има да, суверено, по слободној законској теорији, решава о нашим најбитнијим интересима, али да ли ће и када нестати Човечанства и оно бити замењено Натчовечанством, то прелази нашу више него скромну снагу предвиђања. За сада морамо рачунати са човеком па, разуме се, и са судијом, онаквим какав је, а данашњи судија, па био он најбољи и најспособнији, није у стању да нас увек обезбеди од евентуалности несавесних сведочења. Још мање моћи ће он отклонити недостатке које и један у доброј вери сведок показује када се он упореди са сведочењем једне друге категорије сведока, сведока много објективнијих и обавештенијих, а то су исправе. Сва она исцрпна разлагања Г. Гоље само су једна занимљива дијалектика али нема те дијалектике која ће од судија направити нека виша бића како Г. Гоља представља себи и нама судије.

По следбеницима начела слободе судиске оцено, судија ће увек имати и *довољно времена* за студирање сведока, управо за њихово посматрање слично посматрању, у душевној болници, једног окривљеника од стране вештака - лекара. То би било могућно када би судија имао недељно на пр. само два три рочишта, тако да би се судија

појединим сведоцима могао, по потреби, забавити и читаве часове па, можда, и дане те да му открије и најскривеније мисли! Али, сваки који и најмање познаје судски рад и честу преоптерећеност судија зна да није тако: у суду се не ретко, због многобројности посла, и против жеље и воље самих судија, ради шаблонски и код овога питања имали бисмо овакве ситуације: судија би се уверио да је сведок пунолетан, умно здрав, да није био осуђиван и да није ни у каквом случају изузећа, и ствар би била свршена. Ви бисте изгубили парницу чак и ако, можда, имате исправу о своме праву па и влашћу потврђену, јер су сведоци били против вас. Чиме би судија могао да мотивише своје неверовање овим и оваквим сведоцима? Резултатима свога психолошкога испитивања које ће чинити може бити само један од сто судија, ако т.ј. и тај проценат судија буде био у стању, по времену и по својим метафизичко-медицинским способностима, да се одаје таквом студирању личности сведокова? То не чине, врло често, чак ни кривичне судије у погледу оптужених.

Истина, примењује се, од стране противника ограничења сведоцбе сведока, да, када се, у Кривичном Праву, допушта неограничена употреба сведока, тим пре то треба да буде тако у Приватном Праву, јер мање је зло неког лишити његовога приватнога права него одузети му част, слободу или и сам живот. По сведоцби сведока, може неко бити отеран и на вешала а не би се могао осудити да изгуби једну суму новаца изнад 200 динара! И овде ћемо навести једну француску сасвим умесну изреку: „Comptaison n'est pas raison“. У Кривичном Праву морало се и мора прибећи сведоцима зато што не постоји други излаз: ту није реч о приватно-правним пословима за које се могу начинити исправе¹⁾ него је реч о кривичном делу где ће, наравно, учинилац његов бити далеко и од помисли да, иза себе, остави писмене доказе о својој кривици.

Осим тога, ређе ће бити, несумњиво, да неко неистинито сведочи у једном кривичном спору нарочито где

¹⁾ У том смислу Др. Д. Аранђеловић, *Сиоменица*, стр. 67.

се тиче тешких казни као што су робија, заточење и смрт него да се прибаве сведоци који ће, н. пр., неистинито тврдити да је тужени узајмио неку суму новаца од тужиоца. Према томе, када је, у Приватном Праву, за разлику од Права Кривичнога, могућно доћи до истине и без употребе тако несигурнога доказнога средства као што су сведоци, а ово специјално вреди, као што смо видели, код приватно-правних односа који се заснивају правним пословима, онда зашто, и у Приватном Праву, задржавати један доказни систем који, и у самом Кривичном Праву где је он неизбежан, далеко је од тога да буде идеалан?¹⁾

Ми признајемо да и систем ограничене употребе сведока није савршен, јер се у њему може десити и дешава се да власник једног права ово изгуби само зато што је пропустио узети исправу о правном послу којим је то његово право створено, али није реч овде о томе да имамо један савршен систем: и правне установе, као и у опште све оно што је човеково, несавршене су, јер је и сам човек, као такав, несавршен. Када се тиче људских творевина, може бити говора само о томе да те творевине буду што је могућно мање несавршене. Сва култура, која је пошла од једнога *minus*-а, састоји се у томе да се тај минус скрати али никада Човечанство

¹⁾ В. у реферату Г. Аранђеловића шта о сведоцима као доказном средству мисле немачки правници: Mittermaier („Archiv für civilistische Praxis“, V. S. 99.) и Fraenkel, као и швајцарски аутор Dr A. Heusler (*Institutionen des deutschen Privatrechts*, Bd. I., S. 51): *Сиоменица*, стр. 70. и 60. Разлоге А. Ђорђевића за систем ограничења доказивања сведоцима в. у његовом делу овде наведеноме, II књига, стр. 99. и даље. В., тако исто, врло добра разлагања бранилаца овога система на Конгресу Југословенских Правника од год. 1925. а специјално Г.Г. Ђ. Несторовића и Д-ра А. Чубинскога, у *Сиоменици*, стр. 88. а 90. и 86. а 88.

Већ у Римском Праву доказ сведоцима није био сматран за сигуран: *Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur*, Cod. lib. IV., tit. 20 lex 20. [навод по М. Planiol-у, *op. cit.*, t. II., p. 376. № (1)]. Занимљиво је како се чувени ранији француски правник Loysel изражавао о сведоцима: „Il y a entre les proverbes ruraux, que fol est qui se met en enquete, car le plus souvent qui mieux abreuve mieux preuve (Institut. cout., liv. IV., tit. V., max. 1)“: навод по А. Colin-у et H. Capitant-у, *op. cit.*, t. II., p. 222.

неће успети да тога минуса т. ј. зла, као основе и подлоге овога света, сасвим нестане и да га замени само plus-ом, т. ј. добрим: ако и када Човечанство постигне то савршенство, оно ће ишчезнути, умрети, јер и оно, као и човек, постаће савршено само одласком у онај други свет. А несумњиво је да, када се по својој доказној снази и са гледишта правне сигурности исправе сравне са сведоцима, оне далеко стоје изнад ових последњих и да је стога систем ограничења сведоџбе сведока па, дакле, и ограничења свемоћи судије у грађанским спорovima мање несавршен од противнога система.

Следбеници неограничене употребе сведока позивају се, за одбрану овога система, и на то да, када ограничења сведочења нема у трговачким спорovima, зашто би га било у грађанским? Треба одговорити да, и у трговачким стварима, није допуштена употреба сведока без ограничења: тако, § 75. нашега Тргов. Законика, предвиђајући у опште и сведоке као доказно средство, додаје да се ово допушта тамо „где се законом писмени докази нарочито не изискују“. Код ових последњих трговачких послова, дакле, ако није исправа начињена, не могу се употребити сведоци, а, ако је она састављена, не може се против ње војевати сведоцима. Тамо, пак, где се законом исправа не тражи, сведоци се допуштају без ограничења из разлога *брзине* са којом се свршавају трговачки послови: један, дакле, општи интерес који не постоји и у грађанским спорovima објашњава нам зашто се, овде, дозвољавају, изузетно, сведоци и код правних послова преко две стотине динара.¹⁾

¹⁾ Питање је само, питање које се, видели смо, поставља и у Француском Праву, да ли се може, у трговачким пословима, ићи, сведоцима, против исправа (одн. помоћу њих доказивати изван садржине исправе), ако је трговачки посао такав да код њега закон не тражи исправу? Ми мислимо, с обзиром на текст §-а 75 Трг. Зак., да је правилније одговорити негативно: код изузетних наређења, као што је § 75. Трг. Зак. према §-у 242. Грађ. Суд. Пост., кадгод изузетни пропис није у нечему јасан, боље га је тумачити у корист опште нормe а по правилу: *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*. О доказима у Трг. Праву в. С. Радојичић, *Основи Трговачког Права*, 6. изд., Београд, 1926., стр. 112. и даље. Да приметимо да по § 98. новог Југ. Меничног Закона од 29. Новембра, 1928. год., изјаве на

Сведоци као главно доказно средство могли су се још разумети у раније доба када је писменост била неразвијена и када би, заиста, захтев, од стране законодавца, да се о правним пословима морају састављати исправе значао био једну врло озбиљну сметњу правном саобраћају и развоју. Разумљиво је, дакле, да је тада и у самој Француској сведоџба сведока била у опште допуштена и без икаквога ограничења па и против ретких и, тако да кажемо, неписмених исправа, што се изражавало правилом *témoins passent lettres*. Али, већ у

меници од стране неписмених лица дају се „рукознаком, овереним од суда, или јавног бележника на самој меници или алонжу.“ § 99. истогa Закона захтева оверење (од суда или јавног бележника) потписа слепих лица. „Ова оверења се чине, у Србији, код полициске власти која врши дужност судије за неспорна дела уколико је у питању потврда исправа“: Д-р. Милан Ф. Бартош, *Менични Закон и Чековни Закон са објашњењима из Закона о Таксима*, Београд, 1929., стр. 130. и 132., и Др. Драгутин Јанковић, *Коментар Меничног Закона и Закона о Чеку*, Београд, 1930., стр. 124. и 125. Напротив, Срп. Тргов. Законик, у §-у 92. задовољавао се био тиме да неписменог пријамника (акцептанта) потпише и ко други стим да то овере још два сведока. Дакле, ни нови Менични Закон не иде у прилог теорије о неограниченој допуштености сведока, а ова примедба вреди и за Закон о Чеку (од истогa дана и године као и Менични Закон): в. Др. М. Бартош, *op cit.*, стр. 190.

Наводи се, у корист слободне доказне теорије и неограничене употребе сведока, и установа изабраних судова код којих се примењује иста теорија. Међутим, најпре, бар што се тиче необавезнога (факултативнога) изабраног суда (§§ 433. Срп. и 672. Југ. Грађ. Суд. Пост.), он је, можемо рећи, једна врста поравнања (§§ 854., 863. Срп. Грађ. Зак., § 433. Срп. Грађ. Суд. Пост.): странке, уместо да се саме поравнају, умољавају лица у која имају поверења да то она учине т. ј. да их она поравнају, и онда се може, сасвим, схватити да изабране судије имају потпуну слободу оцењивања доказа и свога уверења. Али, ипак и ту се поставља питање о домаћају §-а 442. Срп. Грађ. Суд. Пост. који вели: „Избрани суд извиђа просто, пресуђује по здравом разуму...“: да ли се ово односи и на правила о доказном систему (§§ 242. и 263. Срп. Грађ. Суд. Пост.)? Ми смо, напред, говорили већ о истој ствари: тако, ако су та правила *ius cogens*, ако, дакле, она нису прописана само као заштита туженога, онда ни избрани суд, а, нарочито, обавезни избрани суд (§ 434. Срп. Грађ. Суд. Пост.), не би могао прећи преко њих, јер код *ius cogens*-а не може бити поравнања (§§ 13. и 538., 855., 856., 857. Срп. Грађ. Зак., § 433. Срп. Грађ. Суд. Пост.). В. § 13. први одељак Срп. Грађ. Суд. Пост. односно суђења у општинским судовима.

XVI. Веку, када се је писменост била раширила, место тога правила дошло је, у Француској, правило: *lettres passent témoins* т. ј. да исправе као доказно средство иду испред сведока, правило које и данас, као што смо видели, вреди у Француском Законодавству као и у многим другим Законодавствима.

Ставити сведоке на равну ногу са исправама па чак, по нахођењу суда, и изнад њих, то би значило потценити писменост и њен културни значај: тек писменошћу и штампом кренула је култура напред једним темпом дотле непознатим. Писменост је, најпре, дала нам могућности да се упознамо са прошлошћу, и у колико је историја учитељица живота, то имамо да захвалимо писмености: без писмености историја то не би била, јер не бисмо знали за њу или бисмо знали врло мало од ње. Када је Француз Шамполион (1790.—1832.) успео, за време Наполеона I., да разреши египатске хиероглифе, тада је бачена једна нова и тачнија светлост на догађаје о којима се говорило у њима. Нема сумње да усмени подаци т. ј. народне традиције нису ни из далека тако сигурне као подаци писмени а да и не говоримо о томе да народне традиције не залазе тако дубоко у прошлост као писмени документи. Затим, писменост је помогла и помаже ширењу идеја и уопште умнога богатства људскога. Исус Христос је казао: „На пали се свећа да се метне под сто него на сто“, што значи: идеје нису зато да се закопају него да се растуре у друштву и свету а то се најбоље и у највећим размерама да постићи писменошћу. Писменост има тако исто своју велику вредност и за Правосуђе, јер се, помоћу ње, спорови боље ислеђују и суде, као што у архивима судским имамо целокупну пословну историју једног суда. Ако су сведоци једнаки или и јачи од исправа, онда нашта писмено суђење и уопште писмени рад код власти? Судије би судиле само усмено, само усмено саопштавале своје одлуке, а када би се тицало тога да се зна да ли је какав спор био код суда и како је свршен, питала би се, као сведоци, лица која су била присутна суђењу, ако би била жива и ако би се могла наћи. Вра-

тили бисмо се у доба Францускога Краља Луја IX., Св. Луја (1215.—1270., владао од 1226.—1270.) који је судио под дрветом или судија Средњег Века који су, јашући на коњима, ишли од места до места и судили под ведрим небом. Вратили бисмо се, дакле, у једно доба још примитивније него оно када су наши кметови бележили у рабош плаћени порез, јер и рабош је једна врста исправе.¹⁾

Кореференти, Г. Г. Цуља и Гоља, позивају се и на тај аргуменат да, пошто је Аустр. Грађ. Суд. Поступак стао на становиште да се, и ту као у Крив. Суд. Поступку, има да истражује *материјална истина*, не може се онда усвојити легална доказна теорија па, дакле, ни ограничење сведоџбе сведока: да би судија дошао до материјалне, стварне, истине, он не сме бити ничим спутан у својој истрази нити у стицању свога уверења.

Аргумент који има исту махну као и онај основан на начелу слободнога судискога уверења и он је као и овај последњи само један *petitio principii*. У томе је баш питање да ли треба, и у приватно-правним процесима, усвојити, као у кривичним стварима, начело материјалне или бар, у основу, начело формалне истине, као што је то у Француском Праву и законодавствима њиме инспирисанима. Ми налазимо да је Аустр. Грађ. Суд. Пост., одвајајући се и овде од францускога система, поступио нелогично, с погледом на данашње индивидуалистичко-буржоаско уређење друштва: због тога и таковога уређења и постоји разлика између Кривичнога и Приватнога Права. Кривично Право је Право принудно (*ius cogens vel imperativum*) и ту је воља појединаца потчињена сувереној државној вољи. Отуда, н.пр., ако у једној кривичној парници, окривљеник призна да је учинио дело, само то признање још није доказ нити би суд могао окривљеника само по њему осудити: суд мора извидети да ли то признање одговара материјалној истини и тек онда га, евентуално, осудити. Ако суд нађе да није

¹⁾ В. §§ 25. и 26. Срп. Грађ. Поступка, чл. 1933. Франц. Грађ. Зак. код (A. et E. Carpentier, *Code civil*, p. 386., и њихов *Répertoire général alphabétique du Droit français*, „Boulangier, tailles“).

тако, он мора окривљенога ослободити и поред његовог признања, јер нико не може бити кривично осуђен, ако није крив па ма он хтео да ипак буде осуђен. У Приватном Праву начело је, у основи, *iuris dispositivum* т. ј. ту постоји аутономија воље појединаца који могу како хоће уређивати своје приватно-правне односе. Власник једног приватног права може њим слободно располагати: може га отуђити за накнаду или без накнаде (поклонити га), може га се одрећи односно одбацити: држава се ту не меша нити испитује зашто то он чини.¹⁾ Отуда, када један парничар у грађанском спору призна тражење противне стране, суд има то само да констатује, не улазећи у истраживање да ли је заиста тако т. ј. да ли заиста постоји, у корист друге странке, право које јој је признао њен противник: баш да то право и не постоји, суд у то нема да се упушта, јер би, у једном таквом случају, признање парничара значило да он поклања дотичну своју имовинску корист другом парничару а то је његово право. Или, по оном правилу које нам долази још из Римског Права: *Pater est is quem nuptiae demonstrant*, ако муж који зна да једно дете рођено од његове жене није његово неће да се детета одрече, утврђујући парницом ту чињеницу, него га признаје за своје, суд ту не може улазити у истраживање истине и, против воље мужа, огласити дете за ванбрачно (в. овде § 114. Срп. Грађ. Зак.).²⁾ Исто то вреди и за §§. 113. и 128. Срп. Грађ. Зак. (о детету рођеном пре истека 180. дана по венчању). И, уопште, код претпоставака *iuris tantum*, т. ј. које вреде док их противна страна не обори, суд није овлашћен истраживати материалну истину већ има узети да претпоставка одговара стварности, мада, можда, у конкретном случају није тако, пошто претпоставка са-

¹⁾ В. § 13. Срп. Грађ. Зак.; L. Josserand, *op. cit.*, t. I., 2. édition, p. 88 et suiv.

²⁾ У овоме смислу једна сасвим правилна пресуда Државног Савета, од 23. Марта, 1933. год., Бр. 9619. (саопштио и прокоментаришао Г. Ананије В. Илић, у „Архиву за Правне и Друштвене Науке“ Београд, Бр. од 25. Септембра, 1933 год.). Иста одлука саопштена је (опет од стране Г. А. Илића) и у „Правном Зборнику“, мјесечном правном часопису, Бр. Август—Септембар 1933., Подгорица.

држи у себи само оно *quod plerumque fit*.¹⁾ Међутим, код претпоставака *iuris et de iure*, ту уопште није допуштен противдоказ, без обзира на то да ли баш, у датом случају, претпоставка одговара или не материалној истини.²⁾

Овде ћемо додати још један врло интересантан аргумент на који је био добар скренути нам пажњу млади и истакнути адвокат београдски, Г. Др. Видан О. Благојевић. Тиче се правила Грађ. Суд. Пост. о релативности пресуде (*res inter alios iudicata aliis nec nocet nec prodest*) т. ј. правила по коме пресуда судска има дејства само између парничара (*inter partes*)³⁾ а не и према трећим лицима (*erga omnes*), за разлику од пресуда донесених по Кривичном Судском Поступку које, у колико се тиче њихове кривичне стране, имају апсолутно дејство: како се може измирити са тим правилом Грађ. Суд. Поступка начело да се материална истина истражује и у приватно-правним споровима? Ако би се, по истом предмету и по истом основу, повео спор међу другим парничарима, суд би у том другом спору могао донети друкчију пресуду: н. пр., по првој пресуди, спорна ствар је досуђена *Primus*-у као његова а по другој *Secundus*-у опет као његова својина. Како би то било могућно, ако би, заиста, грађанској парници као и кривичној био предмет материална истина?⁴⁾ Према томе,

¹⁾ В. н. пр. § 899. Срп. Грађ. Зак.; § 366. новог Грађ. Суд. Пост.; § 179. Срп. Грађ. Суд. Пост.; А. Ђорђевић, *op. cit.*, II Књ., стр. 14.; Др. Д. Аранђеловић, *op. cit.*, Књ. II., стр. 52 и 53.

²⁾ Др. Д. Аранђеловић, *op. cit.*, Друга књига, стр. 53.

³⁾ Када ће бити ствари осуђене и пресуђене (*res iudicata*), у коме случају не може бити примене правила: *res inter alios iudicata aliis nec nocet nec prodest* него ће се, напротив, моћи истаћи *exceptio non bis in idem* или *exceptio rei iudicatae* (l'autorité de la chose jugée), в. А. Ђорђевић, *op. cit.*, I књ., стр. 141 и даље; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, t. II. 3. édition, Paris, 1888, p. 897 et suiv.; L. Josserand, *op. cit.*, II., p. 120. et suiv.; као и § 109. тач. 1. Срп. Грађ. Суд. Пост.; Др. Д. Аранђеловић, *op. cit.*, II. књига, стр. 154. и 157.

⁴⁾ Наводи се такође у прилог система неограничене дозволе сведока и то да је и кажњивост дела кривоклества (§§ 144. à 148. Крив. Зак.) једна заштита против евентуалних злоупотреба овога доказног система. Међутим, кривоклество долази међу она кривична дела код којих се најтеже утврђује и доказује одговорност оптуженог. Затим,

нелогично је и противно садашњем друштвеном уређењу буржоаских држава, које уређење почива на установи приватних права и аутономији појединаца у области тих права, унети и у Грађ. Суд. Поступак начело материалне истине у колико би се исто начело косило са тим установама: начело материалне истине у Грађ. Суд. Поступку значи, ту, негирање установа приватног права и аутономије воље појединаца у приватно-правним односима, оно што чини колективистички одн. комунистички систем друштвене организације. Аустр. Грађ. Суд. Поступак, у колико је реч о начелу материалне истине у том и таквом обиму, није у самој ствари закон који одговара

и у оном случају када се ово постигне, често то неће бити ни од какве користи за парничара који је осуђен на основу изјаве таквих сведока, ако су ови, сведоци, као и парничар који се је користио њиховим исказом, постали у међувремену презадужени (инсолвентни). То би се, међутим, било избегло да у опште није дошло до саслушавања сведока, као што би било у противном доказном систему.

Г. Др. В. Благојевић, у своме саставу који нам је упутио под 14. Октобром, 1933. год. и из кога смо узели горњи разлог против твђења да се и у грађанским споровима истражује материална истина, овако се изражава о начелу слободног судиског уверења: „С друге стране, судија који има сталност са оволиком огромном влашћу, тежи деспотизму. Свака власт, ако није разумно ограничена, води деспотизму. Не може се приговорити судији, који је најзад човек као и сви ми остали смртни, што тежи да своју власт слободне оцене доказа прошири и повећа широким тумачењем закона. А против сталног деспотског судије нема никаквих санкција: оставити га суду његове савести само, није довољно, јер баш то, што злоупотребљава власт у деспотске сврхе, доказ је да није у складу са својом савешћу, односно, да његова савест не личи на савест нас осталих смртних људи“. А о начелу неограничене употребе сведока, каже Г. Благојевић: „Кад се свему томе дода да „Упски кајиш“ неће бити редак после Великог рата који је учинио пустош у савестима, поштењу и карактерима, мислимо да нећемо погрешити ако навестимо, да ћемо се горко кајати, што напустисмо § 242. грађ. суд. поступка (србијанског) да прихватимо слободно судиско уверење, које неће бити ни слободно, ни судиско, ни уверење, већ израз човека — судије, који за своју пресуду ником не одговара до својој — савести. А да ли је то довољно и да ли тако треба схватити власт судије, одговорили су нам сви они културни народи који имају систем француског процесног права и код којих правосудје функционише на опште задовољство и судија и парничар. Тај је систем у Србији дао одличне резултате, јер је на њему назидана зграда Југословенског Пијемонта. А све оно што нам долази и што нам је дошло из бив. Аустро-Угарске не мора бити добро.“ Др. Видан О. Благојевић, адв.

буржоаском систему, и ако је, разуме се, и Аустрија била једна буржоаска држава. Необјашњиво је како је аустриски законодавац могао учинити једну овакву основну грешку.

Приметићемо још да се ни у самом Кривичном Праву не истражује увек материална истина. Тако, најпре, има таквих кривичних дела која се гоне и казне само на приватну тужбу,¹⁾ као што је, н. пр., превара из §-а 338., утаја из §-а 318., крађе из 2. и 3. одељка §-а 320. Крив. Зак., увреда и клевета, многа дела из сексуалних односа: дакле, у свима тима случајима, држава се понаша као да не постоји никаква радња, само ако нема приватне тужбе.²⁾ Затим, код кривице клевете, учињене путем штампе, није допуштено доказивање истинитости изнесених чињеница, ако се оне односе „на породични живот или морал чланова у породици“: чл. 61. 2^о Зак. о Штампима од 6. Августа, 1925. год. (са Изменама и Допунама од 6. Јануара, 1929. год.)³⁾: дакле, ни овде, и ако смо у области Кривичног Права, не улази се у истраживање материалне истине.

Једном речи, свуда тамо где законодавац (Држава) налази да не треба да интервенише т. ј. где он оставља појединцима уређивање њихових односа, не може се гово-

¹⁾ В. овде: Др. Б. Марковић, *оп. cit.*, стр. 165. и даље, и Др. Мих. Чубински, *Научни и практични коментар Законика о Судском кривичном поступку*, стр. 145. и даље.

²⁾ §§ 2., 6. и 41. Крив. Суд. Пост., § 85. Крив. Зак.

³⁾ Исто је тако и код клевета које нису учињене путем штампе: в. § 313. 3. Крив. Зак. § 312., 1. и 2. истога Законика предвиђа друга два случаја где „доказивање истинитости није допуштено“: в. овде Др. Мих. Чубински, *Научни и Практични Коментар Кривичног Законика*, стр. 472. и 474. В. још и: Др. Лав Хенигсберг, судија Стола Седморице у Загребу, *Коментар Штампарског Права*, Београд, 1933. год., стр. 115. а 117. Да напоменемо овом приликом да израз: „штампарско право“ није овде најадекватнији, јер би он могао изазвати идеју о праву штампара као људи тога занимања (професији) а по Закону о Радњама од 5. Новембра, 1931. год. Французи употребљују израз: „droit de presse“ (В. М. G. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, Tome premier, Paris, 1884.), а Немци: „Presserecht“ т. ј. „Право штампе“, мада и овај последњи термин није много добар. (Г. Др. Станко Франк, проф. Универзитета у Загребу, дао је своме ко-

рити о материјалној истини. Или, ако се хоће, ту је материјална истина оно што желе сами појединци, у тој сфери *њихова воља* је релевантна, она је ту истина а не елементарни (физички) закони.

Међутим, морамо одмах додати да је ипак тврђење Г. Гоље да Аустриски Грађански Судски Поступак почива на начелу материјалне истине нетачно у колико је оно учињено тако радикално и без икакве резерве, јер и Аустр. Грађ. Суд. Поступак признаје и примењује делимично принцип формалне истине. Тако, што се тиче судскога признања, суд је дужан да га прими као потпун доказ (§ 362. новог Грађ. Суд. Поступка) и нема власт да га одбацује, па ма био уверен да оно не одговара материјалној истини: суд се мора код признања, вели Г. Др. Д. Аранђеловић, задовољити формалном истином.¹⁾ Затим, код јавних исправа, има изјава, у њима садржаних, које се не могу обарати ни сведоцима ни са слушањем странака под заклетвом (§ 472. новог Грађ. Суд. Пост.), а то су, наиме, изјаве саме власти као и њене наредбе²⁾: дакле, и овде се не примењује начело материјалне него формалне истине. Такође, и по Аустр. Грађ. Суд. Поступку, не истражује се материјална истина

ментару закона о штампи наслов: *Основи Закона о Штампи*, Загреб, 1927.). Одмах додајемо да је израз: „штампарска кривица“ био код нас у употреби и пре него је Г. Хенигсберг издао своју књигу. Па и сам Закон о Штампи има исти термин (т.ј. придев „штампарски, -а, -о), поименце у заглављу чл. 65. а 72.: „3. Чисто штампарске природе“ (т.ј.: чисто штампарске кривице). Правилније је рећи: „кривице путем штампе“, чиме се обично служи Закон о Штампи као и пређучувени професор Кривичнога Права на Беогр. Великој Школи, Гргур Миловановић, *О слободној штампи уопште*, Београд, 1901, али то је опет један дугачак израз.

¹⁾ Др. Д. Аранђеловић, *Грађанско Процесно Право*, II књига, Београд, 1933. год., стр. 48.

²⁾ Др. Д. Аранђеловић, *op. cit.*, књ. II., стр. 75.

Разуме се да не бити друкчије, ако је случај прављења лажне јавне исправе, пошто се свако кривично дело па, дакле, и ово може доказивати свима доказним средствима, као што смо то већ напред казали. Али, странка не може оборити једну изјаву власти, не тврдећи, у исти мах, да има фалсификата (странка, н. пр., само каже: како је случајно власт погрешно учинила дотичну изјаву и хоће да је, у грађанском спору, обара сведоцима).

ни код претпоставака (*praesumptiones*) било *iuris tantum*, када их противна страна не обеснажава, а код претпоставака *iuris et de iure*, уопште, као што смо већ видели, противдокази нису допуштени.

Ово показује, у исти мах, да Аустр. Грађ. Суд. Поступак није доследан, код система доказа: он, поред начела материјалне истине, примењује и начело формалне истине; делимично, у томе Законику, Аустриски Законодавац стоји на становишту Франц. Грађ. Суд. Поступка који одваја грађанску процедуру од кривичне, док, с друге стране, изравнава оба судска поступка, и грађански и кривични поступак. Аустриски Законодавац као да није био на чисто са природом приватно-правнога спора те отуда, свакако, и она извесна неодређеност у нормама о доказним средствима и о слободном судском уверењу.

Најзад, и са гледишта самога начела материјалне истине, бољи је овде француски систем: пошто су, као што смо већ казали, сведоци врло несавршено доказно

Овде ћемо донети у целини и овај интересантан чланак који смо добили од Г. Алексе Матановића, члана Државнога Савета а раније угледнога јавнога правозаступника у Црној Гори. Г. Матановић је и познати наш правни писац.

„Чл. 88 Г. С. П. Црне Горе наређује да „суд има с обзиром на резултате цијеле расправе расудити да ли је нека чињеница истинита или не. Суд није везан за законска доказна правила осим у случајевима које овај закон наређује (чл. 99, 83) ...“

„Случајеви ти за које законодавац чини изузетак су: јавне исправе (чл. 99) и записник усмене расправе (чл. 83).

„Доказна средства су:

„Исправе, сведоци, вјештаци, прегледање ствари и заклетва (чл. 92, 106, 121, 129 и 132) и чл. 132 Г. С. П. наређује „ако се која чињеница не би другим доказним средствима могла утврдити суд може на предлог парничне странке допустити доказ заклетвом парничара“.

„Као што се види чл. 88 Г. С. П. Црне Горе разликује се од прописа § 272 Г. С. П. Аустрије, који одређује „ако у овом закону није што друго наређено“.

„Разликује се и чл. 132 Г. С. П. Црне Горе од прописа § 371 Г. С. П. Аустрије, који наређује „Ово доказивање (са слушавањем странака) може се наредити по предлогу или по службеној дужности“. У аустријском, дакле, и по службеној дужности.

„Дакле, види се, да, и ако је законодавац Црне Горе у Г. С. П. усвојио начело слободног судског убеђења ипак је оно на друго чиње-

средство, док су исправе ту знатно сигурније, несумњиво је да ћемо бити много ближе и самој материјалној истини, када узмемо да извесна чињеница стоји односно не стоји,

нично стање постављено него ли је то случај у аустријском Г. С. П. а то је врло важно и одлучно при примјењивању закона у судском поступку.

„Овди ћемо само ради објашњења истаћи постанак и развој доказивања у грађанском поступку, од доба неписаног законодавства Црне Горе па до данас када се примењује један нови закон о грађ. суд. поступку, донесен крајем 1905 године.

„Најстарије доба живота Црне Горе у грађанским споровима познаје као средство доказивања поглавито и главно заклетву парничне странке.

„То је било у складу са патријархалним схватањем заклетве Црногораца коју су Црногорци сматрали као акт свечаног декларирања пред Богом самим, откуда је и утврђен стални обичај да се заклетва врши у цркви и пред свештеником.

„Доцнија периода развијенијег друштвеног живота познаје као средство доказивања стално исказивање сведока, а тек у непостојању сведока, заклетву парничне странке.

„И то доба судовања прекинуло је 1905 г. доношење законика о грађ. суд. поступку коме је основ био исти закон за Босну и Херцеговину.

„Код непостојања или врло ријетког постојања писмених исправа (слаба писменост у народу) као доказног средства а код сталног постојања доказивања свједоцима и заклетвом парничара чију је важност имао судија да оцењује, законодавцу је и врло просто и врло лако било узаконити принцип слободног судског убјеђења и оцјене доказа.

„Он је ово на врло једноставан начин и извео. Наиме: просто је примио из босанско-херцеговачког З. о Г. С. П. одредбе о доказним средствима, без испитивања, без дубљих студија, без учешћа нити ширег круга људи од закона нити пак народних људи који су правду изрицали. За разлику н.пр. од општег имовинског законика, који је Богишић, у извјесним одредбама, донио баш уз учешће и људи од закона и ширих народних маса.

„Поглавито није водио рачуна и о томе какве ће практичне примјене имати и тај Закон и теорија доказна унесена у њега.

„Напросто, требало је донијети један Закон.

„Нашао се један круг реномираних правника не — Црногораца него људи са подручја Аустрије, и у оној и онаквој средини правној каква је била Ц. Гора прије три деценије врло га је лако било, да се изразимо, наметнути.

„И зато је тај модерни закон за дуго времена судском праксом дотадашњом или боље рећи *непраксом* заустављен те није ни ступио на снагу и ако је био позитивни закон.

„Ту исту судбину трпио је и начин доказивања и слободно судијско убјеђење.

служећи се доказном теоријом која ограничава употребу сведока него противном теоријом.

„Отуда се и дошло до једног стања у судској пракси у којему је стално и увијек примјењивано, као стални начин доказивања, доказивање свједоцима и заклетвом парничара.

„Али увијек на начин, што је врло важно, да судови никада нијесу слободно судско убјеђење имали и против свједочења свједока саслушаних или заклетве парничара. Јер је увијек суд везан био да вјерује исказу свједока или заклетви парничара (а кад је писмено било, писмено је било доказ коначан).

„Ми истичемо да је чак до најновијих дана суд и сам *ex officio* увијек давао заклетву парничару и њоме решавао спор (природно кад других доказа није било) и ако је закон познавао само заклетву парничара „на предлог парничне странке“ (чл. 132).

„Дакле није практично било проведено апсолутно слободно судско убјеђење како је у закону одређено.

„Судови тек у новим саставима од младих правника потрудили су се да у пракси новијег доба прибаве важност прописима Законика о Г. С. П. и прибавили су је; али још увијек и дан дањи у Ц. Гори пракса судова иста је при доказивању.

„И данас као и у новијем добу и ако је врло тешко за све правне послове тражити писмену форму; ипак се опазило да се, нарочито у новом модернијем животу Црногорца осјећала и да се данас осјећа врло велика тешкоћа при доказном систему онаквом каква он постоји у Ц. Гори.

„И судије и адвокати (и код оног и онаког слободног судског увјерења, како га истакосмо) знају свакодневно какве се муке муче у утврђивању истине без писмених исправа нарочито у једној највећој области права, Задружном праву, гдје су свакодневни случајеви, које смо у нашем напису „Дуговинске обавезе у кућној Заједници“ у Архиву за правне науке још 1927 изнијели.

Пустимо тај напис да говори.

„Један од најтежих случајева, који убија кредит и доводи свакодневно до изигравања очигледног дуговинских обавеза јесте доказивање о постојању Куће. Тужени приговара да је одијељен у моменту постанка дуга. И пошто се за диобу, по несрећи, не тражи ни да буде писмено сачињена (довољно је да буде и усмена, у којем је случају дозвољено доказивати и свједоцима што по грађ. суд. поступку могу бити и саме странке) то је стални и редовни случај; да сваки дужник може да докаже да је у доба постанка дуга био одијељен јер то му је просто и лако доказати.

„Редован је случај да тако дужници свакодневно изигравају своје обавезе. Судије и људи од права свакодневно наилазе на ове случајеве, савјест се буну али помоћи нема јер такав је Закон. То је потпуно убило кредит Ц. Горе и у општем је интересу друштва да се пуштем Закона онемогуће ти случајеви.

„Ни једне ријечи немамо ни да одузмемо ни да додамо ономе што смо напријед рекли.“

Алекса К. Матановић
Члан Државног Савета

Једно само, од тврђења приврженика аустриске доказне теорије, можемо примити без дискусије а то је да тај систем није довео, како они кажу, у пракси ни до каквих штетних резултата те да га зато не треба мењати. Разуме се да смо истога мишљења и у колико је реч и о покрајинама наше Државе у којима је исти систем био и још је у употреби: нека, дакле, тај систем и даље буде тамо одржан. Али тако исто ни српски доказни систем није довео ни до каквих рђавих последица код нас. Шта више, ми, Срби, имамо овде двоструко искуство: искуство са оба система. Јер, наше Законодавство најпре је било допуштало, вероватно услед недовољно развијене писмености у народу, неограничену употребу сведока, али није требало много времена па да се покажу сви недостаци и опасности тога система. Треба само прочитати, у збирци: „Наша Нахија“ коју је издало, 1926. год., Удружење Ваљеваца и Ваљевки у Београду, састав Г. Дра Драгутина Јанковића, хонорарнога професора Права на Београдском Универзитету и данашњег председника Адвокатске Коморе у Београду, под насловом: „Како је постао § 242 Грађанског Судског Поступка — Историја једног ваљевског догађаја“. У томе саставу, на основу веома прецизнога сећања старог и познатог Убљанина, Г. Живка Благојевића, Г. Јанковић је изнео живо и сликовито језиве случајеве и злоупотребе који су се дешавали, под режимом неограничене употребе сведока у грађанским споровима, у Округу Ваљевском а посебице описао је једну чувену и сада историску парницу пред Ваљевским Окружним Судом у којој је, за речена дела, осуђен чак и један адвокат. Г. Јанковић показује, у исто време, како та парница стоји шта више у вези и са убиством Кнеза Михаила, 29. Маја, 1868. год. Не треба се, дакле, ни најмање чудити зашто ми Срби из Србије толико страхујемо од једног законодавства које је, такође, било један од узрока погибије једног нашег владара. То је, разуме се, морало побудити Српскога Законодавца да напусти дотадашњи не само штетни него и опасни доказни систем и заведе, у Грађ. Суд. Поступку од 1865. год., други који

онемогућава сличне злоупотребе.¹⁾ Скоро је седамдесет година како функционише у Србији систем огрницења доказивања сведоцима без икаквих неприлика ни за власт ни за појединце — обрнути систем, пак, онај Аустрискога Грађ. Суд. Поступка, на снази је тек од 35 година на овамо — и ми не видимо разлога да се добре стране и добри резултати нашега система, данас када је писменост код нас много развијенија, наравно, него пре седамдесет година, доводе у питање увођењем једног система са којим смо ми у Србији, као што смо казали, имали већ једно врло рђаво искуство. И ово треба да буде тако тим пре што је, у Србији, 1911. године ишчезао и последњи траг старог доказнога система, систем неограничене дозволе сведока: до Закона од 24. Маја, те, 1911., године, постојао је код нас, осим писменог тестаментa (кодицила, уговора о наслеђивању), и тестамент алографски као и тестамент усмени где се *постојање* тестаментa доказивало самим сведоцима. (Ту смо имали, једновременно, и *форму* и *доказ* правнога посла, што налазимо, у осталом, и код других свечаних правних послова). Злоупотребе са тим тестаментима биле су толике и такве да је Српски Законодавац био принуђен да ту врсту тестаментa сасвим укине, остављајући само писмени тестамент (приватни и јавни). Једино још повлашћени (привилеговани) тестамент може бити усмен (§ 447. Грађ. Зак.).²⁾ И ова Измена и Допуна

¹⁾ Грађ. Суд. Поступак од 21. Октобра, 1853. год. био је задржао, из пројеката Држ. Савета од год. 1848., §§-е 412., 413. и 479. „који су установљавали потпуну доказну вредност сведока како усмену, тако и писмену, по облигацијама и другим писменим исправама издатим од неписменог дужника. — Те одредбе и то начело задржао је и Кнез Милош, у свом законском поступку од 12. Фебруара 1860. године, а у чл. 135 и 159“ : Др. Д. Јанковић, *оп. cit.*, стр. 60. Прво је сума изнад које нису били допуштени сведоци (Грађ. Суд. Пост. од 1865. год.) износила 250 гроша пореских (50 дин.) па је доцније, Законом (Измене и Допуне) од 8. Марта, 1881. год., подигнута на 200 динара. Истим Законом унесене су дословце Грађ. Суд. Пост. одредбе чл. 1341. а 1348. Франц. Грађ. Зак.

²⁾ Па и ту тестатор је дужан, када протеку три месеца од минуле опасности а он је још у животу, да свој усмени тестамент замени писменим (§ 447. *in fine* Грађ. Зак.; в. и § 448. а. истога Законика).

показује са каквим је неповерењем Српски Законодавац гледао још и 1911. године на доказ сведоцима и било би, збиља, противно свакој логици да се данас заводи, и у Србији, систем неограничене употребе сведока не само код правних послова *mortis causa* него и код правних послова *inter vivos* где је, код нас, тај систем давно укинут.

Ми, разуме се, ни најмање немамо претензију да наш систем намећемо бившим аустро-угарским провинцијама: оне нека остану овде при свом законодавству, када су њиме задовољне али нека и те покрајине поступе на исти начин према нама и нас, такође, оставе са нашим системом који се опробао као сасвим користан. Мада — нека нам се дозволи ова напомена, можда, неоснована — ако аустриски доказни систем, како то истичу његови браниоци, није показао, у примени, рђавих резултата, то, може бити, долази и отуда што се појединци, у приватно-правним односима, не ослањају сувише на тај систем ни тамо где он влада него у свима важнијим и крупнијим пословима својим састављају ипак исправе и што судије не примају ни тамо тако лако сведоке против исправа. На тај начин, у животу, аустриски систем долази мање до примене него систем француски тако да се, у самој ствари, и аустриски систем одржава француским системом и, ако би било овако, ми не видимо зашто се систем француски, односно српски, не би, отворено, проширио и на остале покрајине у нашој Држави. Уосталом, ако неограничена допуштеност сведока није, како се тврди, била, до сада, тамо штетна, не знамо да ли је и данас тако, после Великога Рата, тога свеопштега великога поремећаја, да ли, специјално, данашње слабљење религиозности, која је, поред државне санкције, такође једна врло ефикасна синкција закона, говори баш у прилог одржања једног доказног система који нас, и у Приватном Праву, оставља на милост и немилост сведока.

Истина, може се рећи да ово што ми предлагемо задржава потпуно изједначење Грађанскога Процеснога Права у нашој Држави. На ово треба одговорити да

изједначење законодавства није само себи сврха: ако би тако било, онда би се то изједначење врло лако постигло, просто би се наши, српски, закони односно аустриски или мађарски (војвођански) проширили на целу територију државну и тиме би овај посао био свршен. Али, изједначењу није то циљ или бар не једини циљ: осим циљева национално-политичких, њему је циљ и то — чак то му треба да буде главни циљ — да се добије, у свима покрајинама, у интересу правне сигурности и правног напретка што боље законодавство. Али, ако се, у неком правном домену, овај последњи циљ не само не би, изједначењем, постигао него би се, у којој, нарочито већој, покрајини, дошло до правне несигурности и до штетних или и опасних појава, онда, у дотичној законодавној области и дотичној покрајини, треба одложити изједначење и сачекати да време и друштвено-правни развој омогуће унификацију и у тој правној покрајини. Ми у Србији хоћемо, и врло радо, да примимо аустро-угарске законе свуда тамо где ми оскудевамо у добрим законима или их немамо никако: то смо, у осталом, до сада и учинили у великој мери, и ова примедба се тиче и Аустр. Грађ. Суд. Поступка коме ми, и поред тога што, у знатној мери, не можемо да усвојимо његову доказну теорију, ни најмање не поричемо капиталну вредност.¹⁾ Аустро-Угарска је, и поред своје националне хетерогености и свога, у основи, федеративнога државнога уређења или, тачније, баш због таквога свога уређења, била једна културна држава и ми ценимо њено законодавство. Али, то би било сасвим погрешно да се, и тамо где ми имамо већ своје законодавство које одговара потпуно народном правном

¹⁾ А да већ аустриски правници имају за овај Законик једно мишљење које иде до ентузијазма, то се види, н. пр., из предговора Dr. Rudolf-a Pollak-a његовом познатом делу: *System des oesterreichischen Zivilprozessrechtes* (Wien, изд. од 1903. год.) „Аустријско цивилно процесно право, понос и дика аустриских правника у важности је ево већ пет година“ (навод по г. Др-у Д. Аранђеловићу, *Аустријски Грађански Судски Поступак*, превод: „Предговор“). Најновије издање R. Pollak-овога коментара Аустр. Грађ. Суд. Поступка је од год. 1930. (I. Teil) и 1931. (II. Teil), Wien.

схватању и његовим потребама, уносе други законски системи који могу да изазову правну и друштвену пертурбацију. И ово треба да буде тим мање што Србија није једна мала југословенска провинција него је она, у нашој Држави, највећа у том погледу: и по територији и по становништву, она износи скоре једну трећину целе Државе.

Ми сасвим признајемо сву вредност и културни значај рационалистичком методу рада у законодавству и јесмо један убеђен присталица тога метода, али тај метод је само један од чинилаца у стварању права: други је чинилац лагана правна еволуција у маси народној. То двоје, својом резултатом, јесте, управо, законодавац, суверен. Отуда, један претеран рационализам који, у развоју друштвеном, не би ништа или би врло мало остављао еволуцији могао би, дирајући, сувише и нагло, у националне индивидуализме, бити опасан по мир и, зато, културно штетан. Стога, у државама са разноврсним законодавством, као што су Швајцарска, Немачка, Северно-Америчке Републике, законодавно изједначење није још довршено и ако су то много старији државни организми него што је наша држава. Па и у Југославији мора, по потреби, бити тако: већ у Нацрту Југосл. Грађ. Законика постоји, између Србије и Црне Горе с једне и осталих делова наше Државе с друге стране, делимична неједнакост код интестатскога (законскога) наслеђивања у сеоским инокосним породицама а те неједнакости биће, због конфесионалнога брака у нашој Држави, и у Породичном Праву. Истина, Турска Република је одбацила, у Приватном Праву, Коран и Шериат и заменила их Швајцарским Грађанским Закоником, једна, ми мислимо, недопуштена мера рационализма, али, нити је Србија Турска нити су бивше аустро-угарске покрајине баш Швајцарска.

Комисија за израду једног нацрта општег југословенског Грађ. Суд. Поступка при Министарству Правде у којој су била два члана из Србије, Г. Г. Ђорђе Несторовић (као председник) и Д-р Драг. Аранђеловић, два члана из Хрватске, Г. Г. Д-р Хуго Верк, адв. из Загреба,

и Славољуб Сова, сада пензионисани председник Банскога (Апелационога) Суда у Загребу, и један члан из Словеначке, Г. Д-р А. Скумовић, ред. проф. Универзитета у Љубљани, била се је, наравно, поделила у овом питању: Г. Г. Несторовић и Аранђеловић предложили су, бар за Србију, српски доказни систем код правних послова (стим да се цифра до које може бити сведочења сведоцима подигне на 2000 динара), док су Г. Г. Хрвати и Словенци били за то да се аустриски доказни систем примени на целу Државу. Пок. Марко Ђуричић, припадник Србије, као Министар Правде, био је усвојио, 1925. год., гледиште Г. Г. Несторовића и Аранђеловића и препоручио да се, у том смислу, изради Нацрт новог Грађ. Суд. Поступка.¹⁾ Доцније, дошавши за Министра Правде, Г. Д-р М. Сршкић, који је раније, као јавни правозаступник у Сарајеву, радио по систему аустро-немачком, примио је, напротив, предлог Г. Г. Верка, Скумовића и Сове,²⁾ налазећи, свакако, да је исти систем бољи, и тадашњи Врховни Законодавни Савет (в. његов акат од 3. Јула, 1929., Бр. 222.) саставио је, по његовом налогу, на тој бази Нацрт Новог Грађ. Суд. Поступка који је 13. Јула, 1929., постао законом и он, као што смо у почетку ових предавања казали, ступа на снагу, у области Београдскога Апел. Суда, 1. Јануара, 1934. год.³⁾

¹⁾ В. акат Мин. Правде од 25. Јануара, 1925. год. Бр. 5451.

²⁾ В. акат Мин. Правде од 23. Априла 1929. год., Бр. 32482. В. и акат комисије Мин. Правде од 4. Фебруара, 1928. год. Бр. 7502, где се, од стране Г. Г. Несторовића и Аранђеловића, вели, између осталог, и то: „да би правни одношаји нарочито у правном подручју Београдскога Касационога Суда били доведени у велику опасност, ако би се допустило неограничено доказивање сведоцима.“

³⁾ Мотиве предлога Г. Г. Верка, Сове и Скумовића објавио је Г. Верк у својој књизи: *Teoretsko-Praktični Priručnik Jugoslovenskog Gradjanskog Parničnog Prava*. Prvi deo. *Gradjanski Parnični Postupak i Teoriji i Praksi*. Svezak prvi. Zagreb. 1932., str. 536. à 546. (Ту се налазе, такође, у опште мотиви Нацрта Југосл. Грађ. Суд. Поступка, Str. 520. à 535.). Да додамо, овде, да о новом Грађ. Суд. Поступку имамо и опсежно дело Фрање Горшића, *Коментар Грађанског Парничног Поступка са Уводним Законом*, у две књиге, Београд, 1933. Г. Горшић је написао и један опширан коментар о Закону о Извршењу и Обезбеђењу.

Ми сасвим разумемо да се, у бившим аустро-угарским провинцијама, задржи досадашњи доказни систем али што не бисмо могли да схватимо то је да се, не само поред свих теориских аргумената који у опште говоре у прилог француско-српскога доказнога система него и поред, не мање важних, посебних разлога који управо намећу тај систем на српској територији, оде још даље и аустриски доказни систем прошири и на прератну Србију.

Ми мислимо, дакле, да би, из свих оних разлога које смо до сада навели у том смислу, требало речени Законик, остављајући га иначе у целини на снази, у толико изменити да се српски доказни систем и даље задржи у Србији. Ми смо уверени да је то једна неминовна потреба за правилан и пробитачан правни развој у нашој Држави, а за овакву измену истога Законика има довољно времена до 1. Јануара идуће године. Напослетку, налазимо да је правично да и народни представници са територије Србије кажу своје мишљење по овоме питању толико и етички и материјално важно и за њих и за њихове бираче. А будућност ће, пак, показати који је, за нашу Државу, од та два система бољи и тада ће се моћи и у том погледу извршити изједначење нашега Грађанскога Процеснога Права.

ПОГОВОР.

Наша два предавања, на Коларчевом Народном Универзитету, о доказним системима у Грађ. Суд. Поступку била су удостојена пажње и интересовања од стране јавности, како дневне штампе тако и штампе повремене (часописа). Разуме се да су та пажња и интересовање дошли не због наше личности него због важности самога питања, која је важност постала и актуелном услед скорога ступања на снагу, у Северној Србији (подручје Београд. Апел. Суда), Општега, Југословенскога, Грађ. Суд. Поступка од 13. Јула, 1929. год. У листовима су узели удела како правници који су, као и ми, за француско-српски доказни систем у грађанским парницама, тако и правници који томе систему претпостављају систем аустриски усвојен у поменутоме Грађ. Суд. Поступку. Тако, н.пр., у прилог првога система изјаснио се је, у своме документованоме чланку у „Правосуђу“ (органу Удружења судија у нашој Држави), Г. Обрад Благојевић, један од најстаријих и најпризнатијих српских адвоката и почасни председник Адвокатске Коморе (број од Октобра, 1933. год.)¹⁾, а за други, противни, систем, познати и угледни хр-

¹⁾ Осим Г. Др-а Видана О. Благојевића, адв. из Београда, и Г. Алексе К. Матановића, члана Државнога Савета, чија мишљења, у смислу француско-српскога доказнога система, донели смо, напред, у примедбама, о истом питању и у истом смислу су се изјаснили још Г.Г. Свет. Павловић, судија (у броју од 28. Октобра о. г. „Правде“), Свет. М. Гребенац, адв. из Београда (бр. од 29. ист. мес. у „Малим Новинама“, Београд), Т. Марковић, инспектор Министарства Правде (у Октобарском броју „Правосуђа“). И Г. Др. Д. Аранђеловић је, како у своме чланку од 20. Октобра о. г. „Правде“ тако и у ономе од 2. Новембра о. г. истога листа, остао и даље приврженик српскога доказнога система, стим да би, по њему, Г. Аранђеловићу, требало

ватски правник, Г. Др. Хуго Верк, адвокат из Загреба, у четири броја београдске „Правде“ (бр. од 29. а 31. Октобра и од 1. Новембра 1933. год.) коме одмереност у тону није сметала да буде одлучан у своме мишљењу.¹⁾ Наравно, да овај јавни претрес може само допринети тежњи коју смо, у главном, имали, када смо држали своја предавања на Коларчевом Народном Универзитету, а то је да се, у једном питању које није само правно него и опште друштвено, дође што је могућно до бољег решења како са гледишта интереса целе наше Државе тако и са гледишта правне еволуције и правне свести народа у прератној Краљевини Србији. Несумњиво је да се, узимајући у вид начин постанка и састав наше Државе, мора, код законодавне унификације, водити рачуна једновременно и о општим интересима Државе као и о Праву појединих покрајина њених а нарочито њене највеће покрајине, Србије.

Разуме се да, у овом Поговору, немамо ни најмање намеру улазити у дискусију са својим опонентима, ту

прво опробати, и на територији Србије, аустриски доказни систем па, ако би проба испала неповољно, онда тек извршити потребну реформу, мишљење са којим се не можемо сложити, јер смо ми у Србији такву пробу већ чинили и она је дала такве резултате да се је, код нас, систем неограничене допуштености употребе сведока одбацио на један енергичан начин (1865. год.), а да је та законодавна промена била основана и корисна, показало се доцније и у пракси тако и толико да је, као што смо већ то напоменули и у својим предавањима, Српски Законодавац укинуо, 24. Маја, 1911. год., и усмене тестаменте (остао је само повлашћени усмени тестамент). Да приметимо да Г. Аранђеловић, у своме чланку у бр. од 2. Новембра о. г. „Правде“ вели (на крају): „А што се тиче питања доказа сведоцима, против чега су сви правници у Србији, а за које су сви правници ван Србије и т. д.“. Против аустриског система је и Г. Борислав Т. Благојевић, асистент Универзитета у своме саставу у „Архиву за Правне и Друштвене Науке“ бр. од 25. Новембра, 1933. год. под насловом: *Нека питања поводом ступања на снагу Грађанско-Парничког Поступка*. В. и чланак Г. Душана Б. Јовичића, *Слободна судијског уверења и независност одлука судијских*, у бр. од Августа и Октобра о. г. „Бранича“, написан независно од наших предавања на Коларчевом Универзитету и у коме Г. аутор, бавећи се специјално кривичним споровима, нема много симпатија за начело слободног судиског уверења.

¹⁾ У истом смислу и Г. проф. Dr. Srećko Zuglia, у бр. од 22. и 26. „Правде“: на његовом кореферату ми смо се већ задржали напред, у својим предавањима.

намеру нисмо имали ни када смо држали своја предавања, и ако смо предвиђали да ће та предавања изазвати, можда, одговоре на њих. Нама је било главно изнети своје мишљење (за шта је, налазимо, било потребно и штампати наша предавања те да се види тачно шта смо све и како у њима казали), а сада, када су се чула и мишљења противна, они слушаоци односно читаоци који се буду и даље интересовали овом темом имаће, мислимо, довољно података да би могли формулисати о њој своје сопствено гледиште. За објективно суђење о једном спорном питању потребно је, на првом месту, саслушати обе стране, што је у овом конкретном случају и испуњено. У осталом, ми смо, могли бисмо рећи, већ у напред, у бар основним стварима, одговорили на потоње писање бранилаца аустро-немачкога доказнога система, пошто се ми нисмо, у својим предавањима, ограничили само на излагање аргумената приврженика француско-српскога доказнога система него смо, уједно, изнели и разлоге противника тога система, чинећи им своје приговоре. Наравно, и једно и друго, у колико нам је то било могућно с обзиром на време којим смо у предавањима располагали, као што је то умесно приметио и Г. О. Благојевић у горе наведеноме своме чланку.

При свем том, ми не можемо пропустити да овде не подвучемо извесна тврђења, у саставима бранилаца аустро-немачке теорије, која, по нашем скромном мишљењу, представљају основне заблуде преко којих не смемо прећи. И тим мање што су речени браниоци објавили своја мишљења у дневној штампи коју прате и нестручњаци, а нестручњаци, зато што су то, примају, врло често, као несумњиво све оно што чују од стручњака, овде правника, тако да, ако ови заступају нетачна схватања, та схватања, чију ће погрешност стручњаци, по правилу, лако увидети, код лаика изазивају и одржавају погрешне појмове, што може да буде од штетних последица и за цело друштво, јер је нестручњака више него стручњака. Разуме се да ствар друкчије стоји када се стручна мишљења публикују у часописима приступнима, у главном, само специјалистима.

Основна разлика између поменутих доказних система у грађанским парницама, као што смо већ казали у својим предавањима, састоји се у неједнаком поступању са сведоцбom сведока и са исправама. И то неједнако поступање не долази отуда што би се у аустро-немачком систему порицала, у принципу, превага исправа према сведоцима: јер, како би се иначе схватила установа формалних (свечаних) правних послова — а на то смо већ и у својим предавањима скренули пажњу — установа која, наравно, постоји и у Аустро-Немачком Праву и по којој се извесни правни послови заснивају и постоје само ако су свршени у писменој форми? Ако Аустро-Немачко Законодавство, за разлику од Француско-Српскога Права, ставља, код неформалних правних послова, у крајњој анализи на равну ногу сведоке и исправе, то је отуда што је оно под сугестијом једне заблуде: да се судији мора у опште, па, дакле, и у грађанским парницама, признати потпуна слобода уверења када су у питању докази и њихова оцена, а те слободе не би било, ако би закон ограничавао допуштеност сведоцбе сведока.

Истина, као што је и Г. Верк приметио, и у самој слободној доказној теорији не даје се судији неограничена слобода убеђења. Најпре, већ сама чињеница да законодавац одређује врсту доказних средстава, што значи да судија не би могао ни смео своје уверење црпи из каквих других категорија доказа, као што би, н.пр., било бацање коцке, говори у том смислу. Затим, забрана да судија може стицати и стећи своје уверење и изван резултата ислеђења ограничава, чак и у самом Кривичном Праву, судјину слободу уверења: судија мора донети одлуку према томе резултату без обзира на његово евентуално друго уверење које би могао имати на основу чињеница изван оних утврђених истрагом одн. извијајем (н.пр. по личном и приватном сазнању судије). Али, када се апстрахују ова ограничења, онда, заиста, аустро-немачка доказна теорија тражи за судију потпуну слободу оценое доказа и потпуну слободу уверења, и зато, под реченом резервом, у тој теорији нема граница сведоцби сведока као доказном средству ни у Грађ. Суд. Поступку.

Изгледало би као да је то неко природно, урођено, *право* судије, да има слободно уверење и да се то његово право не сме окрњити, као неко свето право, карактер који су, по идеологији Школе Природнога Права, имала права садржана у Француској Изјави Права Човека и Грађанина (од год. 1789.). J. J. Rousseau, главни творац ове правне философије која и данас врши свој утицај на духове, каже у своме Друштвеном Уговору (*Le Contrat social*): *Les hommes naissent libres et égaux et nous les voyons partout dans les fers etc.*, т.ј. људи се рађају слободни и једнаки а ми их видимо свуда у оковима и т.д. (нашта Ђ. Faguet примећује: то би исто значило као када би се рекло: Овце се рађају да једу месо а оне пасу траву). По следбеницима аустро-немачкога доказнога система, судија би, у неку руку, долазио на свет са правом слободнога судискога уверења а ми видимо да је он, у неким законодавствима, у том погледу окован. Бар француски правници не би, изгледа, требали да поричу једно судиско природно право! Осим тога, речено је, од стране аустро-немачких правника и оних који су овде њиховога духовнога настројења (*geistige Verfassung*), да се сваком који исказује своје мишљење односно изриче одлуке мора признати слобода резоновања и уверења.

Међутим, овде се, најпре, погрешно изједначују две разне ствари и два разна реда особа. И, заиста, нама као појединцима сасвим припада право слободнога размишљања и убеђења, било то у Религији, Уметности, Философији, Науци, Политици, и ту нам се та и таква слобода може признавати без икаквога ризика по права, јавна и приватна, појединаца, јер ова права појединаца нису ни у колико тангирана том нашим слободом. Друкчије је, пак, са слободом судискога уверења која непосредно има дејства на наш живот (смртна казна), нашу слободу (затвор), нашу част (спорови због увреде и клевете, праве клевете или онога што се, у Француском Законодавству, зове *la diffamation*, чл. 61. 2^о. нашега Закона о Штампи и § 313. 3^о. Крив. Зак.), или част наше породице, на нашу имаовину. Ту није реч о уставној (индивидуалној) слободи уверења (чл. 11. У-

става од 3. Септембра, 1931. год.) него је ту реч о *гра-ницама власћи* једног јавног органа, судије, а када се тога тиче, онда, наравно, ту не може бити говора о неком природном и урођеном праву, јер нико се у држави не рађа са неким *правом на власћ*, без обзира на њену ширину и домашај, као што, осим тога, ни један носи-лац и вршилац јавне власти није у томе неограничен и неодговоран, а ово последње, што смо већ показали у својим предавањима, био би случај ако би се судији признала потпуна слобода у оцени доказа. Како би су-дија, понављамо и овде, могао одговорати за своје *сло-бодно уверење*? И када се тако питање своди на то: ко-лику и какву *власћ* да дамо судији, онда ту има само један критериум а то је овај: да ли је и у колико са-ветно, са гледишта гаранција права појединаца, да се судији, у оцењивању доказа, призна слобода уверења, све друго не долази, разуме се, у вид а најмање обзира права свакога човека на слободу уверења, која слобода нема никакве везе са овим предметом, јер овде, као што смо показали, није реч о *човеку* него о *судији* т. ј. о једном органу власти. И ако су исправе јаче и сигурније доказно сред-ство од сведока, а, по нама, то је, када се све узме у оцену, несумњиво, онда, да би се доказ сведоцима допуштао *ad infinitum* и неограничено, отпада потпуно разлог Аустро-Немачке Школе основан на некаквој принципиелној по-треби и користи неограничене слободе судискога уве-рења, слобода која не само да, ту, не би била потребна и корисна него би, и за појединце и за друштво, била директно штетна и опасна. Видели смо да, у Француској, извесни истакнути правници устају против слободе су-дискога уверења, онакве какву примењује аустро-немачки систем, и у самом Кривичном Праву.

Најзад, у аустро-немачком систему важно је једино *судиско слободне уверење*: само да се *оно* не ограничи и не окрњи, а што се тиче уверења *законодавца*, преко тога се, тамо, прелази. Када, у систему француском, законодавац узима н. пр. као утврђену чињеницу оно што је констатовано у исправи, он то чини зато што је *уверен* да ће то, у највећем броју конкретних случајева,

одговорати истини (а и кад судија суди по слободном убеђењу, и тада је, разуме се, реч да се, у највећем броју случајева, дође до истине: и судија не долази увек до ове) — јер *minima non curat praetor*. Међутим, то зако-нодавчево уверење, по аустро-немачкој теорији, не значи много: значајно је само слободно уверење судије, онога кога је законодавац створио као и његову слободу уве-рења! Недоследност која се, мислимо, може објаснити и *фикс-идејом*, идеја погрешна па и опасна (као, у осталом, и све фикс-идеје у њиховој претераности односно искључивости), да је неограничена слобода судискога уверења *conditio sine qua* поп правних гаранција.

Исто тако не игра никакву улогу овде ни аргуменат да би судија, у доказном систему противном систему аустро-немачком, био једна врста машине, аргуменат, говорећи у опште, више духовит него тачан и којим смо се ми бавили већ на једном другом месту¹⁾ где смо му, у колико је реч о Кривичном Праву, признали ипак из-весну вредност. Иначе је он, посебице у грађанским спо-ровима, ирелевантан. Јер, и у систему аустро-немачком, судија је, у приличној мери, машина. И, заиста, зар су-дија није то када примењује потпуне и јасне законске про-писе са којима се он, лично, не слаже (н. пр., он налази да су они, данас, неправични или несавремени), али *dura lex sed lex*? Зар судија није то исто када се, код нејасних и непот-пуних норама, мора да послужи оним интерпретационим правилима која је закон одредио, ако је одредио (као што је случај са аналогijом, н. пр. §§ 8. и 10. Срп., § 7. Аустр. Грађ. Зак., и са правилом *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*), и ако би он, можда, својим слободним резонавањем и уверењем дошао до других закључака? Зар судија није аутомат када, у грађанском спору, има просто да прими признање странке или да примени за-

¹⁾ У своме чланку: *L' Unification de la législation pénale dans le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes (Yougoslavie)*, extrait de la „Revue internationale de Droit pénal“, Paris, 1924. Исти чланак изи-шао је и на немачком, под насловом: *Unifizierung der Strafgesetz-gebung im Königreiche der Serben, Kroaten und Slovenen (Jugosla-vien)*, Sonderabdruck aus „Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Straf-rechtsreform“, Heidelberg, 1926.

конске необориве претпоставке односно и обориве, ако ове последње заинтересовани парничар не обеснавава? И т.д. И зар није машина извршна власт када извршује судске одлуке? Па када ова власт може бити, према судији, машина, зашто би судија имао ту претензију да не буде машина чак ни према законодавцу? И сам законодавац је у неколико машина када, доносећи законе, мора да се креће у оквиру уставних начела. И зар војник, прост и официр, није једна машина а тако исто и чиновник у државној администрацији? Зар ми сви, у Држави, нисмо, у знатној мери, машина када се управљамо према законима, и ако нам, можда, то није увек по вољи? Зар целокупно друштво није један механизам у коме појединци функционишу, мање више, као делови тога механизма, доприносећи општој сврси којој стреми друштво — идеја солидарности као прелаз ка хришћанском алтруизму? То је прави напредак и он се ни мало не слаже са индивидуалистичким тежњама а таква би била и теорија по коме би читав један ред друштвени, судиски ред, био, са својом слободом уверења, изван државнога механизма, једини независан и — по коме праву? По средњовековном праву рођења или по праву природном из XVIII. Века?

Ми смо овим хтели само да покажемо да аргуменат основан на идеји машинизма односно механизма није ни мало убедљив и да би, напротив, аутоматизам судије био само једна примена општега социалнога аутоматизма. Међутим, у самој ствари, није тачно да је, у француско-српском доказном систему, судија само и једино машина, јер и ту судија има прилично велику слободу кретања али не због њега, судије, и његове слободе уверења као неког његовог тобожњег права него због опште потребе и користи, као год што је ово последње разлог и установе ограничене употребе сведока где се опет сужава, у доказној процедури, индивидуална слобода судискога уверења.

И онај други аргуменат следбеника аустро-немачкога доказнога система по коме се не може ограничити допуштеност сведока ни у грађанским парницама зато

што би се, и у њима као и у кривичним споровима, истраживала материална истина, не мање је неоснован и у стању је да створи заблуду код нестручњака. Ми смо већ довољно, у својим предавањима, показали колика је и каква разлика између ове две категорије процеса и она мора да постоји с погледом на данашње индивидуалистичко односно буржоаско друштвено уређење. Чак и у самим споровима о аквилианској штети (ex Lege Aquilia) који се највише приближују једном кривичном спору може тужени, својим признањем, да материалну истину замени формалном, пошто судија мора примити то признање без обзира на то што би он налазио да се оно противи материалним чињеницама. Исто ово вреди и за случај ако би тужилац признао да није било никакве штете односно да за штету није крив тужени. Ако је заиста Аустриски Законодавац пошао, и у Грађ. Суд. Поступку, од начела материалне истине, он је онда од њега толико одступио да се не зна, управо, што је, у томе Законику, принцип а шта изузетак: тај Законик би био основан на начелу *материално-формалне* истине! Разуме се да је један такав неодређен и нелогичан систем морао, у оном делу тога Законика где се налазе прописи о доказима, довести до идејне несрећености, што смо то констатовали још раније, и пре наших предавања на Коларчевом Универзитету¹⁾. Што би се највише могло овде приметити то је да се, полазећи од начела формалне истине, од њега изузетно одступи у извесним случајима (као што су, н.пр., спорови о аквилианској штети), мада би, и ту, странке својим признањем могле удалити примену материалне истине.

Трећа заблуда, и она се односи на специјално питање о законодавном изједначењу у опште а посебице код нас, састоји се у тврђењу: једна држава једно законодавство. Пре свега није тачно да једна држава мора

¹⁾ В. наш посебни напред поменути извештај (rapport spécial): *Jury ou échevinage*, поднесен Трећем Међународном Конгресу за Кривично Право у Палерму (од 2.—8. Августа, 1933. год.).

да значи и једно законодавство. То, прво, није тачно ни за саме једноставне (хомогене) и унитарне државе: захваљујући томе да су, већином, и обичаји извор објективног права [в. н. пр., § 10. Срп., чл. 2., 3., 779. à 782. Црногор., чл. 1. одељ. 2. Швајц. Грађ. Зак., чл. 2. Немачки Уводнога Закона (Einführungsgesetz) за Нем. Грађ. Зак. од 18. Августа, 1896. год. по н. к., и т. д.], може се десити да, и у једној таквој држави, имамо у истој правној области разне правне обичаје а према покрајинама. Овде треба додати и трговачке и друге узансе (Verkehrssitte): в. н. пр., § 151. Нем. Грађ. Зак. Затим, једно и исто законодавство не мора потпуно постојати ни у државама политички унитарним али племенски или историски хетерогеним као што су, н. пр., многе државе постале на основу Уговора о Миру од год. 1919.—1920., од којих да наведемо Чехословачку, Пољску, Југославију: петнаест је година како те државе постаје и ако им законодавство још није у свима покрајинама једнако. То исто вреди и за Румунију као и за Француску у погледу Елзас-Лотрингије (где још, свакако, има закона из доба немачке владавине) као и за државе са колинијама. А у својим предавањима већ смо навели савезне државе (Bundesstaaten) са њиховим неједнаким законодавствима. Најзад, и Аустро-Угарска је, такође, била *једна* (мада у начелу федеративна) држава и опет је (баш због таквога свога склопа) имала разноврсно законодавство.

Треба, разуме се, тежити, у државама са хетерогеним законодавством, да се ово изједначи али хетерогеност законодавства не искључује државу као што ни држава не искључује хетерогено законодавством. Да приметимо да, ако ко жели *једно* законодавство у држави, то смо ми, хришћански пацифисти, и желимо то стога што све оно што људе изједначава води миру као год што, обрнуто, све оно што их дели јесте повод борби, борби физичкој, наравно. Из тога разлога, хришћански пацифисти су и за једну светску државу и једно светско законодавство. Али, баш зато што смо *из разлога пацифизма* за изједначење законодавства, ми, при свем том

што налазимо да је и рационализам, који представљају индивидуалности, један од стваралаца Права, не можемо, ипак, бити за једну претерану примену његову, т. ј. за схватање да је *то једини* извор Права, запостављајући онај други извор, лагану еволуцију у народној маси. Зато један такав, прекомерни, рационализам наилази на отпор код другог ствараоца Права, народне масе, и изазива борбу и немир. Из тога излази да сличан рационализам нема карактер једног културног т. ј. хришћанског метода у области законодавног рада него пре карактер једног метода некултурног, паганског (нехришћанског). А како се и сама сврха цени по методима који се употребљују ради њенога постигнућа, онда то значи да претераност у рационализму овде значи у исти мах и некултурну, паганску (нехришћанску), сврху. И стога смо ми у опште за једну разумну сарадњу рационализма (индивидуалности) и еволуционизма (народне масе) а посебице за нашу државу која је, и историски и племенски и правно, једна од најхетерогенијих држава. Али, да би сарадња речених двају стваралаца Права била омогућена, изискује се једно нарочито државно уређење, питање које ми овде само наглашавамо, не улазећи у њега, јер томе није место у овом саставу. А што браниоци аустрискога доказнога система не показују много интереса за еволуциони метод него су више за један неодмерен рационализам — отуда и њихова жеља да се, и на Србију, прошири, мање више, цело Приватно Аустриско Право — то се, свакако, да објаснити сличним схватањем и менталитетом правника прератне Аустрије које схватање и менталитет дају се извести и из тога да Аустр. Грађ. Законик не познаје Обичајно Право као један општи извор Права, поред државних закона, него правним обичајима односно правној еволуцији даје једну са свим споредну и безначајну улогу (в. његов § 10. где стоји: Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden“).

Прави и најбољи законодавни метод, еволуционистичко-рационалистички (дакле, ни први метод, еволуционистички, само и једини, као ни други, рационалистички, само и једини) налаже императивно да, у Србији, остане и даље досадашњи и садашњи доказни систем у Грађ. Суд. Поступку.

Ж. М. Перић

15. Новембра, 1933. год.
у Београду.



32691