

О формалним изјавама воље с нарочитим обзиром на наш грађански законик, 1910.

Садржај

I Општа посматрања

§1. Неформалне и формалне најаве воље

§2. Принудна и слободна форма. Користи и штете од форме

§3. Законодавни мотиви при увођењу принудне форме. Употреба форме

II Форме у нашем грађанском законнику

§4. Увод

§5. Писмена форма

§6. Изјава пред влашћу

§7. Присуство сведока

§8. Последице пропуштања форме

SAVEZNO IZVRŠNO VEĆE
CENTAR ZA INFORMACIONU I
DOKUMENTACIONU DELATNOST
Inv. br. 21-12
SIGN. _____

Уведено у нове ~~ПОНЈСТЕНО~~ инвентар бр. 18-11
1 јануара 1910 год.
Београд.

О ФОРМАЛНИМ ИЗЈАВАМА ВОЉЕ

С НАРОЧИТИМ ОБЗИРОМ НА НАШ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК.

ОД

Др. Д. Аранђеловића.



Прештампано из АРХИВА ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ



БЕОГРАД.

ШТАМПАРИЈА „ДОСИТИЈЕ ОБРАДОВИЋ“ — АЦЕ М. СТАНОЈЕВИЋА

ЧИКА-ЉУБИНА УЛ. БР. 8.

1910.

САДРЖАЈ:

	СТРАНА
I Општа посматрања.	
§ 1. Неформалне и формалне изјаве воље	3
§ 2. Принудна и слободна форма. Користи и штете од форме	5
§ 3. Законодавни мотиви при увођењу принудне форме. Употреба форме	15
II Форме у нашем грађанском закону.	
§ 4. Увод	21
§ 5. Писмена форма	23
§ 6. Изјава пред влашћу	41
§ 7. Присуство сведока	56
§ 8. Последице пропуштања форме	60



Prot. br.
39152

I. Општа посматрања.

§ 1.

Неформалне и формалне изјаве воље.

За право долази човечја воља у обзир само онда, кад је спољњем свету изјављена. Док воља није изјављена, може бити предмет религиозних и етичких посматрања; за правну област нема значаја да ли је воља човечја на добро или зло управљена.¹ Да би дакле право водило рачуна о вољи, мора она на ма који начин бити спољњем свету изјављена. Начин, на који се или средство којим се човечја воља спољњем свету саопштава, назива се *форма за изјаву воље*. Према томе форма је спољњи облик, у коме се човечја воља спољњем свету представља.

Врло су различне форме, у којима се правна воља може изјавити. Речи, радње, нерадње, знаци, писмена служе за саопштење воље. Саопштење воље спољњем свету увек мора у некој форми да буде, и посматрајући са овога гледишта све би изјаве воље биле *формалне*. Што се и поред овога говори о формалним и неформалним изјавама воље, то је с тога, што су то појмови, који нису самом природом ствари дати, већ *одредбама позитивнога права створени*.

Људима се може допустити, да своју правну вољу у ма којој форми изразе. Ако позитивно право сваку од ових форма признаје, ако оно у ма којој форми израженој изјави воље оно дејство придаје, које је изјављивач при изјављивању воље сходно закону пред очима имао, онда имамо „*неформалну*“

¹ На сваки начин да право, старајући се да своје прописе, у колико је то могуће, на моралним и религиозним прописима оснива, води у толико рачуна и о неизјављеној вољи човечјој, што целокупним својим прописима иде на то, да човека побуди, да *хоће* само оно што је добро. Али право не може и не сме *реагирати* против воље човечје, која није изјављена, па била она добра или зла. Немци имају за то згодну пословицу Die Gedanken sind zollfrei — мисли су слободне од царине.

изјаву воље. На против позитивно право може прописати, да се воља може изјавити само у форми, коју оно одреди, и да правни посао само онда буде *пуноважан* или да се може *судским путем остваривати* (тужљив), ако се при изјави воље на ову форму пазило. Захтев форме за неку изјаву воље може се тичати и доказивања правнога посла тако, да је судско остваривање правнога посла допуштено само онда, ако се он извесним доказним средствима доказује. Тако на пр. по § 192 нашег грађан. суд. пост. облигација важи — т. ј. може се као доказно средство употребити — ако је дужник својеручно напише и потпише, или, ако је није сам писао и потписао, ако је потврђена судском или полицијском влашћу. Или § 194 истог зак., по коме се исплата или отплата облигације, докле је она у рукама поверитеља, доказује *само* признаницом. У свима овим случајевима правни посао (задуживање, исплата или отплата дуга) важи и кад није воља у форми коју закон прописује изјављена, али тај се правни посао не може пред судом доказивати, ако о њему није прибављено доказно средство у законом прописаној форми.² На овај се начин посредно изнуђава изјава воље у прописаној форми. У свима овим случајевима, где се изјављивач воље по цену правнога дејства своје изјаве воље принуђава, да ову у прописаној форми изјави, постоји „*формална*“ *изјава воље* (на пр. форма за изјаву последње воље, §§ 430 и 433 грађ. зак.).³ Сасвим је тачна дефиниција Јерингова, који вели: „формалан правни посао може се дефинисати као такав правни посао, при коме се необзирање на правно потребне форме за изјаву воље на самом правном послу свети“.⁴

Формалне изјаве воље у техничком смислу речи не треба мешати са онима изјавама воље, које странке *добровољно* чине у некој законом прописаној форми. Ако закон односно форме неке изјаве воље не садржи никаква нарочита про-

² И кад облигација није написана у форми, коју §§ 191 и 192 прописују, може се постојање дуга заклетвом и сведоцима (ако је испод 200 дин.) доказивати, али ко хоће да његово постојање *исправом*, као најјачим доказним средством доказује, мора имати исправу, начињену у законом прописаној форми.

³ У литератури употребљују се још изрази „свечана“ и „солена“ изјава воље.

⁴ Ihering, Geist. d. röm. R. 5. изд. II 2 S. 474.

писа, кад је дакле изјављивачу допуштено, да на ма који начин вољу изјави, и кад се он при изјављивању послужи формом, која је за другу неку изјаву воље неопходно потребна, онда тиме његова изјава воље не постаје формалном. Ако закон за једну изјаву воље не прописује, да се она мора учинити писмено, а она се писмено учини, онда и поред тога изјава воље није постала формалном, него је остала неформалном исто онако, као кад би била учињена усмено или знацима или прећутним радњама. Према томе, законска принуда, да се правна воља у извесној форми изјави, чини изјаву воље формалном, а не сама форма.

Као што закон за изјаву правне воље захтева извесну форму, исто тако могу и странке при предузимању кога правнога посла углавити, да се извесне изјаве воље, које оне једна према другој имају давати, у одређеној форми имају чинити, на пр. писмено. Међутим услед ове клаузуле, ма како да је она од важности по уговораче, и премда од њеног испуњења чак и важност правнога посла зависи, не постаје изјаве воље формалном, јер углављена форма није била по закону нужна.

§ 2.

Принудна форма и слободна форма. Користи и штете од форме.

А. У претходном параграфу наглашено је, да је позитивно право прописало извесне форме, у којима се правна воља има изјавити. Такве, позитивним правом наређене, форме налазе се код свакога народа, на сваком ступњу његовога правнога развића. Неке од њих постале су не са разлога трезвенога правнога резоновања, него су продукат живе фантазије младих народа или радљиве народне жудње за формом, која је у области права нашла тако повољног задовољења. Међутим ипак је већина форма потекла из практичне правне потребе.⁵ То важи у првоме реду за писмену форму, која је као последња уведена у правни систем, кад су старе,

⁵ В. Jhering S. 504 („наивне“ форме); Heussler, Institutionen d. deutschen Privatrechts 1885 I. S. 69 fg., који заступа мишљење, да су форме створили свештеници, који су у младости народа били чувари права; Savigny, System d. heutigen römischen Rechts 1840 III. S. 235 fg.

често драматичне форме давно биле напуштене, кад су симболи просвећеном добу изгледали неразумљиви и излишни⁶ а искази сведока све непоузданији. Њена погодност показала се све до наших дана тако да она у модерним законодавствима заузима најважније место међу законским формама.

Решење питања: да ли за изјављивање воље треба законом прописати, с обзиром на врсте изјава, нарочите форме, или треба изјављивачима оставити слободно, да у којој хоће форми воље изјављују, другим речима: да ли законом треба увести *принудну форму* или *слободу у формама*, долази у најтеже проблеме законодавне политике, а ово је питање и у литератури много претресано. Законодавства су се развојем држала према овом питању, колебала се између принудне и слободне форме. После строгога формализма старог римскога права дошла је у доцнијем развићу овога права више слобода у формама, која је у пандектном праву достигла врхунац тако, да је готово у целој области облигационога права владала слобода у формама. Пруско опште земаљско право (*das preussische Allgemeine Landrecht*) вратило се, као што је познато, принципу принудне форме,⁷ а немачки грађански законик усвојио је средњи пут између слободне форме пандектнога и принудне форме пруског општег земаљскога права.

При решењу овога питања поглавито се на уму имају користи, које се за правни саобраћај од увођења принудне форме очекују, и штете, које отуда могу настати. Да би могли правичније пресудити који је принцип погоднији, и који би требало усвојити за наш нови грађански законик, на чијем се пројекту већ у велико ради, ја ћу изнети користи и штете од захтева форме у грађанском праву.

⁶ Heusler, I S. 75.

⁷ Пруско опште земаљско право прописује, да сви уговори, чија вредност прелази суму од 50 талира (150 марака), морају бити у писменој форми закључени, иначе се не могу пред судом остваривати. Аустријски грађан. законик стоји на принципу слободе у формама, нарочито у облигационом праву. Исто тако и наш грађански законик (§ 540), само што је код нас тај принцип ослабљен прописима грађ. суд. поступка, да се сведоцима не може доказивати тражбина преко 200 дин. (§§ 242 и сл.), затим прописима §§ 191 и 192 тако, да фактички и код нас важи принцип принудне форме, јер су странке принуђене да га у писменој форми закључе, те да имају сигурно доказно средство — исправу.

Б. С правом се узима,⁸ да изјављивање воље у нарочитој форми ствара код изјављивача неко пословно расположење, у коме треба сваки да се налази кад правне послове предузима, те да вољу не изјављује пренагљено, него са хладним расуђивањем. Ово нарочито важи онда, кад воља има да се изјави у законом најчешће прописаној писменој форми, јер сваки, ко има да писмено обећање даде, размислиће добро о целој ствари чим треба да узме перо у руку, и да своје обећање црно на бело напише. Сем тога писмена је форма нарочито погодна, да нагони уговораче да прецизно своју вољу изјаве. Јер да би се мисао писмено изразила, мора она бити јасна и сазрела у већем степену, него што то по правилу бива код усменог изјављивања. Употреба прописаних форма буди правну свест, зајемчава озбиљност намерава одлуке; из ње се чисто и јасно види правни карактер радње; форма служи као печат на готову правну вољу, чиме се омогућава разликовање простих преговарања, необавезно замишљаних изјава од перфектне одлуке воље. Ово је нарочито важно за случај, кад такве изјаве воље имају да буду предмет судског решавања, јер изјављивањем воље у одређеној форми судији је много лакше утврдити да ли је правни посао постао. Давање изјаве воље у дотичној форми осигурава доказ, а тиме се смањују парнице или се бар брже решавају, што нарочито важи за писмену форму, због чега је она у извесним законодавствима за извесне изјаве воље посредне или непосредно наређена.⁹ У многим случајевима лежи не само у интересу странака него и трећих лица, да изјаве воље буду приступачне и лицима, која су посредно у правном послу заинтересована, те да своја евентуална потраживања могу остваривати; то нарочито бива при пренашању и оптерећивању непокретности или при брачним имовинским уговорима или у трговачком праву (на пр. при уступању радње другом лицу). За такве је случајеве неопходно, да се воља изјави у форми, која ће је учинити јавном.

В. Међутим и поред свију ових користи у велико преовлађује у литератури број оних писаца, који претпостављају

⁸ В. Jhering стр. 493 fg; Endemann, Lehrbuch des deutschen bürgerl. R. 8 Aufl. 1903 I § 299 Anm. 2., Staudinger, Komm. 2./изд. I S. 370.

⁹ в. Code civil Art. 1315, 1341, пруски A. L. R. I 5 § 131.

слободу у изјављивању воље, одвраћајући од увођења принудне форме у законодавство. Тако: или се покушава да се значај форме и њена корисност смањи, или се на супрот користима од принудне форме износе велике штете од ње.¹⁰ Потребно је ради сазнања праве вредности прописа о форми, да се и ови разлози тачно испитају.

„И ако је тачно да принуђавање на хладно расуђивање и са тиме везана заштита од пренагљености лежи у интересу многобројних привредно слабих и пословно неуких људи, ипак принудна форма баш за ове људе јесте мач са две оштрице. Обраћање пажње на форму захтева њено тачно познавање, поуздано знање законских прописа, који се на форму односе, као и окретност за употребу прописане форме. Међу тим и једно и друго често недостаје многим лицима. Потписује се на веру и савесност противнога уговорача, а тиме форма постаје замка, у коју невешто лице на своју штету упада, док опет с друге стране несавестан противник у форми налази добродошло средство за превару и закидање“.¹¹

На ово одговарају браниоци принудне форме, да законодавац треба да створи такве форме за изјављивање правне воље, да њихова употреба не падне тешко ни простом човеку и да се сваки може са њима лако упознати. Ако је законодавац то учинио, онда је дужност свакога, који у правни саобраћај ступа, да се упозна са формама, у којима се изјаве воље имају давати. Ако то пропусти учинити, онда мора сносити и последице своје немарљивости. А то није баш тако тешко, нарочито у садашњости, када је писменост, у упоређењу са ранијим временима, доста раширена, упознати се са најпотребнијим законским захтевима. Кад старим Римљанима, који зацело нису даровитији од модерних народа, није тешко падало, да знају законске форме за правне послове *manu-missio*, *mancipatio*, *in iure cessio*, за тим компликоване тестаментске форме, онда се зацело не захтева ни од садашњег сељака много, кад се тражи на пр. да зна да само давањем руке противном уговорачу има уговор за закључен да сматра. Што се дакле тиче замерке о непознавању прописа о формама и

¹⁰ B. Jhering S. 481; Dernburg, Pandekten 7. изд. I S. 223 и Bürgerl. Recht изд. од 1902. I § 134.

¹¹ B. Motive z. Entw. eines deutschen bürgerl. GB. I S. 179; Verhandlungen des X deutschen Juristentages S. 63 и 112.

неумешности при њихној употреби, то се она не може чинити принципу принудне форме као таквом, него се може тичати само појединих формама, и та замерка може бити повод, да се за изјављивање воље у циљу предузимања правних послова уведе само лако схватљиве и лако употребљиве форме. Ова се замерка не може чинити ни писменој форми. Јер сада се писменост све више шири, и има земаља где је готово сваки способан читати и писати; најзад и у земљама, где је права писменост мање раширена, многи бар толико знају да своје име потпишу или ручни знак ставе, а то је довољно за послове свакодневнога саобраћаја. Компликовани правни послови закључују се, и кад важи принцип слободне форме, обично уз помоћ стручног човека. Према томе неће простом човеку ни при принципу принудне форме тешко пасти, да један правни посао, који он један пут или два пут годишње закључује, предузме уз припомоћ стручњака. Ако когод и поред тога буде оштећен за то, што није пазио на форму, ако когод потписује исправе о правним пословима ослањајући се само на поштење другог уговорача, не осигуравши се довољно за своје право, онда се морамо и са тим помирити. Правило *iura vigilantibus scripta sunt* има доста оправдања за себе. Идеалне прилике, којима свако законодавство тежи, не могу се постићи само правним прописима, па с тога и захтеви о формама не могу подвале и преваре у грађанском правном саобраћају сасвим уклонити, него само смањити.

Још се против принципа принудне форме обично износи да је он скуп, да спречава слободан правни саобраћај и да се због њега губи време. Странке су принуђене, да би испуниле захтев форме, да плаћају таксе властима, да позивају и плаћају сведоке, по неки пут да путују из свога места до надлежне власти, као и да плаћају хонораре адвокатима и бележницима. Али и ове рђаве стране форме, веле браниоци принудне форме, више се тичу појединих формама него принципа принудне форме. Јер има формама, које нису ни скупе нити одузимају време. На пр. писмена форма, руковање, давање капаре. У овом погледу био би задатак законодавства, да пропише погодне форме, да таксе укине, да адвокатске и бележничке хонораре ниско одреди. Сем тога сви трошкови, који се морају сносити због давања једне изјаве у извесној

форми, несразмерно су мањи од парничних трошкова, који би настали, када би, при принципу слободне форме у законодавству, иста изјава дата била неформално, па би због нејасности или због тога, што би изјављувач мислио да га изјава не веже, дошло до парнице између странака. Ако пак поштени уговорачи, да би избегли скупоћу изјављивања воље у прописној форми, закључе правни посао без обзира на форму, онда они неће ни при принципу принудне форме имати штете, јер ће они савесно испунити своја обећања, и ако она, због необзирања на форму, по закону не важе.

Форме су, вели се, препреке за саобраћај, који тражи слободу кретања, и који се не да укалупити. Тако треба, да би се испунила форма, тражити сведоке, излазити пред суд или бележника (код нас пред полицијску власт), или давати писмене изјаве. Уговорачи пак неће да се излажу овим незгодама, с тога се одричу користи од форме, предузимају правне послове без обзира на форму, који нису дакле због тога пуноважни; они, према томе, претпостављају угодну несигурност неугодној сигурности.¹² Међутим не стоји баш тако страшно са овим препрекама и неугодностима за саобраћај, веле браниоци принудне форме, као што то на први поглед изгледа. Правни послови често се закључују на пијацама, вашарима, у механама, за време пазарног дана тако, да је ту лако наћи сведоке. У варошима треба само неколико пута коракнути до најближег адвоката или бележника, судски срезови су тако мали, да долазак у место суда данашњим саобраћајним средствима нити је скуп нити толико времена одузима.¹³ У осталом долази се и другим послом у средско место, и онда се том приликом може дати и потребна изјава воље пред судом. У данашње време не мора човек бити Шајлок, ако собом носи, што у осталом готово сваки чини, бележник и писаљку, и никоме неће тешко пасти, ако хоће да предузме који правни посао, да напише неколико речи на парчету хартије. Данас у свакој кафани, па и у сеоској крчми, има хартије и материјала за писање, да би се правни

¹² Jhering, S. 489.

¹³ Наравно да ови браниоци имају на уму западне земље, где је све ово овако; за Србију важи супротно, те се овај аргуменат не би код нас ни могао наводити.

посао могао писмено закључити, само ако постоји пословна намера а не само хвалисање или обично ћаскање. Па ако је човек поред свега тога толико комотан, да изјаву воље у прописаној форми не учини, онда треба сам себи да припише последице ове слабости, а не да чини за то закон одговорним, који и не постоји за то, да служи угодности појединаца. Такве странке треба да се одреку законске помоћи и да се држе узајамном вером и поштењем. У највише случајева неће им законска помоћ ни бити потребна, а због оних, који су сувише комотни, да би испунила потребну форму, није одиста оправдано одрећи се користи, које принудна форма у законодавству пружа.

Није сасвим тачно ни тврђење, да се саобраћај не да укалупити, и да правила, која закон за правни саобраћај поставља, треба узимати из самога саобраћаја. Бар не сме се то тврђење тако апсолутно примити. И ја се слажем са мишљењем, да саобраћај треба, у извесној мери, да утиче на законодавство, јер *non ex regula ius summat, sed ex iure quod est, regula fiat* — али је такође тачан и захтев да и законодавство треба да утиче на правни саобраћај. Законе праве најобразованији и најискуснији људи, који познају и потребе саобраћаја, а треба и на то помислити, да један закон, који је после дугог саветовања и дугога труднога рада донесен, треба да има и извесно *васпитно дејство* на ток саобраћаја; да је задатак законодавства да наврати саобраћај у чврсте и сигурне границе закона а у његову сопствену корист. За то је принудна форма врло погодно средство. Кад се ови захтеви сматрају као неостварљиви, и кад се за доказ овога позива на искуства са пруским општим земаљским правом, онда се на то с правом може одговорити, да тим искуствима постављено начело није оповргнуто, већ да је пруско опште земаљско право с извесним недостатцима било везано и да принудну форму није прегледно извело.¹⁴

Пориче се, даље, вредност форме и у погледу констатовања правне воље и обезбеђења доказа. Нарочито се у овом погледу мало цени вредност најважније форме, писмене. Тврди се да исправа, ма да по правилу не оставља у сумњи закључење правнога посла, ипак врло често

¹⁴ Fraenkel у Jhering's Jahrbücher XXIV. Band S. 425 fg.

даје само непоуздана извешћа о садржини правнога посла. Исправа не даје никакве сигурности о томе, да оно што је написано одиста и одговара правој вољи и постигнутом договору странака. Она не даје заштите ни против лажи нити против заблуде, а кад је исправа непотпуно или нетачно састављена, онда страда материјално право због тога, што са принудном формом иде и искључење допуњавања и исправљања исправе на основу учињених усмених преговарања. И искуство је, вели се, утврдило да се принудном формом парнице не смањују већ на против множе.¹⁵

Ја могу себи представити случајеве, у којима нека писмена изјава воље не одговара правој вољи изјављивача, али то је редак изузетак баш с тога, што писмено, као што је већ чешће напоменуто, нагони изјављивача на трезвено размишљање. На сваки начин да је ова опасност код писмене форме много мања, него кад се воља усмено изјављује или на какав други неформалан начин. Против заблуде и лажи не даје исправа заштите, али тако је исто и код неформалних изјава воље; ово је слаба страна не писмене форме, него свију начина изјављивања воље. Ако би пак неко противправно принудом или преваром био нагоњен да писмено вољу изјави, ту онда закон и при принципу принудне форме пружа погодна средства, да се оштећеном помогне, а да се не повреди начело: да није допуштено допуњавати исправу усменим договором.

Што се тиче тврђења да се писмена форма показала као богат извор парница, ја мислим да се у његову тачност може сумњати. И ако то извесни немачки практичари тврде, то се зацело може објаснити неспретним извођењем писмене форме у пруском општем земаљском праву, а не мора се сама писмена форма за то окривљавати. Како пак слобода у формама изазива парнице, показује врло поучно жалба Фелдендорфа¹⁶ на дуготрајне парнице, које су се у великом делу Немачке водиле, кад је у њему важио принцип пандектнога права: слободе у формама. Он чини за то овај принцип одговорним и на крају своје расправе вели: „да ће се поправка нашег запуштеног правног живота постићи мање

¹⁵ Motive I стр. 108.

¹⁶ B. v. Völdendorf, die Form der Rechtsgeschäfte S. 1 fg.

процесуалним реформама него тиме, што ће се у грађанском праву опет увести чвршће, јасније и свечаније форме за правне послове, за стварање правних односа.“ Па и практичар Френкел¹⁷ мишљења је, да слобода у формама изазива многе парнице, и наводи за илустрацију овога две интересантне парнице из времена важења пандектнога права.

Г. Принудној форми, нарочито писменој форми, чине се прекори и са *етичке стране*. Врло идеални људи, који друге по себи цене, и рђаве стране човечје врло мало познају, буне се против тога, да један озбиљно намеравани, закључени правни посао буде само за то неважан, што се при њему није пазило на законом прописану форму за изјаву воље. По њиховом мишљењу тиме се вређа природни правни осећај, поткопава се поверење, странке се доводе у искушење да дату реч не држе. Принцип принудне форме деморалише народ.¹⁸

На ове тешке оптужбе најбоље је одговорити изврским речима Јеринговим,¹⁹ „да би цела ова оптужба сведочила о тоталном непознавању правога задатка права према моралу“. Лепо би одиста било, кад би сваки своју реч држао, али право није погодно средство за то, да се испуњење сваког датог обећања изнуди. За то су позвани религија, морал, обичај, васпитање, друштвени положај онога, која реч даје. Право је повукло много уже границе својој делатности, у којима му је могућно, да испуњење датих обећања изнуди принудним средствима, која државној власти стоје на располагању. И кад право зајемчава изнудљивост само изјавама воље у прописаној форми, оно им тиме придаје правни карактер, обележава их тиме као изјаве воље, које су из области правно необавезних разговора и преговора прешле у област правне принуде. Праву није могуће, баш и кад би то хтело, да испуњење сваког обећања изнуди, са тога разлога, што се свако обећање не може судским путем констатовати. У душу онога, који обећава, судија не може загледати, те да сазна његову праву вољу. Доказна средства, која се упо-

¹⁷ Fraenkel, S. 399 fg.

¹⁸ B. Arnold, Jagemann's „Gerichtssaal“ 1854, S 131, 186; Meyer, die Schrift in ihrer Bedeutung nach preussischem Recht S. 12, Hess, Jherings Jahrbücher XXVI B. S. 208.

¹⁹ Jhering, S. 491.

требљују ради убеђења судије о некој озбиљно учињеној правној изјави воље нису често довољна за постигнуће овога циља, с тога му дакле мора закон дати могућности да ову вољу по спољним знацима оцењује, и ово бива законским прописом, да обвезује само она воља, која је у извесној форми изражена. Тиме се сваки принуђава, да се у правном саобраћају ослања само на формалне изјаве воље. А зашто то мора да вређа природни правни осећај? Кад важи принцип слободе у формама, може се често десити, да неко, који је нешто обећао, без намере да се правно обвеже, буде осуђен на плаћање баш с тога, што је судија узео, да је он хтео да се обвеже. Је ли то морално, зар не вређа то морални осећај да неко буде осуђен на основу свога непромишљенога, необавезно замишљенога обећања? При принципу принудне форме постоје за поштеног човека, који хоће да даде правну изјаву воље, две могућности: или ће изјавити вољу у прописаној форми или без обзира на форму. У оба случаја он је обвезан. У првome: речју и законом, у другоме: само датом речи. Нико га не спречава, да и у овом другом случају своје обећање испуни. Ако то не учини, онда он није поштен човек, и баш такe непоштене људе треба средством принудне форме приморати, да своје обећање држе. Кад неко поштено мисли испунити своје обећање, онда не треба ништа да га спречи, да своје обећање у прописаној форми даде. Ако се пак он устручава то учинити, онда друга страна већ и по томе може да увиди, да не треба полагати велику вредност на озбиљност и правни карактер таквих обећања. Кад је принудна форма законом прописана, кад закон испуњење захтева о форми *од свакога* тражи, онда не може ни један поштен човек сматрати као неповерење према себи, кад се од њега тражи да своје обећање у прописаној форми даде, те да тек услед тога створи оно, што хоће: пуноважан правни посао. Шта више он ће, и без захтева, сам своје озбиљно намеравао обећање сходно закону изјавити. А ако он оклева то учинити, онда друга страна има оправдана разлога да сумња у његово озбиљно правно обвезивање.²⁰

²⁰ Mittermaier, Archiv. f. civ. Praxis V S. 99 (прим. 1 код Френкела стр. 412), пише: „где је неповерење законом организовано, нестаје брзо и племенитијих веза, које вечно само на поверењу морају почивати, и зацело заслужује пажње оно, што један, са француским правом добро

Из досадашњег излагања мислим да је јасно, да су ови прекори принудној форми са етичке стране неоправдани. Они, који те прекоре чине, нису ни консеквентни у овим нападима на принудну форму. Јер док ову нападају у области облигационога права, не усуђују се да траже слободу у форми и за стварно-правне, наследно-правне и породично-правне одношаје. Ако принудна форма заштићује повреде уговора, онда би овај аргуменат томе водио, да се у опште сваки захтев форме одбаци.²¹

§ 3.

Законодавни мотиви при увођењу принудне форме. Употреба форме.

А. Као што се из горе реченога види, нису приговори начелу принудне форме баш тако значајни, као што се на први поглед чини. На против користи од форме велике су и надмашују евентуалне незгоде, које од принудне форме долазе. De lege ferenda треба имати при решавању питања: да ли принудна или слободна форма да се усвоји, нарочито на уму два корисна дејства принудне форме, која су већ у кратко поменута, али о којима сматрам да треба на овом месту још неколико речи рећи.

Прописи о форми користе у првome реду неискусним људима. Целокупно данашње законодавство тежи томе, да законским прописима штити слабе и неискусне, и у овом погледу с правом се од државе све више и више тражи. Наравно да законодавство не сме ову заштиту по сваку цену остваривати, а не обраћати пажњу на интересе јачих и промишљенијих грађана. Решење питања: да ли је законом на-

упознати, писац вели: да се догађа, да у сред весеља и срдачних загрљаја, при послу, који управо и није био никакав утвор, али је могао да повуче за собом обавезе, међу собом сродни и спријатељени Французи захтевају перо и хартију — pour avoir quelque chose par écrit“. На ово сасвим умесно одговара Френкел: „Ну, ми мислимо, да ништа није од quelque chose par écrit погодније да онога, који се у весељу на нешто обвезује, из веселога винскога расположења поврати на паметно резонување. Зацело је и моралније баш захтевом испуњења форме прво се уверити о томе, да изјављивач хоће да се обвеже, него човека, који је можда хтео само комплименат учинити, без ичега даљег хватати за реч“.

²¹ Brunner, Verhandlungen des XXII. 4 Deutschen Juristentages S. 60.

ређена принудна форма у циљу заштите неискусних лица, чиме се можда другима отежава правни саобраћај, има сматрати за оправдану, зависи од тога: да ли отежавање саобраћаја не пада сувише тешко онима, којима заштита средством принудне форме није потребна. У прошлом параграфу трудио сам се да покажем, да то не стоји.

Сем тога законодавац не може при решавању овога питања имати пред очима само материјално право, а не обзрети се и на евентуално судско остваривање правних послова. У задатке државне долази и то, да се грађанима ујемчи брзо и јевтино правосуђе. Једно од средстава за испуњење овога задатка јесте, као што је већ споменуто, увођење принудне форме, чиме се судији омогућава, да констатује постоје ли закључени уговори и озбиљно учињене изјаве воље. У теорији је лако и код неформалних изјава воље представити себи перфектно довршење правнога посла и његово пресуђење у случају спора од стране суда. Али по каткада се много захтева и од правнички врло образованог судије, кад се од њега тражи да праведно пресуди о неком неформалном, нејасно израженом, и противречним исказима сведока доказиваном правном послу. У правним пословима, који пред суд излазе, нису само поштени људи ангажовани, од којих би се могло очекивати да судији олакшају његов тешки задатак. На против, може се рећи да судија често има посла са препређеним парничарима, који на све могуће начине покушавају, да судију на странпутицу заведу. Па онда питање о доказивању! Истина је да странкама треба оставити да се брину о доказним средствима за своја потраживања, али је посредно у томе и држава заинтересована. И држави је стало много до тога, да судије само праведне пресуде изричу, да се парнице не одуговлаче. А на ово у првome реду утичу доказна средства. Најобичнија доказна средства у парници јесу сведоци и исправе. Како рђаво стоји са доказом сведоцима у свима земљама, а код нас у Србији нарочито, како се човек мало може ослонити на исказе сведока, како је лако доћи до лажних сведока, довољно је познато. Исправе су много поузданије. Па зашто онда не тежити томе, да се за важније правне послове принудном писменом формом, коју би законодавац за њих прописао, дође до овога сигурног доказног средства, да се судији његов задатак олакша и гра-

штанима тиме помогне да брже до свога права дођу? Шта њима користи, што је лакше и угодније предузимати правне послове без обзира на форму, кад та слобода у изјављивању воље баш онда не помаже, кад треба пред судом остваривати своје право?...

У корист принудне форме de lege ferenda говори и та околност, што су парничари, кад важи принцип слободне форме, тако често у парницама остављени на милост или немилост судијском нахођењу. Тада човек није сигуран у своје право, све зависи од тога, како ће судија ствар схватити. Незнање, добро или рђаво расположење, пристрасност и удобност судије повлачи за собом при принципу слободне форме губитак потраживања. А и судије су овим махнама подложне, ма како да се високо поштовање према овом реду државних службеника има и ма како да се велики захтеви стављају за задобијање судијскога положаја. Сасвим тачно вели Хојслер²² о стању, које у саобраћају влада при честом ослањању на „судијско нахођење“, као последици слободе у формама: „отуда долази, да човек не може да се одбрани од утиска, да се више не живи под владом строга и прецизнога права, већ под владом судијске самовоље . . . , да је парница постала лутрија, у којој парничар може своју ствар исто тако да „проигра“ као и да добије“.

Б. Према свему изложеном ја мислим, да у нашем новом грађански законик треба увести принудну форму као правило, и то и у области облигационога права, и од тога правила допустити извесне изузетке. Увођење принудне форме не би нашем свету тако тешко пало нити би то велика новина за њега била. Јер и ако наш грађански законик (§ 540) у области облигационога права принципијелно не тражи принудну форму, ипак она у неколико постоји, јер се код нас фактички уговори преко суме од 200 динара писмено закључују због осигурања доказнога средства (§§ 242 и сл., 191 и сл. грађ. суд. пост.). Наравно да су ти уговори, због принципа слободне форме у нашем грађан. законик, пуноважно закључени и онда, кад уговорачи не изјаве у писменој форми своју вољу, него само усмено, и могу се пред судом доказивати заклетвом. Питање је сада да ли принудна

²² Heusler, Institutionen des deutschen Rechts, I. S. 51.

форма за изјаву воље у нашем новом грађан. закону треба да се и даље тиче само *доказивања* правнога посла пред судом, као што је у садашњем нашем праву, или треба одредити, да *ни самога правнога посла нема*, ако воља није у прописаној форми изјављена, чега би последица била, да се он пред судом не би ни могао остваривати и да би суд и по званичној дужности одрекао своју помоћ.²³ Даља би логична последица била да би онај, који би драговољно испунио такав правни посао, који није у прописаној закону форми закључен, могао то натраг тражити као недуговано (*condictio indebiti*),²⁴ што би се, наравно, могло позитивним закон. прописима забранити. Најзад имали бисмо и о томе да размислимо: да ли да се принудна форма тиче неваж-

²³ Исто тако не би важило јемство ни залога, који би били за тај правни посао дати.

²⁴ Тако је на пр. по немач. закону (§ 125), а то је строга конвенција ништавости правнога посла због недостатка форме, јер кад човек плати нешто по неком правном послу, који не постоји, онда је он платио оно, што не дугује, и може то онда натраг захтевати. Међу тим аустријски грађан. зак. (§ 1432) не допушта, са разлога целесходности, да се натраг тражи исплата дуга, који не важи само услед недостатка формалности. И ово је гледиште аустр. законодавца сасвим оправдано. Тиме што испуњењем неформално закљученога правнога посла овај конвалесцира и постаје пуноважним не штете се интереси онога, који је испунио. Тиме што закон оглашава ништавим правни посао, коме недостаје форма, тиме што странке нису обвезне да га испуне, њима је дата довољна заштита од пренагљености, а тиме су и друге користи постигнуте, којима се принудном формом тежи. А ако пак странке, без обзира на ништавост правнога посла, овај испуне, онда су оне јасно дале познати, да се одричу законске заштите; испуњењем је и довољно доказано, да је у питању озбиљно намеравани правни посао, и за то законодавац нема разлога, да ово испуњење игнорише и да противно вољи странака и даље правни посао за ништав сматра. На жалост у наш грађан. законик није унесен § 1432 аустр. грађ. зак., већ је на место њега дошао § 902, који се са § 1432 аустр. зак. не слаже, те према томе ко испуни правни посао, коме недостаје форма као битан захтев за важност правнога посла, може исплату натраг тражити као недуговано (изузетак чини § 566). Међу тим ипак је у неколико и код нас добро учињено, што се *condictio indebiti* допушта тек кад потражилац докаже да је био у заблуди („у незнању будући ствари или закона“), у нашем дакле случају кад докаже, да није знао да није дужан по закону испунити правни посао, коме је недостајала форма. Истина по § 14 незнање обнародованог закона никоме не помаже и нико се незнањем закона извинити или бранити не може, али пропис § 902 као специјалан има првенство над овим генералним.

ности правнога посла него само његове *тужљивости*, као што смо видели да је било у пруском ландрехту, т. ј. да се правни посао, ако није у прописаној форми закључен, не може судским путем остваривати, да не даје право на тужбу, али иначе да је пуноважан²⁵ (*naturalis obligatio*), тако да се добровољна исплата не може натраг тражити.

Ја мислим да би, на основу свега изложенога, најбоље било кад би се ово тешко питање о форми правних послова регулисало овако: у принудној форми мора се изјавити воља кад год је у питању правни посао о предмету, чија вредност прелази *две стотине динара*. Ако се пак захтев форме не задовољи, онда се на основу таког неформално закљученог правног посла *не може подизати тужба код суда*, он се не може судским путем остваривати. Ја дакле предлажем да *од испуњења прописане форме зависи тужљивост а не пуноважност правнога посла*. Мане принципа слободне форме показују се у најјачој светлости онда, кад одмах не следеће испуњење обећања, него тек треба судским путем утврдити његово постојање. Увођењем предложенога принципа постиже се, да се у принудној форми закључују важнији правни послови, који се не предузимају сваки дан, који ће се можда тек подуже времена после закључења испуњавати, и код којих се и са том могућношћу мора рачунати, да између странака може доћи до разилажења у мишљењу у погледу обима узајамних права и дужности из правнога посла а по томе и до парнице, која ће се, као што смо већ видели, много лакше моћи расправити, кад је правни посао у извесној, а нарочито, писменој форми закључен. Оне пак странке, код којих нема места таком страховању, могу без бојазни од штете закључити пуноважан правни посао и без обзира на форму, и као поштени људи исти добровољно испунити. Повраћају онога што је на име испуњења дато, не би било места, јер због недостатка форме не би наступала ништавост правнога посла.

Оваком начину решења овога питања, како га ја предлажем, могао би се чинити, и пруском ландрехту, који на истом становишту стоји, чинио се овај приговор. Неоснован је пропис, да се формално имају закључивати уговори само

²⁵ Према чему се може за њ и јамчити и дати залога.

онда, ако им предмет прелази извесну новчану вредност. Ако се хоће да форма врши своје корисно дејство, онда је то законом санкционисана неправичност, да она буде од користи само онима, који закључује уговоре од веће вредности, а не ситним људима, чији уговори ретко кад ову већу вредност прелазе. За сиротог човека су 200 динара толико, колико за богатијег 1000 или још и више. Сиromaх треба да буде заштићен прописима о форми од пренагљености исто онако као и богат. А ако се ово ослобођење од форме схвати као повластица и олакшица маломе саобраћају, која сиротнијем човеку допушта да лакше до свога права дође, онда законодавац противречи сам себи, када код једног истог правног посла признаје, да форма до извесне суме уговора штетно дејствује а преко ње корисно. Сем тога ће онај, који закључује уговоре само о већим сумама, осећати то као неправичност, што ће у супротности према сиромашнијем суграђанину имати да сноси неугодности од форме.

На ово би се имало одговорити: ни један принцип не може се у примени на позитивно законодавство извести у свом обиму своје, до крајњих консеквенца својих. Изузетака дакле мора бити и са принципом принудне форме. Поред свега браћења принудне форме, поред свега доказивања, да њено задовољење није за саобраћај тако тешка ствар, ипак се мора признати да је доста незгодно и за ситнице од неколико динара или од неколико десетина динара састављати писмену исправу, да би уговор био пуноважан. Нарочито би то тешко било код нас, где је тако огроман проценат неписмена света, који не зна ни да се потпише, те би онда и за уговоре од овако мале вредности морала да се тражи потврда власти. То би пак толико коштало, да не би стајало у сразмери са вредношћу уговора.

Од формама, које би се имале усвојити за изјављивање воље, у први би ред дошла *писмена форма*, и то како *проста*, у области облигационога права поглавито, тако и *појачана потердом* писмена од стране *власти*, поглавито за правне послове из области стварнога, породичнога и наследнога права. За сваки важнији правни посао, чија би се дејства имала простирати на дуже време, као што је код уговора о кирији, закупу, најму, ортаклуку, јемству, доживотној ренти, налогу, упутници, преносу тражбина, пријему дуга, била би

писмена форма најпогоднија, а исто тако и при обећању поклона, да би се поглавито пренагљеност спречила. За уговор о куповини и продаји, који се не би одмах испуњавао (т. зв. ручна куповина, из руке у руку цену и робу, Handkauf) могла би се факултативно усвојити писмена форма, давање капаре или давање руке (руковање, Handschlag). Писменом формом служиле би се оне странке, које би закључивале послове о сразмерно скупљим, или ређе за саобраћај одређеним предметима. На против за цео пијачни саобраћај са земаљским производима, као и за куповину стоке, руковање и капара били би врло погодни. За једностране, другој страни упућене изјаве воље, на пр. за отказ уговора, опомену на плаћање дуга била би писмена форма врло погодна, али тако исто и давање изјаве пред сведоцима или преко службених новина.

Реални уговори: зајам, послуга, остава, ручна залога, исто тако куповина из руке у руку закључивали би се неформално. Јер ови се уговори закључују давањем ствари, коме претходи сагласност странака. Давање ствари следује тек онда, кад се странке упознају са садржином уговора. Тиме што се давањем ствари уговор довршује, служи оно као знак, да је уговор закључен, а у исто доба и за то, да странке у последњем моменту опомене на последице уговора, да их од пренагљености заштити. Користи, које се од форме очекују код других правних послова, постижу се овде давањем ствари тако да је форма излишна.²⁶

II. форме у нашем грађан. законик

§ 4.

У в о д.

Као што је већ речено, наш грађански законик у начелу признаје слободу у изјављивању правне воље, нарочито у области облигационога права (§ 540), за коју је ово питање и спорно, али се код нас прописима грађан. суд. поступка

²⁶ Што се тиче *доказивања* ових уговора пред судом имало би остати при садашњим прописима §§ 242 и сл. грађ. суд. пост., чиме би се постигло да се за веће суме и код ових уговора употреби писмена форма у циљу сигурнијег доказивања.



(§§ 242 и сл.) о средствима доказивања посредно постиже, да се уговори о предметима преко 200 дин. ипак у писменој форми закључују. У области породичнога и наследнога права и наш законик чешће захтева нарочиту форму за изјаву воље, а ређе у стварном праву. Сем тога по § 541 грађ. зак. могу уговорачи углавити да ће уговор, који намеравају закључити, бити пуноважан тек онда, кад се у писменој форми закључи. Међу тим с обзиром на овај и § 13 грађ. зак. странкама је слободно, да за правне послове, за које *законом* никака форма није наређена, одреде и нарочиту форму за изјаву воље и перфекцију правнога посла. Тако на пр. могу странке уговорити да ће посао, који намеравају закључити, бити пуноважан тек онда, кад се та форма испуни, да се даде капара или кад стране даду једна другој руку или кад се правни посао пред сведоцима закључи. Оне могу учинити изјаве воље зависним и од других формама, које закон не спомиње, само те форме не смеју бити неморалне нити се стајати у супротности са којим законским прописом, јер би онда због такве форме цео правни посао био ништав (§§ 13 и 538) грађ. зак.). У свима овим случајевима сматра се да правни посао није све дотле закључен, док се воља не изјави у форми, коју су странке одредиле,²⁷ и пре но што се овај захтев испуни, не може се подносити тужба ни ради испуњења посла ни ради испуњења одређене форме (на пр. да се изда уговорена писмена исправа), јер нема обвезе ни једне стране. Сасвим је друга ствар, кад су странке *усмено* већ закључиле уговор, па се онда договоре, да се *накнадно* о *закљученом* уговору састави *писмена исправа* или да се уговор потврди код суда или нека друга форма испуни. Овде испуњење ове форме не долази у реквизите дотичнога уговора, јер он је већ закључен. И ако се уговорена форма не испуни, онда странка може тражити испуњење примљеног обећања, да се у уговореној форми закључени уговор понови. Ако је сумњиво, да ли су странке, које су уговориле да се писмено уговор начини, хтеле да писмено буде битан услов

²⁷ Ако су обе странке испуниле правни посао, који није у *уговореној* форми закључен, или ако га је само једна странка испунила, а друга *примила* ово испуњење, онда се посао има сматрати за пуноважан, пошто се у испуњењу и пријему испуњења огледа одрицање захтева о форми. В. Unger System II стр. 116 пр. 16.

за важност уговора или само да се дође до сигурнијег доказног средства, онда се претпоставља оно прво, ако је у погледу писмене форме уговорено пре закључења правнога посла. Међу тим ако је правни посао био закључен, па се после странке договоре, да се састави о закљученом послу писмено или испуни каква друга форма, онда се узима да се овим ишло само на то, да се до јачег доказног средства дође. В. Stubenrauch II стр. 57.

У нашем грађанском законнику предвиђене су за формалне правне послове ове форме, у којима се правна воља има изјавити: а) писмена форма,²⁸ б) изјава пред влашћу и потврда од стране власти или изјава у писменој форми и у присуству сведока,²⁹ в) присуство сведока.³⁰ Ове се форме и комбинују међу собом, тако да се тражи и изјава у писменој форми и уз то изјава пред влашћу или сведоцима или изјава пред влашћу и сведоцима.

§ 5.

Писмена форма.

Главна форма за изјаву воље у данашњем праву јесте, поред говора, писмена форма. Њу најчешће прописују законодавства, а њом се највише и уговорачи служе, када правним послом сами одређују форму за своје изјаве воље (§§ 540, 541).

Своју вољу писмено изјавити значи писменима објавити спољњем свету своју правну вољу. Написана воља јесте *исправа*; онај који своју вољу писменима изјављује, јесте творац исправе, њен издатељ. Неизоставни саставни делови једне исправе јесу *садржина*, т. ј. изјављена воља, и *потпис* изјављивача.³¹

Садржина исправа различна је према изјавама воље,

²⁸ §§ 564, 430—435, 610, 780, 781, 866, 896, 145, 147; тргов. зак., 40, 80; грађ. суд. пост. § 436; чл. 88 прав. о пост. у неспор. делима.

²⁹ §§ 60, 63, 130 ал. 2, 134 тач. 3, 145, 147, 148, 152, 294, 307, 326, 342, 439, 440, 441, 5 тргов. зак.; чл. 82, 144, 146 правила за неспор. дела

³⁰ 60, 896, 436 и сл.

³¹ Данас се као сасвим природно сматра да свака исправа буде и потписана, међу тим у римском праву то се тек у познијем развићу и у ограниченој мери јавља. Од средњег века датира се обичај, да се изјава воље тек са потписом као свршена сматра. В. Krainz, System стр. 311.

које су у њима садржане и подлежи разноврсном законском регулисању;³² потпис на изјавама је увек исти, па с тога о њему важе исти прописи.

Шта се под „потписом“ подразумева?³³ Наш грађански законик вели о томе у § 542: који писати не зна, мора своје име до другога потписати дати, сам пак или крст ставити или печат свој ударити, које ће два сведока посведочити, да је с његовом вољом уговор закључен и потписан. В. и §§ 896 грађ. зак. и 79 грађ. суд. пост. и 80 и 192. У трговачком законнику у тач. 5. § 80 стоји „потпис издатеља са његовим именом или фирмом; ако он не може потписати, то ће поред свога имена крст ставити, које ће, осим онога, који га је потписао, још два сведока својим потписом на меници посведочити“; в. даље §§ 92, 109 и 162 тач. 5 тргов. зак. Из овога и из схватања правнога саобраћаја следује да исправу, која садржи формалну (писмену) изјаву воље, треба *својеручно* да својим именом потпише издатељ или да *својеручно* стави крст поред свога имена или печат, а то да овере два сведока својим потписима.³⁴ Овим прописом постиже се, да од руке издатељеве потиче бар један саставни део исправе, потпис или крст; садржину исправе може и ко други написати.³⁵ Сасвим је оправдана ова одредба закона. Јер и ако би се захтевом, да издатељ сам напише целу садржину исправе, користи од форме најбоље испољиле, ипак је с друге стране за правни саобраћај врло тешко, кад би се захтевало да уго-

³² На пр. шта мора садржавати исправа о тестаменту §§ 431, 137 у вези са 145.

³³ У § 126 немач. грађ. зак. прописује се: „Ако је законом писмена форма прописана, онда исправу мора издатељ својеручно потписом имена или судски или од стране нотара овереним ручним знаком потписати.

Код уговора морају се странке на истој исправи потписати. Ако се о уговору начине више равногласних исправа, онда је довољно, да свака странка потпише исправу, која је за другу странку одређена.

Писмена форма надокнађава се судском или нотаревом потврдом“.

³⁴ Међу тим ако је исправа влашћу потврђена, онда је форма за изјаву испуњена и без садејства ових сведока.

³⁵ Изузетак је својеручни тестамент § 430. Али кад је у питању исправа као *доказно средство* о једностраној обвези (т. зв. облигација — §§ 191 и 192 грађ. суд. пост.) или о двостраним уговорима, а не као цивилно-правна форма за изјаву воље, онда треба да је она цела написана и потписана руком издатеља, иначе може она служити као почетак писменог доказа — § 245 грађ. суд. пост.

ворачи морају својеручно да напишу цео, често врло опширан уговор, па тек онда да се сматра да је воља у прописаној писменој форми изјављена.

У теорији, нарочито немачкој, спорно је питање: да ли заступник сме онога, кога заступа, потписати, т. ј. да ли сме потписати исправу именом свога властодавца, или мора својим сопственим са додатком „као пуномоћник Н. Н-а“ или чиме сличним. За наше право (§ 609 грађ. зак.), а и за аустријско, (в. Krainz I стр. 312) несумњиво је да пуномоћник може исправу и именом свога властодавца потписати, чак и не означајући изрично, да то као пуномоћник чини, јер кад је пуномоћник овлашћен, да за свога властодавца учини неку изјаву воље, која ће овога обвезивати, онда из тога следује, да је он овлашћен дати је у форми, која ће властодавца бити у стању да обвеже. И као што би властодавац, кад би сам лично вољу изјављивао, морао својим именом исправу потписати, те да би постојала писмено изјављена воља, исто тако може је његовим именом и пуномоћник потписати. Према томе један настојник куће, који је овлашћен од газде куће, да кирију наплаћује, може признанице о примљеној кирији и именом кућнег газде потписивати (§ 896 „... и то ваља да потпише поверилац или његов пуномоћник...“)³⁶

Захтев да исправу треба њен издатељ *сам својом руком* или *својеручно*³⁷ да потпише значи, да се издатељ не може служити другим лицем као *оруђем* за потписивање исправе. Ако би му неко водио руку при потписивању, било по његовој жељи било силом, онда не постоји својеручни потпис,³⁸ јер онда издатељ није творац потписа, него онај, који му је руку водио. Овде издатељ није својом руком писао, него туђом руком, која се руком издатељевом служила као каквом ствари, онако како се на пр. човек пером и држаљом служи.³⁹

³⁶ Међу тим кад је у питању изјава последње воље, онда мора сам тестватор написати и својим именом потписати тестамент, јер је код тестаментата заступништво искључено; то се у § 2064 немач. грађ. зак. изрично каже, а за наше право то следује из природе ствари (В. § 430 „... сам својом руком...“).

³⁷ Издатељ може и држећи перо у устима или ногом потписати исправу, ако руке нема или не може њоме писати.

³⁸ Противно мишљење без навођења разлога заступа Staudinger, Kom. I S. 375.

³⁹ А. Борђевић, Наследно Право, Бранич за 1903 стр. 329 мисли, да је потпис пуноважан, ако је ко тестватору *придржавао* руку при потпису.

Закон тражи да се исправа потпише. Издатељ мора дакле *писати*. Какав је материјал, на коме се пише, све једно је. Тако може издатељ исправу мастилом написану плајвазом потписати и обратно, или потписати исправу написану на дрвету, платну, пергаменту и т. сл.⁴⁰ Захтев *писања* чини, да издатељ не може исправу потписати стенографским знацима, цифрама, писаћом машином, штемплирањем, штампањем нити другим механичким средством.

Сасвим је умесно, што законодавац *писање* имена тражи. Јер тиме потпис имена добија свој *индивидуални* карактер, што је врло важно за случај фалзификовања потписа и потребе да се рукописи упоређују. Поред тога овај захтев писања чини, да се тиме постиже то, да издатељ потребује више времена за потписивање исправе, а тиме и за размисљања, што спречава пренагљеност. Употреба механичких средстава омогућава израду потписа имена у маси на празним бланкетима од стране издатеља или трећих лица, који би се онда по потреби могли употребити. Захтевом својеручног потписивања имена издатељ се принуђава да узме сам перо у руке, и да још једном о ствари размисли. Где пак постоји стварна потреба у механичком потписивању имена (као на пр. код државних облигација, лозова Класне Лутрије и у опште код исправа, које на доносиоца гласе) ту сва законодавства чине изузетке и допуштају такве потписе.

Издатељ исправе мора ову својеручно својим *именом* потписати. При овоме може настати питање: којим *именом* сме издатељ потписати, да ли само крштеним именом (Петар, Павле и т. д.) или само презименом или мора и једно и друго потписати или ма којим именом? Наш законодавац вели да треба „потписати“ (§ 541), „своје име од другог потписати дати“ (§ 542), говори у опште само о „своме имену“. Тргов. зак. у § 80 тач. 5 и § 162 спомиње само име а у § 92 вели

⁴⁰ Наравно да се, према околностима, из тога факта, што је исправа на извесном материјалу написана, може истаћи питање о *озбиљности* воље, која је писањем на таком материјалу изјављена. На пр. из тога факта што неко у нормалним приликама напише тестаменат плајвазом или кредом на табли, тешко је закључити да овде постоји *озбиљно* изјављена последња воља. Пре би се могло узети да је то што је написано само пројекат тестамената, да дакле последња воља још није дефинитивно изјављена.

треба ставити „име и презиме пријемника“. Из овога следује да кад издатељ потпише исправу *туђим* именом (изузимајући име свога властодавца) да онда форма писмена није задовољена. Он онда може одговарати за накнаду штете противној страни на основу преваре. Међу тим несумњиво је да је законодавац захтевом да се потпише именом то хтео постићи, да се исправа потписује именом, под којим је издатељ познат у кругу, у коме правне послове врши, а које је довољно да га као индивидуу означи. Према томе и кад неко потпише исправу именом, које му није крштено ни породично, али га је он себи присвојио и под тим је именом познат (псевдоним), може се рећи да он „својим именом“ потписује и да је форма задовољена, ако тим именом потпише.⁴¹ На пр. неко живи у једној вароши као дошљак дуго година под именом Стевана Тодоровића, а право му је име Никола Стојановић.⁴² Или неки уметник опште је познат под другим именом којим се служи (на пр. у Француској Жорж Сандова, у Енглеској Џ. Елијот) поред правога или се право име и не зна. Најправилније је потписати се целим именом и презименом, пошто је сваки човек у нашем друштву дужан да има своје име и презиме. Али ако се исправа потпише само *презимином*, онда је и то довољно. Ако неко у правном саобраћају са пријатељима и рођацима потпише исправу само *именом*, онда то може представљати потпис. На пр. „Признајем да сам од мог оца Живка Аранђеловића узео на зајам 200 динара. 10. VIII. 1910. Драгољуб“. Или отац, написавши тестаменат у виду писма, упућеног својој деци, потпише га са „Ваш отац Павле“.⁴³ На против у пословном саобраћају са другим личностима потписивање само именом није довољно.⁴⁴

⁴¹ Ипак има писаца, који су томе противни. Тако Josef (в. Arch. für civ. Pr. V. 94. S. 465 ff.) вели „где закон о нечијем *имену* говори, а нарочито где потпис имена захтева, може се мислити само на име, које неком *по праву* припада, а то је крштено и породично име (презиме), јер само се ово име има признавати од свакога“. Међу тим Josef заборавља, да се може стећи и право на псевдоним, које је такође у праву заштићено.

⁴² Сетимо се Иговог Жана Валжана.

⁴³ V. Dernburg B. R. I. S. 411.

⁴⁴ Кад се крштеном имену дода надимање при потпису, каквих често има по нашим паланкама, онда је по каткад тешко одредити, да ли потпис важи. На пр. потписи: Пера Мајмун, Влајко Каранџилче, Мита Шогор, Никола Катана — и т. сл. Све зависи од тога, да ли се дотично лице

У вези с овим питањем постављано је и питање: да ли потписивање имена треба да дође тек онда, кад је изјава, коју треба потписати, већ написана, или је допуштено на празном бланкету потписати име, па онда изнад потписа написати изјаву воље? Ја мислим, да се само по себи разуме, да се сме потписати бланкет, који ће се накнадно испунити одређеном изјавом воље. Пре свега онај, који бланкет потписује, зна у главном при стављању потписа шта ће се изнад његовога потписа написати, и када он бланкет потписује, па овај ради испуњења другом уговорачу предаје, онда је он тако рећи потписао изјаву воље, која је већ усмено утврђена, дакле и у овом случају изјави следује потпис. Ко пак потписује бланкет, не знајући пре тога шта ће се изнад његовога потписа написати, показује тиме, да његов потпис није имао никаквога озбиљнога смисла, да он тиме никакав правни посао није имао пред очима, него да је са других разлога своје име потписао. Ако тако потписани бланкет дође у туђе руке, који га неком изјавом воље без знања или противно вољи потписника попуни и употреби, онда је то кажњива радња и потписника не обвезује. Наравно ако он све ово докаже. Јер кад је потпис на исправи истинит, онда се претпоставља, да је истинит и њен текст, т. ј. да од потписаног потиче у исправи садржана изјава воље, дотле, док потписник не докаже противно.

Што се тиче питања: да ли потпис покрива и измене и додатке, који се на већ потписаној исправи врше, то се ја слажем са мишљењем Дернбурговим (B. R. I. S. 411—412), да треба сматрати да је измена или додатак по вољи потписника извршен (према паремији: *qui subscribit, scribit*), наравно без штете по право потписника да противно докаже. Али овде се мора чинити једно ограничење. Само се онда сме претпостављати, да су измене и додаци на исправи извршени руком или по вољи потписника, ако се то тиче мање важних, у исправу унесених изјава. Али ако се то односи на важније ствари, на пр. кад је прецртана сума дуга, па над тим друга сума написана, онда та околност чини, да потпис ову измену не покрива, и онај који се на ову измену позива, мора је на други начин доказати.⁴⁹

⁴⁹ В. за трговачке књиге § 11 тргов. зак., који треба у овом у тексту изнесеном смислу протумачити.

Ручни знак. Изјава воље у писменој форми испуњена је и онда, кад изјављивач, у место стављања потписа имена, на исправу стави, на месту где потпис треба да дође, својом руком знак, било крст, било какав други знак (§§ 432, 433, 542, 896), било свој печат. При овоме треба ово имати на уму: у место својеручног потписа може доћи ручни знак само онда, ако изјављивач воље а) не зна писати; б) или ако зна, али *не може* (на пр. због дуготрајне болести или моментане неспособности) да пише. Према томе ко зна, у моменту кад се исправа саставља, да пише а није ничим спречен да се потпише, мора на исправи, у којој је његова воља изјављена, своје име потписати, па да форма буде испуњена.

Уз стављање својеручног знака морају још доћи два сведока, који ће на исправи потврдити да је изјављивач одиста у исправи садржану изјаву воље за своју признао (§ 542 при крају) и умолио да буде потписан, као и да је сам свој ручни знак ставио. Према томе изјављивач воље постараће се да ко други, а то може бити и један од сведока (§ 896)⁵⁰ потпише на исправи име његово.^{51 52} За тим ће изјављивач уз тај потпис ставити свој ручни знак или печат. После тога долази стављање сведошбе сведока. Ови сведоци морају имати способности за полагање заклетве — § 265 грађ. суд. пост. а не морају бити мушког пола. Своју сведошбу треба они сами да потпишу, дакле обојица морају бити писмени.⁵³ Све ово важи за правне послове *inter vivos*.

Односно правних послова *mortis causa* има се рећи ово. Писмени тестамент⁵⁴ може бити *олографски* (написан и потписан руком тестатора) и *олографски* (кад ко други напише

⁵⁰ По аустријском грађан. зак. § 886 изјављивача воље има један од сведока да потпише. По нашем грађ. зак. то није потребно.

⁵¹ Није нужно да се означи ко је потписао изјављивача. Да је то потписивање по његовој вољи било, види се из стављања знака и сведошбе сведока, која следује потписивању. (Тако гласи одлука бечког врхов. суда од 11 априла 1865). Али за менично право в. §§ 80 тач. 5, 92, 162 тач. 5.

⁵² Бар један од сведока мора знати читати, те да може прочитати исправу.

⁵³ Немачки грађан. зак. (§ 126) сасвим умесно тражи, да ручни знак издаваоца исправе буде оверен од стране суда или нотара. Тако треба да буде и у нашем новом грађан. законнику, можда са додатком, да и општински судови могу оверавати потпис или ручни знак.

⁵⁴ А тако исто и додатак тестаменту (кодицил) § 431.

тестаменат а тестатор га само потпише или ручни знак стави). Ако је тестаменат *олографски*, онда односно *потписа* тестаторовог важи оно, што је раније о потпису казано. *Сведоци* овакога тестамената имају да се потпишу на показани им тестаменат, било да знају или не његову садржину⁵⁵ (§ 434). Никаква изјава, коју би сведоци требало да потписују, не мора се на овај тестаменат стављати. Довољно је назначити „тестаментални сведоци“ или „сведоци на тестаменту“. Аустријски законик (§ 578) не тражи сведоке при олографском тестаменту. А за алографски тестаменат (§ 579) подељена су мишљења, да ли сведоци треба да поред потписа ставе и означење „као сведоци последње воље“, или само да потпишу. В. Stubenrauch I. стр. 786.⁵⁶ Сведоци морају лично познавати тестатора, али то се не мора написмено означавати. Сва три сведока⁵⁷ треба на тестаменту да се потпишу, али законода-

⁵⁵ Код овога тестамената може настати питање, да ли сведоци треба на тестаменту да *назначе* да су сви заједно били при потписивању тестамената (сходно ал. 2 § 433, који важи и за тестаменте из § 430) и да из уста завештаочевих знају, да је оно, на шта се они потписују његова последња воља (§ 434). И ако је тестаменат принудно формалан правни посао, ипак треба у тумачењу правних прописа, који се на форму односе, тежити томе да се што је могуће више одрже правни послови у снази, нарочито код тестамената, где поправка онога, што је пропуштено, није више могућна, а специјално код тестамената из § 434 за то што је својеручно написани и потписани тестаменат јасан доказ о последњој вољи тестаторовој, па с тога се ни у аустријском ни у немачком грађ. законнику не траже сведоци при њему. Према томе кад законодавац изрично то двоје не тражи — а тражи да се у сведоцима сведока код алографског тестамената назначи, да је тестаменат тестатору од стране једног сведока прочитан и да се он изјасни, да је то његова последња воља (§ 435), онда не треба ову форму отежавати и не треба испуњење тих захтева ни тражити. Својим потписима на тестаменту као тестаментални сведоци ови јемче и за то, да су из уста завештаочевих чули, да је оно, на шта се као сведоци потписују, његова последња воља и да су заједно при потписивању били.

⁵⁶ А. Ђорђевић, Наследно Право, Бранич 1903 стр. 330 мисли, да треба пре потписа сведока назначити, да сведоци тестаменат потписују као *призвани* од тестатора сведоци. Ја мислим да сведоци треба да буду од тестатора призвани да тестаменат потпишу, али да се та околност не мора означавати на тестаменту.

⁵⁷ Ако је тестаменат привилегован, т. ј. ако се прави у изузетним приликама, о којима је говор у § 446, онда су довољна и два сведока (§ 447), а за сведоке по § 446 могу се тада узети и жене, монаси и момци старији од 15 година (пошто се по § 427 са навршеном 15 годином задобија способност прављења тестамената).

вац допушта да два сведока могу бити неписмена, и онда ће они, место да потпишу, ставити уз своје име, које онај писмени има да потпише, свој печат или крст (или други који ручни знак). Међу тим код тестамената „свагда треба да се назначи чијом је руком име написано“ (§ 433 при крају).

Кад је пак у питању *олографски* тестаменат, онда ваља ово имати на уму: тај тестаменат мора сам тестатор својим именом потписати ако може. Односно потписа важи оно, што је о томе већ казано. Ако тестатор не може да потпише, умолиће другог (на пр. писца тестамената, сведока на тестаменту или друго које лице) да име тестаторово потпише, а он ће ударити свој печат ако га има (§ 432), а ако га нема ставити својом руком крст или други знак уз своје потписано име. Да је тестатор умолио другог да га потпише, за то што не може да пише, да је ударио печат или ручни знак уз своје име, мора онај, који га је потписао, да назначи. После овога долази изјава сведока, која се мора на тестаменат ставити, ако тестатор није знао или могао (на пр. зна да чита али због болести очију не може да чита) да сам чита тестаменат⁵⁸ а која има гласити: да је дотични тестаменат један од сведока (поименце) тестатору пред осталим сведоцима прочитао, и да се он изјасни да је то његова последња воља (§ 435). Ову изјаву морају ова три сведока⁵⁹ потписати, односно чега важи оно, што је горе код олографског тестамената за потписе сведока казано.

Спорно питање: може ли писац тестамената бити сведок на алографском тестаменту, ја мислим да се има овако решити: пошто законодавац не забрањује писцу тестамената да буде сведок, и пошто формалности за прављење тестамената, које су и иначе већ довољно строге, не треба још поопштра-

⁵⁸ Ако је код алографског тестамената тестатор знао и могао да прочита тестаменат, онда је довољно да сведоци ту околност: да им је тестатор изјавио да је прочитао тестаменат, на тестаменту констатују и да се, као и код олографског тестамената, на тестаменат потпишу. В. А. Ђорђевић, Наследно Право, Бранич 1903 стр. 333, који мисли да се тестатору не мора од стране сведока читати тестаменат, ако је тестатор сам потписао тестаменат и сведоцима изјавио да га је сам потписао и прочитао.

⁵⁹ Односно двојица, ако је тестаменат у случају нужде (§ 446 п 447) прављен. В. горе примедбу под 57.).

вати тумачењем воље законодавчеве, то онда треба узети да писац тестаментa може бити сведок.⁶⁰ Али он може то бити само тако, ако има способности, која се за сведока при тестаментима у опште тражи (§§ 443, 444, 446), а сем тога, кад је писац тестаментa и сведок, онда не сме писац као сведок читати тестамент тестатору, него други који сведок, што се мора и из изјава сведока на тестаменту видети. Из овога следује да у овом специјалном случају морају два сведока бити писмени (писац — сведок и други сведок).⁶¹

Тестамент може даље бити и *заједнички тестамент супруга* (§ 779). Његова је карактеристика у томе, што се једним и истим актом (uno actu) два последње воље стварају. Односно форме важи ово: ако се хоће да састави *олографски заједнички тестамент*, онда ће сваки супруг својеручно написати у тестаменту своје наредбе на случај смрти, па ће онда оба супруга тај тестамент потписати.⁶² И овде односно потписа важи оно што је раније већ казано. Затим долазе потписи три сведока као код обичног олографског тестаментa. Ако се пак хоће да састави *заједнички алографски тестамент*,⁶³ онда ће суприси потписати исправу, која садржи

⁶⁰ Ко је писац тестаментa не мора да се означаје. Али ако се утврди, да је тестамент писао онај, коме се што у тестаменту оставља, онда тестамент не важи — § 445.

⁶¹ Највеће злоупотребе дешавају се код овога алографског и усменог тестаментa. С тога би у интересу морала требало у будућем грађан. законнику оставити само својеручни (олографски) тестамент и јавне тестаменте.

⁶² Немачки грађан. зак. (§ 2267) сасвим умесно за овај случај одређује, да тестамент може један од супруга написати и потписати а други да својеручно напише да тестамент има и као његов тестамент да важи. А. Борђевић, Наследно Право, Бранич 1904 стр. 3 вели: „Ако су пак оне (изјаве последње воље) одвојено, једна за другом, исписане, онда су два одвојена тестаментa, па се и важност свакога од њих има засебно да цени по прописима и форми тестаментa“. За у тексту заступано мишљење в. Stubenrauch II. S. 550.

⁶³ Stubenrauch, Ком. II. стр. 550 мисли, да *усмени* тестамент није погодан за заједнички тестамент, јер и ако обе изјаве (и мужа и жене) непосредно једна за другом следују и исти сведоци буду при обема изјавама присутни, ипак су то два засебна акта, а не заједнички тестамент. Постоји једна одлука врхов. аустр. суда од 1850 год. у противном смислу. Међу тим разлог Штубенраухов није тако убедљив. Јер и код писменог заједничког тестаментa постоје две једна од друге одвојене изјаве, једнога па онда другогa супруга, само што су обе стављене на једној хартији.

заједнички тестамент, а ако не могу писати, онда ће их други потписати. За тим ће се ставити на тестамент изјава сведока и потписи њихови, као што је већ горе за алографске тестаменте казано.⁶⁴

Најзад наш законодавац предвиђа, да муж и жена могу између себе начинити *и уговор о наслеђивању*, (§ 780)⁶⁵ За овај уговор аустријски законик (§ 1249) тражи „да је писмено начињен и да одговара свима захтевима за писмени тестамент.“ У нашем законнику каже се да такав уговор треба „онако начинити, као што пропис за тестаменте гласи.“ Са разлога, што је у времену постанка нашег грађан. законика писменост била врло мало у Србији раширена, слободно је сматрати, да наш законодавац намерно није хтео усвојити пропис аустр. законодавца (§ 1249), по коме је наш § 780 израђен, да уговор о наслеђивању мора бити само у писменој форми састављен.

Кад је у питању писмена форма овог уговора, онда Штубенраух мисли да *олографска* форма није овде могућа, јер није могуће да оба супруга својеручно напишу и потпишу уговор. Међу тим ја мислим да се овај уговор може написати и потписати у два примерка, један написан руком једног супруга, а потписан од обадва, а други написан руком другог супруга, а потписан такође од обадва. Обе ове исправе *заједно* сачињавале би пуноважан уговор о наслеђивању, кад би још од стране сведока био потписан. У *олографској* форми уговор о наслеђивању био би пуноважан, кад би биле испуњене све оне формалности односно потписа или стављања ручногa знака од стране тестатора и сведока, о којима је горе код алографског тестаментa већ говорено.⁶⁶

⁶⁴ И у форми писменогa судскогa тестаментa, као и у форми усменогa судскогa тестаментa, може заједнички тестамент бити начињен. За ове форме важи оно, што је ниже о судским тестаментима казано.

⁶⁵ За наше право може бити спорно да ли је уговор о наслеђивању допуштен и између других лица, а не само између супруга. В. А. Борђевић, Бранич 1904 стр. 13.

⁶⁶ Питање о *правној природи* уговора о наслеђивању веома је спорно у теорији. Већина писаца сматра, да он није облигаторни уговор, нити стварни уговор (dinglicher Vertrag), нити двојни посао, састављен из једностране тестаменталне одредбе наследника и уговорногa одрицања на право, да се ова одредба опозове. Уговор о наслеђивању сматра се дакле као наследно-правни уговор sui generis. В. Stubenrauch II. S. 552. Према

Број исправа о формалном правном послу. Сагласност странака, која је у погледу кога уговора између њих постигнута, најбоље се огледа у томе, кад она буде изражена у исправи, начињеној о дотичном правном послу.⁶⁷ Кад су странке уговор, који се по сили закона или по њиховом споразуму има писмено закључити, закључили потписивањем имена на *једној* о њему начињеној исправи, онда по правилу нема сумње да је сагласност потпуно била постигнута. Било би дакле најбоље, кад би се о уговору, који се има писмено закључити, саставила само *једна* исправа, коју би обе странке потписале. Тако најављена воља била би пуноважна баш и да је правни посао двостран уговор.^{68 69} Али исправа је важно доказно средство, које би свака странка радо имала у оригиналу. Стога настаје питање: је ли писмена форма задовољена, ако уговарачи саставе две исправе, па сваки од њих потпише ову исправу која је за противну странку одређена.⁷⁰ Ја мислим да то не би било противно ни нашем закону,⁷¹ пошто се у § 541 каже

томе кад уговор о наслеђивању није обавезан ни двостран — јер њиме не морају обе стране примити на себе обвезу — уговор, не може се ни приликом судског остваривања његовог тражити, да он буде састављен овако, како се у § 192 за двостране уговоре тражи. Кад је он начињен овако како прописи грађан. зак. траже, онда се он и као *доказно средство* (приватна исправа) има примити пред судом.

⁶⁷ Кад је у питању исправа као доказно средство, онда је меродаван и пропис § 197 грађ. суд. пост. о форми како треба да је исправа начињена.

⁶⁸ Међу тим кад би дошло у питање *доказивање* тога уговора пред судом, кад је дакле у питању *исправа као доказно средство*, а не као битна форма за поставан уговора, онда би се морало обазрети на § 192 ал. 6. грађ. суд. пост., и према томе та *једна* исправа била би само почетак писменог доказа.

⁶⁹ У случају да је та исправа потребна за доказ у шрици, може уговарач, код кога се она не налази, тражити да му се она изда у оригиналу или препису према § 203 грађ. суд. пост.

⁷⁰ Немач. грађ. зак. у § 126 то изрично допушта.

⁷¹ У § 40 тргов. зак. сам законодавац наређује да уговор мора бити у онолико комада написан колико је уговарача. Сваки од ових примерака мора бити потписан од свију уговарача. Али примерак, који је одређен за уговарача А., не мора он и потписати, него остали уговарачи, а он мора потписати оне примерке, који су за друге уговараче одређени. Тако и Stubenrauch II S. 56 пр. 3.

само да се уговор „само са потписом као закључен сматра“.⁷² Али овде треба имати на уму, да ове исправе, на које уговарачи стављају појединце своје потписе, морају бити *равногласне*, т. ј. садржина исправа мора бити иста, а по спољњем облику могу се разликовати. Ако се на пр. странке споразумеју, да се о уговору закупа између њих, који намеравају закључити, направе две равногласне исправе, и ако једна странка у писму, упућеном другој странци, углављене тачке уговора напише и потпише, друга пак странка за тим састави и потпише исправу, која исте тачке садржи, онда у овом случају постоји пуноважан писмени уговор о закупу, пошто је садржина исправа иста и ако је облик њихов различан. Ипак чини ми се да се сувише далеко иде, кад се тврди, да егзистенција писменог уговора није искључена и онда, ако се, и поред разноликости садржине исправа, *тумачењем* долази до одређене, у сваком примерку исправа означене садржине уговора (в. Hölder, Kom. I z B. G. B. издање од 1900. S. 282, 5). Да исправе имају исту садржину, мора се на први поглед видети, при чему наравно ситне погрешке у писању не долазе у обзир, и тек се онда може говорити о „равногласним“ исправама. Ако би се садржина разних исправа имала тек *тумачењем* да утврђује као равногласна, онда би то водило великој забуни, и за то се мора тако схватање одбацити. (B. Goldmann-Liliental, Das bürgerl. GB. S. 120).

Захтевом,⁷³ да се код уговора начини само једна исправа или више равногласних исправа, хтело се спречити да се уговори, који се у писменој форми морају закључити,

⁷² У оваким случајевима није потребно да код уговора између присутних странке *још и узму* исправе, које су потписале. Чим се на исправу ставе потписи, одмах је у томе моменту уговор перфектан. Ако је пак предвиђено, да само једна страна даде писмено обећање (§ 564), онда се мора потписана исправа, у којој је обећање садржано, и предати другој страни, па да се форма испуни и тиме уговор за закључен сматра. Исто тако код писмених уговора између одсутних, уговор је перфектан тек онда, кад и једна и друга страна приме потписане исправе, у којима је уговор садржан.

⁷³ Немач. грађ. зак. у § 126 изрично прописује: „Код уговора морају се странке на истој исправи потписати. Ако се о уговору начине више равногласних исправа, онда је довољно, да свака странка потпише исправу, која је за другу странку одређена“.

не закључују преко писама. То је била изречена намера немачкога законодавца (в. Motive z. B. G. B. V. I. S. 189, Prot. I. S. 92, Denkschrift S. 25), која је потпуно оправдана, јер сасвим је тачно, кад се односно овога у Мотивима вели: „...да измена писама за испуњење писмене форме није за усвајање. Садржину једнога уговора често је тек са муком могуће из кореспонденције конструисати, и стога би овај начин писмене форме могао лако постати извор споровима, а међутим циљ законом или правним послом наређене писмене форме баш у томе и јесте, да се осигура већа јасноћа садржине уговора.“ Али тиме још није казано, да је закључење уговора средством кореспонденције сасвим немогућно. То није хтео немачки а зацело то неће ни наш законодавац. Законодавчева је намера у томе, да се не допушта на основу кореспонденције између странака тек *закључивати* да је намеравани уговор између њих углављен. Из понеких између странака измењаних писама може се тек тумачењем утврдити, да је до споразума о уговору дошло, а то се баш хоће да спречи. Међу тим ако се из писама, која су странке измењале, а од којих једно садржи понуду, а друго пријем ове понуде, *јасно види*, да је споразум постигнут, онда је писмена форма испуњена и уговор пуноважан. Наравно да писма морају бити „равногласна“, т. ј. у оба писма мора бити иста садржина, која се односи на уговор. Међу тим ништа не смета, ако је уз то још штогод споменуто, што не стоји у вези с уговором. Ако на пр. Петар са Јованом утврђене тачке некога уговора о закупу овоме у облику писма достави, после чега Јован саопшти Петру, опет у писменој форми, да на те тачке, које ће поновити у писму, пристаје, и у истом писму о неким другим стварима штогод дода, онда постоји пуноважан уговор о закупу, и ако су исправе у виду писма начињене. Исто је тако допуштено, да на писму, које садржи понуду за закључење уговора у писменој форми, прималац стави „пристајем“ или томе слично и да га пошиљаоцу натраг врати, услед чега се уговор има сматрати за пуноважно закључен.⁷⁴

⁷⁴ В. Dernburg, V. R. I. S. 414. Покренуто је у немачкој литератури и питање: да ли је могућно уговор, који се по закону у писменој форми има закључити, углавити на тај начин, што ће странке измењати равно-

За једностране изјаве воље које се по закону у писменој форми имају дати, само је по себи разумљиво, да оне могу бити у форми писма. Међу тим ова је форма довољна само онда, ако писмо *само за себе* садржи целу изјаву воље, која се писмено има дати. Писмена форма није задовољена, ако потписано писмо на пр. тек у вези са писмом другог уговарача чини јасном изјаву воље. На пр. по немач. грађ. зак. § 766 за важност уговарао о јемству тражи се да је изјава о јемствовању писмено дата повериоцу. Сад кад би Јемац А. написао повериоцу Б. писмо, у коме би стајало: „С позивом на Ваше писмо од тога и тога дана примам на себе јемство, које желите“, онда писмена форма не би била испуњена.⁷⁵ Ово тачно мишљење побија Liebenthal (в. Deutsche

гласне, потписане телеграме. Goldmann-Liliental I. S. 141 пр. 25 противни су томе за то, што потписи на телеграмима нису одређени за странке него за телеграфску станицу. Dernburg I. S. 414 прим. 22 вели да је изјава са потписом, која је телеграмом обучена у исправу, несумњиво за другу странку одређена, чиме он допушта могућност закључења уговора путем телеграма. Ја не могу пристати уз ово мишљење, јер по законском пропису потребно је, да странке потпишу *исправу*, која је за другу странку одређена и обратно. Писмено, које је једна странка потписала и послала да се одтелеграфише, није одређено за другу странку, него за телеграфску станицу, код које то писмено и остаје. С тога није меродавно то, што је у телеграму садржана изјава за другу странку одређена, кад за ову није оно писмено, у коме је садржана изјава, одређено.

⁷⁵ По нашем грађан. зак. (§ 564) може поклонодавац у виду писма изјавити своју вољу да хоће поклон да учини, и та би изјава била пуноважна, ако писмо одговара захтевима у тексту. Кад смо већ код овога §-а, онда да споменем, да је обећање поклона и по нашем закону *формалан* правни посао у томе смислу, да је форма *битан захтев* за тужљивост правног посла. Наш грађан. зак. зацело није хтео да у *материјалном* праву говори о томе како се у процесу има доказивати потраживање поклона, кад говор о томе долази у процесно право и законик о грађан. судском поступку. Наш је законодавац само мало другачије, тек да се не каже да просто преводи него да „популарније“ говори, исказао оно, што се у § 943 аустр. зак. вели: „Из усмено само закљученог уговора о дару, без праве предаје дароване ствари, обдареник не добија право тужбе. Ово се право мора оснивати на писменој исправу“. Из свега овога, што сам до сада рекао, излази ово: обећање поклона пуноважно је кад је учињено писмено. Довољно је, према ономе што је раније речено, да је исправу, која садржи обећање поклона, потписао или ставио свој ручни знак поклонодавац. Кад та исправа буде поклонопримцу предата, онда је уговор о поклову перфектан. Поклонопримац има право тужбе за остварење уговора о поклову. Суд ће дакле његову тужбу узети у поступак. Да ли ће

Jur. Z. 1900 стр. 297): „Зацело су под исправом, коју, ради испуњења писмене форме, издатељ мора својеручно потписати, има разумети исправа, која садржи изјаву воље, али закон не садржи ништа о томе да ова исправа мора бити у циљу пуноважног извршења написана у једном писмену, без прилога, без упућивања на постојећа писмена документа. Не може се узети да се ово само по себи разуме, а то и не следује неопходно из појма исправе“. Али ова резонавања нису убедљива. Баш из појма исправе следује само по себи, да она сама у себи мора имати све оно, што чини садржину оне изјаве воље, о којој је она начињена. Ако је за обећање јемствовања потребно дати га у писменој форми, онда исправе, која садржи обећање јемствовања, нема све дотле, док у писмено није ушло све оно што је потребно за давање обавезнога обећања да се јемствује. Дотле постоје само недовршени нацрти за исправу.

Својеручно потписани телеграм није довољан ни за једностране изјаве воље, које се имају дати у писменој форми по пропису закона. Јер, као што је горе у примедбу под 74 споменуто, писмено, које је потписано од стране изјављивача воље, није одређено за примаоца телеграма, него за телеграфску станицу, која по том писмену отправља телеграм.⁷⁶

сад он моћи доказати и у колико том исправом о поклону своје потраживање, зависи од прописа грађ. суд. пост. Ту сад долазе у обзир §§ 191, 192 и 242. Ако исправа о поклону није састављена онако, како §§ 191 и 192 траже, онда нема потпуног доказа него само почетка писменог доказа (§ 245), те се може допунити доказом сведоцима или допуњав. заклетвом (§ 291). То што поклонопримац има пуноважну исправу о поклону по прописима материјалног права, даје му права да и главном заклетвом своје потраживање на суду остварује. Кад је пак исправа, која садржи обећање поклона, снабдевана само ручним знаком поклонодавца и сведоцбом сведока према § 542, онда поклонопримац такође има права на тужбу, али, ако је вредност поклона преко 200 дин., сведоци се не могу испитивати, те према томе може само главном заклетвом потраживање доказивати.

⁷⁶ Према томе дужник, који је дуг платио, и коме је поверилац телеграмом потврдио исплату, не мора се тим телеграмом задовољити, него може на основу § 896 тражити да му се изда уредна признаница. Односно писмене форме, коју су саме странке одредиле, важи у погледу изјаве воље у виду телеграма ово: Ако странке нису изрично предвиделе, да се писмена форма о послу, који намеравају закључити, може задовољити тиме, што ће се воља у виду телеграма изјавити, онда уговорена писмена форма не би била испуњена, кад би се воља у виду телеграма из-

Најзад треба при завршетку разлагања о писменој форми споменути, да се у сваком случају — било да је писмена форма законом или вољом странака одређена — она може заменити потврдом судске или полицијске власти. Ко дакле своју вољу изјави пред овом влашћу по пропису закона (в. закон о поступању у неспорним делима део IV), и своме контрагенту изда потврђену изјаву, тај је своју обавезу у погледу задовољења форме сасвим испунио. Јер потврда власти је строжија форма од прости писмене форме, пошто у њој, поред изјављивача воље, суделују и званична лица, и њоме се ствара јаче доказно средство (јавна исправа) по простом писменом формом (приватна исправа).

§ 6.

Изјава пред влашћу.

Воља се може изјавити и у тој форми, што ће изјава бити дата пред влашћу, која ће о томе издати потврду. Ова форма може бити како законом наређена (в. § 4 ове исправе пр. 29) тако и правним послом предвиђена. Потврђивање изјава, које странке у области приватнога права имају пред влашћу да чине, и прописи законски, који се на то односе, долазе по природи својој не у приватно него у јавно право, за то се и наш грађански законик ограничава у главном на то, да означи само случајеве, у којима се воља има изјавити пред влашћу, а како то бива, како треба надлежна власт у тим случајевима да поступи и своју потврду да даде, прописано је у правилима о поступању у неспорним делима.

јавила. Разлог је већ раније споменуто: писменом формом циља се да странка добије у руке исправу, потписану од друге странке, а то код телеграма није случај, пошто оригинално писмено остаје код телеграфске станице, (у немачком грађан. законнику § 127 изрично је прописано, да је писмена форма, која је правним послом одређена, испуњена, кад се воља телеграмом или у виду писама изјави). На против правним послом одређена писмена форма за изјаву воље има се сматрати за испуњену, ако се воља у облику писма изјави, па било да је у питању закључење уговора или давање неке једностране изјаве воље (отказ уговора, опомена плаћања и т. д.). Односно самога писма важи оно, што је горе већ изложено, кад се писмо употребљава као форма за изјаву воље, која се по закону у писменој форми има дати, а нарочито то, да и писмо мора бити својеручно потписано именом онога, који има вољу да изјави.

Власти, којима је у области приватнога права стављено у дужност да примају и потврђују изјаве воља странака, јесу државне судске и полицијске власти,⁷⁷ а и пред општинским судовима, у кругу њихове надлежности, може се воља изјавити и потврда добити (в. §§ 187 тач. 2, 192, 6 тач. в. и г.), као и пред свештеником (в. §§ 60, 63, 91, 130, 145).

Потврда власти карактерише се тиме, што је код ње, поред лица која изјављују вољу, потребно и садејство трећих лица: судије или полицијског чиновника, деловође, тумача, сведока. Ово званично садејство потенцира значај ове форме за изјаву воље, јер се потврдом власти гарантује, у још јачој мери но простом писменом формом, озбиљност воље, јер она штити од пренагљености, осигурава доказ, па за то је ова форма нарочито погодна за оне правне послове, чија важност захтева нарочиту пажњу странака.

Изјаву воље мора сем изјављивач пред судијом за неспорна дела или полицијском влашћу дати, а ова званична лица морају потврдити, да је то пред њима учињено (чл. 151 пр. о пост. у несп. дел.). Овим се ова форма за изјаву воље — *потврђење власти*⁷⁸ разликује од *оверења власти*⁷⁹ (чл. 160 правила), јер овде има власт само да се увери и потврди, да лице које оверење тражи, признаје да је на оверење поднесено писмено само написало или потписало. Код потврђења власти дакле изјављивач има своју вољу, евентуално садржану у исправу, коју на потврду подноси, пред дотичном влашћу да *изјави*, (§ 187 ал. 5 грађ. суд. пост.), а код оверења подноси се власти већ готова исправа с молбом, да власт стави своју оверу на истој т. ј. да потврди да је молилац признао да је исправу сам написао или својеручно потписао. Код оверења власт не потврђује, да је молилац пред њом изјавио своју у исправу садржану вољу. Власт шта више не мора овде ни знати, шта је у писмену, чије се оверење тражи, садржано. Најзад разликује се још *закључење уговора уз садејство власти*,^{80 81} које се у томе састоји,

⁷⁷ У другим земљама и нотари (бележници).

^{78 79} И немачки грађан. законик разликује као форме за изјаву воље gerichtliche oder notarielle Beurkundung и öffentliche Beglaubigung.

⁸⁰ У немачком грађанском законнику зове се ова форма Abschluss des Vertrages vor Gericht oder Notar.

⁸¹ в. §§ 60, 63, 91, 145. грађ. зак.

што обе странке имају, ради изјаве да закључују уговор, предстати надлежној власти,⁸² и ова ће констатовати постигнути *споразум*, чиме се тек уговор за закључен сматра. Код потврђења пак надлежни чиновник има само да саслуша изјаве странака и да потврди да су изјаве пред њиме дате, које онда по општим правилима о закључењу уговора *могу али не морају* довести до закључења уговора.

А. Потврђење власти може бити, као што је већ речено, форма за изјаву воље како за уговоре тако и за једностране изјаве, и то како по пропису закона тако и по договору странака. И за једне и за друге важе прописи дела IV правила о поступању у неспорним делима. Кад је у питању потврђење уговора код власти, онда је најприродније да се састави исправа о уговору (на пр. оном из § 40 тргов. зак.) и овај да се власти у смислу чл. 151 правила поднесе на потврду. Међу тим могућно је закључити уговор и на тај начин, што ће сваки уговарач исправу, која садржи уговор и коју је он потписао, поднети власти на потврду. Ако су уговарачи у истом месту, онда је уговор закључен, чим је потврђена исправа, која садржи пријем понуде, изражене у раније потврђеној исправу. А ако су уговарачи одсутни, онда је још потребно да сваки још прими од другог уговарача потврђену исправу.

Код давања изјава пред влашћу и потврђењу истих од стране власти у виду потврде исправа, које дотичне изјаве садрже, ваља разликовати две групе лица: *прво* она, чије се изјаве имају потврдити; њих можемо назвати *заинтересованим лицима*; и *друго* она, пред којима заинтересовани своје изјаве дају, и која онда давање ових изјава потврђују или само протокол потврђују; њих можемо назвати *суделовачима*. Ту дакле долазе: чиновник, званичник, тумач, сведок.

И. Заинтересована лица. Заинтересован је онај, чија се изјава има потврдити. Према томе у случају потврђења пуномоћства заинтересовано лице јесте властодавац, који само мора дати изјаву пред влашћу, а пуномоћник не мора ни предстајати власти. „То исто важи и за све друге једностране обвезе, које у рукама друге стране јесу доказ о обвезаности издавача, као о потврђењу облигација, квита, одобрењу ин-

⁸² Чегга код потврђења и оверења не мора бити (чл. 157 и 160 правила).

табулација и томе подобна“ (чл. 157 правила). По правилу при потврди једне изјаве воље морају бити присутни најмање онај, чија се изјава потврђује,⁸³ и чиновник, пред којим се дотична изјава воље чини. Ипак с обзиром на телесне и душевне особине заинтересованих лица има случајева, у којима је надлежни чиновник дужан позвати и друга лица да буду при потврђењу. То бива:

1. Ако заинтересовано лице не зна српски, а чиновник не зна језик овога лица, онда ће се по чл. 152 правила позвати који зналац дотичног језика од грађана, да буде тумач а у првом реду заклету тумач (§ 228 грађ. суд. пост.). Заинтересовано лице има права да само доведе тумача, а кад власт тумача доводи, онда овај мора имати способности за сведочење и полагање заклетве (§ 265 грађ. суд. пост.), а исто тако он према изјављивачу или према изјављивачима воље (ако се тражи потврда уговора) не сме стајати у односима, побројаним у § 211 и тач. 2, 4 и 5 § 215 грађ. суд. пост. Довољно је да странка изјави, да не зна српски или да не зна довољно, па да се нареди за помоћ тумача. Али ако је чиновник уверен, да странка само из шикане тражи тумача, онда он има права и дужност да потврду одбије, пошто се тумач призива само онда, кад заинтересовани не би „знао“ српски — § 228.

2. Ако је заинтересовано лице по нахођењу чиновника, која има потврду да изврши, глуво-немо, онда ће чиновник, кад се увери, да се глуво-неми може средством знакова споразумевати, позвати онога, који те знаке разуме, и преко њега саслушати заинтересовано лице.⁸⁴ На ово нас упућује ана-

⁸³ И то лично или преко пуномоћника. Чл. 150 правила.

⁸⁴ Ако судија те знаке разуме или ако се са глувонемим може писмено споразумети, онда није по закону дужан, и ако је иначе паметно тако учинити, да позива тумача. Глуво-немо лице, које се не може знаковима споразумевати (а није писмено) мора бити под старатељством (чл. 141 зак. о старатељству). Ако старатеља нема, чиновник не сме од таког лица никакву изјаву примати нити потврђивати — чл. 155 правила. Немачки закон о поступку у неспорним делима (Gesetz über freiwillige Gerichtsbarkeit) има у § 169 једно сасвим умесно наређење: да, ако је које заинтересовано лице по нахођењу чиновника глуво, слепо, немо или иначе у говору спречено, онда чиновник мора призвати при потврђењу писара или два сведока. Код нас то није потребно по закону, стога су лакше могуће злоупотребе. Чл. 155 правила само се прописује, да чиновник мора *одбити* потврду, кад се увери — а то је дужан учинити, да је заинтересо-

логија из чл. 152 правила. Тај тумач мора бити лице способно за сведочење и полагање заклетве (§ 265 и 210 грађ. суд. пост.), а исто тако он према изјављивачу и према другом уговорачу не сме стајати у односима, побројаним у § 211 и тач. 2, 4 и 5 § 215 грађ. суд. пост. При овоме ваља имати на уму, да је једино меродавно чиновничково уверење, да ли је заинтересовано лице глуво-немо и да ли се средством знакова може споразумевати, као и да ли је потребан тумач. Према томе ако је н. пр. средством тумача заинтересовано лице изјавило своју вољу, па се доцније покаже, да је оно могло и само говорити, потврда ће бити пуноважна. Наравно ако се докаже злоупотреба власти од стране чиновника, онда и потврда од његове стране биће без дејства.

3. Ако чиновник, који има да потврди изјаву заинтересованог лица, ово лице не познаје, мора се сведоцима два способна сведока, које познаје, и које ће заинтересовано лице довести, уверити да је оно лице, за које се издаје — чл. 160.

II. Суделовачи. С обзиром на важну улогу, коју суделовачи имају при потврђењу, сасвим је оправдано, што немачки законодавац прописује, да извесна лица *не могу* суделовати при потврђењу а друга да *не треба* да суделују. Разлог је за овај пропис у томе, шта извесна лица, због сродничких односа или због материјалног интереса у предмету потврђења, могу бити пристрасна или што из других узрока не могу као што треба испунити задатак, који се мора стављати суделовачима при потврђењу.

Тако немачки законодавац прописује, да при потврђењу не може суделовати као судија, нотар, писар, сведок или тумач: 1 ко је сам у дотичном потврђењу заинтересовано лице, као ни онај, за кога један од заинтересованих као заступник ради; 2 супруг једнога суделовача, па и онда кад

вано лице, због телесних или душевних недостатака, било трајно или моментано неспособно да схвати значај своје изјаве. А чл. 141 зак. о старатељству прописује да под старатељство морају доћи слепа и глува, и слепа и нема лица. Према томе код нас глува, слепа и нема лица могу чинити изјаве пред влашћу усмено (слепи и глуви) или писмено или преко лица, које се са глумим и немим може споразумевати. Ако су ова лица неписмена или је немогуће наћи лице, које ће се с њима споразумевати, онда она не могу чинити изјаве пред влашћу, него ће им се поставити старатељ (чл. 139 зак. о старат.).

брак више не постоји; 3. ко је са суделовачем сродан по крви или тазбини у правој линији или у другом степену побочне линије; 4. ко према ономе, за кога један суделовач као заступник ради, стоји у односу под 2, 3 означеном (§ 170 немач. зак. о поступању у неспорним делима). Даље се у § 171 наређује, да као судија, нотар, писар, сведок или тумач не може суделовати: 1 онај, у чију се корист што год у исправи, која се потврђује, наређује; 2. ко према ономе, у чију се корист у исправи што наређује, стоји у односу, означеном у тач. 2 и 3 § 170. Ако се противно § 170 поступи, онда је цело потврђење ништаво, а ако се противно § 171 поступи, онда наступа делимична ништавост, т. ј. потврђење је ништаво у погледу онога лица, у чију је корист што наређено. Исто је тако и брачни и сроднички однос између судије или нотара и других суделовача препрека за суделоваче извесних лица при потврђењу. По § 172 наступа ништавост целог потврђења, ако је супруг судије или нотара или које с овима у правој или у другом степену побочне линије сродно по крви или тазбини лице суделовало у потврђењу.

Друга група лица *не треба* при потврђењу да суделује (§ 173). Овај је дакле пропис само инструктивног карактера, према томе ако, противно њему, суделују ипак лица, која нису требала суделовати, онда ће потврђење ипак остати у снази. Таква лица, која као сведоци или тумачи не треба да суделују, јесу: 1 малолетници; 2 лица, која су изгубила грађанску част; 3 они, који су по пропису казних закона неспособни, да као сведоци буду под заклетвом саслушани; 4 лица, која су у служби код судије или нотара.

У нашим правилима о поступања у неспорним делима нема оваких *изричних* прописа. Али несумњиво је и наш законодавац тежио, да се у интересу сигурности приватних права и бољег правосуђа, обезбеди што боље потврђење исправа, и да се, према томе, од потврђења отклони све оно, што његовој ваљаности може сметати. Са тога разлога сасвим је у духу тежња законодавчевих узети, да тумач и сведок⁸⁵

⁸⁵ Односно сведока и тумача при тестаментима и њихове способности важе специјални прописи §§ 443—446 грађ. зак. и чл. 168 и 170 правила.

при потврђењу исправа не може бити лице, које није способно за сведочење и полагање заклетве, или које стоји у нарочитим односима према онима, који потврђење траже, као што је горе под 1 и 2 изложено.

Што се тиче чиновника, пред којим се изјава воље чини, и који има да је потврди, и ту, у оскудици изричних законских наређења, радимо у духу законодавчевих тежња, кад допуштамо да странке, које потврђење траже, у смислу § 52 грађ. суд. пост. могу тражити изузеће чиновника, који има потврђење да изврши. И сам чиновник мора у смислу § 53 грађ. суд. пост. одбити потврђење, ако у погледу њега стоје случајеви из тач. 1, 5 и 7. § 52.

Али примењујући прописе грађан. суд. пост. о судијама, сведоцима и тумачима на суделоваче у потврђењу изјава, ми не смемо дотле ићи, да ово потврђење као *ништавно* сматрамо, ако су у њему суделовала лица, која према изложеним законским прописима не би требала да суделују, него те прописе треба да схватимо као наредбе инструктивног карактера, дакле само као упуство надлежним чиновницима за управљање при потврђивању исправа.

III. Протокол. Најважнији посао код потврђења изјава воље јесте састављање протокола о току рада при потврђењу. Протокол је управо форма, у којој се потврђење врши, и оно тек онда потпуно постоји, ако је прописно протокол састављен. У немачком закону о поступку у неспорним делима изрично се у § 175 вели: „О току рада при потврђењу мора се саставити протокол на немачком језику“. У нашем закону нема изричне одредбе о томе, али и по њему мора се о потврђењу саставити протокол (в. чл. 150 „протоколарно саслушати“, за тим чл. 151 ал. 2, 152, 160). По § 176 немач. закона протокол мора садржавати: 1, датум и место потврђења; 2. означање лица, која потврду траже, и лица, која у њој суделују; 3. изјаву заинтересованих лица. У нашем закону нема изричног прописа о томе, али с обзиром на горе наведене законске прописе, на § 169 грађ. суд. пост., где се говори о једној врсти протокола (белешци), и утврђену праксу, мора протокол и код нас то исто садржавати.

Најважнији је део протокола изјава заинтересованих лица. Она може на два начина ући у протокол: а) чиновник, пред којим се изјава даје, саслушаће усмену изјаву заинте-

ресованог лица, па ће је онда у протокол записати, утврдивши јој текст заједно с изјављивачем (§§ 167 и 170, 93 грађ. суд. пост.; чл. 150 правила „протоколарно саслушати...“); б) или заинтересовано лице предаје дотичном чиновнику састављено оригинално писмено са преписом уз изјаву, да оно садржи његову вољу — чл. 151 правила ал. 1, 2 и 3. Ово писмено додаје се као прилог протоколу и чини један део његов. Ово писмено не мора нарочито бити потписано од стране заинтересованих лица и суделовача, јер оно је саставни део протокола, и потпис или ручни ових лица на протоколу покрива све његове делове, па дакле и садржину тога писмена.

Кад заинтересовано лице изјави своју вољу односно призна прочитано му писмено за своје, онда се мора цео протокол прочитати у присуству суделовача, за тим заинтересована лица имају да га признаду као тачан и да потпишу или ручни знак ставе (§ 170 грађ. суд. пост. и чл. 151 правила), па за тим ће се и надлежни чиновник потписати. У протоколу се мора означити, да је у свему овако поступљено. Ако је било потребно садејство тумача због незнања српског језика од стране заинтересованог лица, или због глувонемости, или сведока за утврђење идентитета изјављивача воље, онда ће се и тумач и сведоци изјаснити да признају протокол и потписати га — чл. 152.

Ови прописи о протоколу императивног су карактера, те њихово неиспуњење чини потврђење неважним.

Б. Оверење власти. Као што је већ горе у почетку § 6 казано, ова се форма за изјаву воље разликује од потврђења у томе, што овде код оверења власт не потврђује целу изјаву заинтересованог лица него само потпис на поднесеној исправи односно да је подносилац дотично писмено за своје признао.⁸⁶ Оверење је дакле блажа форма, и због тога, а према

⁸⁶ У немачком законнику § 129 прописује се да се оверење (öffentliche Beglaubigung) тиче само потписа на исправи. Наш законодавац у чл. 160 правила предвиђа две врсте оверења — оверење истинитости онога што је писано или потписа у оригиналној исправи, према чему и наређује да ће власт саслушати онога, који оверење тражи о томе: да ли признаје да је писмено, чије оверење тражи, сам написао (прва врста оверења), односно да ли признаје потпис на дотичној исправи као свој (друга врста оверења). Прва врста оверења готово се и не разликује од потврђења; код ње само чиновник не мора знати садржину исправе, а код потврђења то мора бити — чл. 151 правила.

правилу plus continet minus, њу замењује потврђење, т. ј. кад је уговорена за неки посао форма оверења, па се место ње посао у форми потврђења предузме, онда је посао пуноважно свршен.

Оверење претпоставља да постоји већ готова исправа, у којој је садржана изјављена воља заинтересованог лица. Према томе није допуштено поднети на оверење празан бланкет, на коме би био само потпис заинтересованог.

Оверење се означаује на самој исправи, која је за то поднесена и то у онакој форми каква је прописана и за друга званична оверења — вели се у последњој алинеји чл. 160., а тиме се зацело циља на § 187 грађ. суд. пост., где је прописана форма за потврђења.⁸⁷ Али оверење сме се ставити тек онда, ако је потпис стављен на исправу у присуству чиновника, који врши оверење, или је пред њиме признат потпис или сама исправа за своју.

Код оверења мора се такође саставити протокол о раду на оверењу; у тај протокол треба да уђе да је заинтересовано лице *лично* изјавило да признаје исправу односно потпис на њој за свој. Иначе и за овај протокол важи оно, што је горе под А. о протоколу код потврђења казано. О идентитету онога, који оверење тражи, власт се мора уверити, у оскудици личног познанства, сведоцима два способна сведока.

Односно ових сведока, евентуално и тумача, и њихове способности да суделују при овери, важи оно, што је о том код потврђења (под А.) казано.

У пруском закону о поступку у неспорним делима (чл. 60) изрично је прописано, да судија или нотар нема, при оверењу, права да се о садржини исправе увери, ако му то не допуштају заинтересована лица. У нашем закону нема о томе изрична прописа. И ако је тачно, да заинтересована лица имају разлога да сем њих нико не зна, бар за извесно време, шта је у исправи, која се на оверење подноси, садржано, због чега и траже оверење а не потврђење, ипак с друге стране, с обзиром на наше прилике, на огромну масу неписмених и законима неуких људи, мора се признати, да за-

⁸⁷ Према овоме и с обзиром на ал. 2 чл. 160 форма оверања гласила би: да је Н. Н. признао да је ову исправу сам написао (или да је потпис на овој исправи за свој признао) судија — начелник потврђује.“
Следује датум, место оверења, потпис чиновника и званичан печат.

конодавац није хтео *сасвим забранити* чиновнику, да се о садржини исправе извести. Према томе ја мислим да чиновник нема, принципијелно, права да се уверава о садржини исправе, поднете на оверење, али чим посумња у исправност и савесност заинтересованих, или чим види да је које заинтересовано лице просто и неуго да схвати значај овога посла, онда је његова дужност да о садржини исправе увери и себе и заинтересована лица.

Оверењем *потписа* на исправи ова не постаје јавном исправом, т. ј. она се не равна јавној исправи — § 187 тач. 1. Јер власт је само потврдила потпис на исправи а не и њену садржину. Али оверени *потпис* има карактер јавне исправе и како се, кад је потпис на исправи истинит, сматра да је и садржина исправе истинита, то је олакшано доказивање страни, која се на исправу с овереним потписом позива. Према томе ко наводи да је тај потпис неистинит, мора то доказати (§ 188 грађ. суд. пост.). кривичном парницом против представника власти, који је потпис оверио. (§§ 111, 127 казн. зак.).

В. Закључење уговора уз садејство власти. Ова се форма за изјаву воље пред влашћу састоји у томе, што обе странке предстају надлежној власти, пред којом ће изјавити своју вољу да закључују уговор, а власт ће констатовати постигнути споразум, испитавши да штогод не стоји на путу закључењу уговора.

По нашем грађанском законнику ова је форма прописана за закључење брака, за брачни испит и усвојење детета.

1. По § 60 у вези са § 91. форма за *закључење брака* јесте венчање средством свештеника у цркви или на другом каквом пристојном месту, у време црквом прописано, пред најмање два сведока. Апстрахујући црквено схватање брака он је по прописима нашег грађан. законика нарочита врста уговора, који се у свечаној форми венчања закључује.⁸⁸ Како

⁸⁸ У нашем грађ. зак. не спомиње се изрично, да је брак уговор, али да га и наш законодавац као уговор сматра види се из § 60 и других, по којима се за закључење брака тражи слободан пристајак на брак. У § 44 аустр. грађ. зак. вели се: „Породични односи заснивају се уговором о ступању у брак. У овом уговору изјављују, саобразно закону, два лица развога пола своју вољу: да ће живети у неразводној заједници, децу рађати, васпитавати и узајамно се помагати“.

код сваког уговора мора бити пристајак странака, то и код закључења брака мора тога пристајак бити (§§ 60 и 88), и он се мора свечано пред свештеником и пред двојицом сведока изјавити. Али то још није довољно за испуњење форме. Свештеник мора бити готов да њихову изјаву пристајак на брак прими. Тим примањем он учествује у закључењу брака, и констатује да је брак закључен,⁸⁹ пошто му на путу не стоје никакве сметње. За то и нема учествовања свештеника, па према томе ни пуноважно закљученога брака, ако је свештеник принуђен или обманут да брак закључи. О способности сведока за закључење брака нема у грађан. законнику прописа, али с обзиром на дужност њихову да схвате значај овога тако важнога чина у животу вереника, несумњиво је да сведоци треба да буду пунолетна лица, да немају никаквих телесних ни душевних недостатака, услед којих не би били у стању да опазе и потврде оно, што се у њиховом присуству догађа (§ 210 грађ. суд. пост.).⁹⁰ Такође нису способни за сведоке при венчању сродна лица (§ 211),⁹¹ јер се сведочењем при венчању ствара нарочито (духовно) сродство између сведока и венчаних лица, а ни лица, која својим моралним особинама не дају јемства, да ће у случају потребе хтети беспристрасно сведочити о венчању и о ономе што се приликом венчања десило (§ 215 грађ. суд. пост.). Жене не могу бити сведоци при венчању по једном канонском пропису.^{92 93}

⁸⁹ Увођење брака у књигу венчаних (§ 92 грађ. зак.) не долази у форму за закључење брака, него има само инструктивни карактер за свештеника.

⁹⁰ В. Митровић, „Из Црквеног и Брачног Права“ стр. 159, који вели: „Сведоци при венчању православних хришћана могу бити само лица православне вере, мушког пола, без обзира на поданство, која су навршила најмање 14 година, а при том нису у монашком чину, нити су слепа, глува, глуво-нема, умоболна, пијана или за злочинства осуђена“.

⁹¹ Противно мишљење има Митровић у нав. књ. стр. 155: „Сведоци при венчању могу бити и најближи сродници брачнога пара...“

⁹² В. Милаш, Православно Црквено Право, стр. 630: у прим. Валсам. тумачење 70 трулског канона. Stubenrauch наводи да по аустријском праву сведоци не морају бити мушкога пола. Kom. I стр. 148.

⁹³ Митровић у нав. књ. стр. 159 вели да „неспособност присутних сведока не утиче истина ни најмање на важност брака, ако је овај про-

2. *Брачни испит* (§ 63) је по правној природи својој *предуговор*, по коме два лица разнаго пола узајамно обећавају ступање у брак. У грађанском законнику прописана је за брачни испит форма: давање изјаве о доцнијем ступању у брак пред свештеником, начином одређеним од стране духовне власти. И овде свештеник својом готовошћу да прими ове изјаве чини да предуговор (брачни испит) буде перфектан. Увођење извршенога испита у књигу испитаних и оглашених врши дотични свештеник, али ово не долази у форму за закључење предуговора.

3. *Усвојење детета*. Уговор о усвојењу детета закључује се између малолетнога детета (односно његовог брачног оца, или старатеља уз пристанак матере, саслушање сродника и пуpile и одобрење старатељ. судије — § 141 грађ. зак., чл. 75 тач. 1., чл. 94 тач. 1. зак. о старатељ.) или пунолетнога лица и поочима или помајке, а уз садејство кмета, свештеника и судије за ванпарнична дела. Писмено закључени уговор између ових уговорних страна има се поднети на потврду надлежном пароху и кмету, као представнику местне општинске власти, и они су дужни узети учешће у овом уговору не само на тај начин, што ће саслушањем странака констатовати да је постигнут споразум између уговарајућих страна, него су дужни испитати да ли постоје сви услови, који се по грађанском законнику (§§ 140, 141, 142, тач. 1 чл. 75 зак. о старатељству) за пуноважност уговора о усвојењу траже. Потписом својим на исправи о закљученом уговору усвојења имају ова лица да утврде постојање свију законских услова за усвојење у конкретном случају.

Али испуњењем ових формалности још није пуноважно закључен уговор о усвојењу. С обзиром на важност његову законодавац још тражи, да у горе описаној форми закључени уговор буде потврђен од стране судије за ванпарнична дела — § 145. грађ. зак. и чл. 141 правила. Молба за потврђење усвојења подноси се надлежном судији за ванпарнична дела заједно са горе означеном писменом. Судијина је дужност

писно уведен у књиге венчаних....“ Свештеник, који врши венчање, одговоран је за немарљиво вршење дужности, ако би извршио венчање уз присуство неспособних сведока. Опширније о правној способности сведока при венчању види код Митровића у наведеној књизи у чланку „О правној способности и т. д.“

сада да узме учешћа у коначном закључењу уговора на тај начин, што ће призвати уговарајуће стране да пред њим изјаве своју вољу за закључење уговора о усвојењу, а за тим испитати породичне односе и године поочима или помајке, као и лица, које се усваја — чл. 141 in fine, па онда, ако нађе да су сви услови испуњени, ставити своју потврду на исправу, у којој је уговор о усвојењу садржан. О свему овом направиће се протокол, о коме важи оно, што је горе код потврђења за протокол казано. Тек од дана кад је судија потврдио усвојење „добива оно силу“ — § 147 грађ. зак., т. ј. тек испуњењем тога захтева, потврдом судије, постаје уговор о усвојењу перфектан,⁹⁴ пошто је онда у свему задовољена законом прописана форма за закључење уговора. Оно што се у чл. 142 правила наређује о предавању потврђеног уговора заинтересованим лицима, не спада у форму; то су прописи ин-структивнога карактера, од чијег испуњења не зависи важност уговора.⁹⁵

О судским тестаментима. Судски тестаменти могу бити од две врсте: а) писмени судски тестаменат и усмени судски тестаменат.

а) **Писмени судски тестаменат** (*testamentum judicii oblatum*) — § 439 грађ. зак. Форма овога тестамена састоји се у томе, што тестатор *лично*⁹⁶ донесе судији за ван-

⁹⁴ Од тога дана наступају нормална дејства уговора о усвојењу, о којима је говор у §§ 137, 138, 139 грађ. зак. У § 147 грађ. зак. каже се истина: „усвојење тако добија силу од дана потврђења судског, осим ако се не би стране другојаче изјасниле“, али то се не тиче перфекције уговора, који је пуноважно закључен, који постоји, чим га судија потврди, него се односи на особите услове, који би у уговор били унесени, а који могу *одржати* дејство перфектнога уговора, на пр. док усвојено дете не сврши гимназију и т. сл.

⁹⁵ Иста форма као и за усвојење детета прописана је за побратимство и посестримство — § 148.

⁹⁶ У чл. 162 правила вели се „кад се донесе запечаћен тестаменат, судија ће *доносиоца* узети на протокол о томе: чији је тестаменат,....“ из чега би, у вези са чл. 165 и 166 (где се такође спомиње „доносилац“), излазило да и неко други, а не тестатор, може донети тестаменат судији. Овако мисли и Ђ. Несторовић. Како се пишу тестаменти, стр. 29. Међу тим ово би било погрешно схватање. Тестатор мора лично донети тестаменат, што се види из § 429 „.... кад завешталац.... суду надлежном преда....“ И у аустријском § 587 стоји „писмену наредбу.... суду лично предати“. Није допуштена дакле предаја преко пуномоћника, јер предаја

парнична дела онога места, где се тeстатор налази, писмено састављени тестаменат.⁹⁷ У особитом случају нужде и незоде може судија доћи к завештаоцу, и од њега примити написани тестаменат (§ 441.)⁹⁸ Писмено састављени тестаменат, који се судији предаје, мора бити својеручно од тeстатора написан (а не мора бити и потписан) или бар потписан руком тeстаторовом.⁹⁹ Сведоци на овом тестаменту не морају

тестаменту суду јесте саставни део тестирања, код кога не може бити заступништва. В. Krainz, II. стр. 567 пр. 3. У пандектном праву било је ово питање веома спорно. В. Unger, System VI. стр. 54 пр. 2.

⁹⁷ Сасвим умесно вели Krainz II. стр. 567, да се писмено састављени тестаменат доноси суду у намери „да му се створи карактер пуноважнога тестаменту, који му евентуално недостаје и карактер јавне исправе“.

⁹⁸ Из § 441 не види се баш тако јасно, да ли судија има да дође к завештаоцу не само у циљу да му напише тестаменат (§ 440), него и у циљу да прими написани тестаменат. У Никетићевом Грађанском Законику има једна одлука од 1872 год. (в. § 440), где је узето да то може бити. У аустр. грађ. зак. § 590 то се изрично допушта.

⁹⁹ У нашој судској пракси спорно је питање, да ли постоји писмени судски тестаменат из § 439, ако тестаменат, који је предат на чување судији, није тeстатор ни писао, нити га је бар потписао. В. Никетића Грађански Законик код § 439. У аустријском § 587, који говори о писменом судском тестаменту, стоји изрично „Писмену наредбу мора завешталац бар својеручно потписати и суду лично предати“. Међу тим писци узимају (позивајући се на аналогију из § 580 аустр. грађ. зак.), да тeстатор, који не зна или не може потписати тестаменат, може ставити пред судом свој ручни знак на тестаменат и да према томе може постојати, и без својеручног потписа тeстаторовог, писмени судски тестаменат. В. Stubenrauch I. стр. 794, Krainz II стр. 567 и прим. 3е, Unger VI. стр. 54 прим. 2. За наше право (а ја мислим и за аустријско) незгодно је позивати се на аналогију из § 432, кад у закону (§ 439) изрично стоји „или бар потписан“, из чега излази да је законодавац мислио на овакав случај, да може бити тeстатор неће умети или неће моћи да се потпише, па ипак није казао „или печатом или својеручним знаком снабдевен“, те према томе нема места аналогiji. Ако тeстатор не може ни да се потпише, онда може правити само усмени суд. тестаменат. Међу тим у чл. 166 правила вели се: да ће се судија, кад му се поднесе затворен тестаменат, известити од доносиоца о уредности тестаменту, т. ј. да ли га је завешталац сам писао и потписао, и ако није, има ли у њему нужног броја сведока. Из овога би пропис излазило, да може бити писменог судског тестаменту и онда, кад тeстатор није ни писао ни потписао тестаменат, који је судији донео. В. Несторовић, стр. 29 и 30. Ну ја мислим да се правилима није ишло на измене грађан. зак., који се на форму тестаменту односе. Тим прописом (чл. 166) законодавац је мислио да каже, да ће се судија известити: да ли у донесеном непотписаном тестаменту има нужног броја сведока за то, да би тестаменат могао опстати као алогографски (§§ 433, 435), кад већ због недостатка потписа не може као судски писмени тестаменат опстати.

се потписивати. Доносиће писмени тестаменат судији, тeстатор се мора изјаснити, да је у том писмену садржана његова последња воља, али судија није дужан, а нема ни права, да против воље тeстатора чита тeстатору тестаменат, па баш да овај и не зна читати. У битне захтеве за важност овога тестаменту долази и састављање протокола о току рада код овога тестаменту, али не и стављање тестаменту у завој, печатење, означавање чији је тестаменат, остављање тестаменту на чување и давање признанице тeстатору, јер су ти прописи само упутство суду како треба да даље поступи са већ пуноважним судским писменим тестаментом. Судски протокол мора садржавати изјаву тeстаторову да доноси писмено састављени тестаменат судији и да исти за свој признаје и судијин потпис.¹⁰⁰ Треба назначити и датум протокола¹⁰¹ јер овај важи као датум састављања тестаменту.¹⁰² Процедuru за примање овога тестаменту од стране судије прописују чл. 161, 165 и 166 правила.

б) Усмени судски тестаменат (testamentum apud acta conditum) — § 440. Форма овога тестаменту састоји се у томе, што тeстатор лично пред судијом, у његовој канцеларији, а у случају нужде (§ 441 и чл. 168 правила) у своје

¹⁰⁰ а евентуално и изјаву и потписе она два сведока, који треба да увере судију о идентитету тeстатора, кога судија лично не познаје — чл. 165 правила. Ови сведоци нису истина тестаментални (свечани) сведоци, али морају бити лица способна за сведочење и полагање заклетве — §§ 210, 211, 215, 265 грађ. суд. пост. В. о сведоцима код потврђења под А. У § 596 аустр. грађ. зак. налази се наређење: „Оно што је прописано о непристрасности и способности сведока, који треба изван сумње да ставе личност завештаоцеву, примениће се и за судска лица, која последњу вољу примају“. Али зацело и код нас лежи у духу законодавчевих намера, да се гарантује непристрасност судијина у раду око примања овог тестаменту. За то може и тeстатор тражити изузеће судије у смислу тач. 1, 4 и 8 § 52, а и сам судија треба да се у овим случајевима изузме и да у смислу чл. 5 закона о постављању судија за ванпарнична дела тражи да га други у дужности заступе. Међу тим на важност тестаменту нема утицаја, ако се није овако поступило.

¹⁰¹ али то није битно за важност тестаменту. В. Krainz II. стр. 567 прим. 3е, Unger VI. стр. 55 прим. 2.

¹⁰² Ако дакле неко 1 јануара састави својеручно пуноважан тестаменат, а 1 фебруара састави други тестаменат, па онда онај ранији тестаменат (од 1 јануара) преда 1 марта суду, онда важи овај последњи, јер тако се мора узети, као да је он 1 марта састављен (и онда као доцнији обара онај од 1 фебруара). В. Stubenrauch I. стр. 795 прим. 2.

обиталишту, и пред двојцом сведока (чл. 163 и 168 правила) своју последњу вољу изјави у протокол, који се о томе мора саставити. Написани протокол, који садржи последњу вољу завештаоца, мора потписати завешталац, пошто му се прочита, а ако не зна или не може потписати, или одмах по исказаној последњој вољи умре, потписаће судија, назначивши зашто завешталац није своју изјаву потписао, и она два сведока, која су последњу вољу саслушала. Као што се из горе реченога види, битни захтеви за важност усменог судског тестаментa јесу: а) лична изјава завештаоца о последњој вољи; б) присуство судије и двојице сведока,¹⁰³ пред којима се последња воља изјављује; в) бележење последње воље у протокол, који морају потписати завешталац, сведоци и судија, евентуално само судија и један сведок, ако тастатор и један од сведока не могу потписати.¹⁰⁴ Све друго, што судија по чл. 167 и 168 има да предузима при састављању оваког тестаментa, није битно за важност тестаментa. Судија је дужан обавестити завештаоца у колико може тестаментом располагати својом имовином (чл. 167); дужан је даље, да се извести о њему и о стању његових душевних сила, па све то да забележи у протокол, али ако то у протоколу није констатовано, неће због тога тестамент бити неважан. Исто тако ни онда, ако није означен датум у протоколу, а може се на други начин утврдити дан тестирања.

§ 7.

Присуство сведока.

Присуство сведока само за себе, као самостална форма за изјављивање воље, није у грађанском законнику прописана, него сведоци се призивају да допуне писмену форму или изјаву пред влашћу, као што смо у досадањем разлагању видели. Изузатак чини *усмени тестамент*, где се форма

¹⁰³ који морају имати способности да буду сведоци при тестаментима — в. §§ 443, 444, 445, 446.

¹⁰⁴ Изузетно кад завешталац не зна српски, а судија не разуме језик завештаоца, мора се у протоколу назначити и та околност, да је судија преко тумача и пред два сведока сазнао вољу завештаоцеву; изјаву оваке последње воље, коју је судија у протокол уписао, потписаће и тумач — чл. 170. Исто тако ако судија не познаје завештаоца, те је према чл. 165 потребно привести два лица као познаваоце, мора се та околност означити у протокол, и ови познаваоци протокол потписати — чл. 168 посл. ал.

састоји у томе, што се последња воља има пред сведоцима изјавити. Међу тим, као што је већ раније речено, може се правним послом одредити, да се воља, којом се извесан правни посао ствара, има изјавити у присуству одређеног броја сведока. Односно способности ових сведока меродавно је у првоме реду оно, што је у правном послу, којим је изјава пред сведоцима прописана, одређено. У оскудици пак таквих прописа, имају се применити §§ 210, 211, 215 и 265 грађ. пост., јер се има поћи са те претпоставке, да је, одређивањем да се воља у присуству сведока изјави, у намери странака лежало имати поуздане сведоке за случај парнице о дотичном послу.

Усмени тестамент (testamentum nuncupativum) § 436. Сваком је тастатору слободно изјавити своју последњу вољу у форми усменог тестаментa, без обзира са кога разлога он то хоће да чини: што не зна да пише или што су сведоци неписмени, или најзад што претпоставља усмени тестамент писменом.¹⁰⁵

За важност овога тестаментa тражи се а) да тастатор озбиљно¹⁰⁶ усмено изјави своју последњу вољу, и то б) у присуству петорице¹⁰⁷ способних (§§ 443, 444, 445 и 446) и

¹⁰⁵ § 436 нашег грађ. зак.: „Коме није згодно овако писмени тестамент правити може усмено последњу вољу изјаснити“. Да ли је тастатору „згодно“ правити писмени (или судски) тестамент ствар је његовог субјективног схватања. В. и § 429. Исто тако аустријски § 584. Завештаоцу, који се не може или неће да обзире на формалности потребне за писмени тестамент, слободно је начинити усмени тестамент.

¹⁰⁶ код усмених тестамената нарочито је важно констатовати *animus testandi*, намеру тастаторову да пред сведоцима изјави *дефинитивно* своју последњу вољу. Јер може бити и тај случај, да тастатор хоће само да се са сведоцима посаветује о тестаменту, да им изрази своју жељу, да чује њихово мишљење, али да се још није дефинитивно у погледу тестаментa одлучио.

¹⁰⁷ од којих тројица морају бити заједно кад тастатор своју последњу вољу изјављује, а другој двојици може тастатор посебно своју усмену последњу вољу изјавити. Ако је у питању *привилеговани усмени тестамент* (§ 446), онда су довољна и два сведока, за које се могу узети и лица из § 446. Наш законик није усвојио одредбу § 598 аустр. грађ. зак., по коме, у случају заразе, не морају оба сведока бити заједно код тастатора да чују његову последњу вољу, те према томе за наше право та се формалност код привилегованих усмених тестамената мора испунити.

тога ради позваних¹⁰⁸ сведока који тестатора лично¹⁰⁹ познају. Сведоци морају чути од тестатора изјаву његове последње воље;¹¹⁰ за то није допуштено, да тестатор пред сведоцима само потврди учињени му предлог о последњој вољи, а такође ни да он прочитану му исправу, која садржи његову последњу вољу, у присуству сведока за своју призна. Односно овога случаја вели Краинз II стр. 564: „Пошто завешталац садржину целога тестаментa усмено мора изјавити, то се онда писмена исправа о тестаменту, коју је он у присуству сведока као своју последњу вољу признао, а којој оскудева неки битан недостатак писменогa тестаментa, не може ни као усмени тестаменат одржати, чак ни онда кад би он ову изјаву учинио пошто би му била исправа од стране ког трећег лица прочитана у присуству сведока. Али ако је заве-

¹⁰⁸ За аустријско право спорно је с обзиром на § 585 да ли сведоци усменогa тестаментa морају бити баш тога ради позвани тестатору, да буду сведоци његове последње воље, или могу они бити *случајно* код њега, или ради чега другог позвани, па да их онда тестатор умоли, да чују његову последњу вољу. За наше право држим да сведоци морају бити нарочито позвани од тестатора да буду при тестаменту сведоци (arg. из речи „призваних“ у § 436). У осталом наш законодавац није хтео да фаворизује усмене тестаменте, што се види из тога, што тражи пет сведока за усмени тестаменат, а не три, као његов изворник, аустријски законик (§ 585). Из овога се може извести закључак, да при тумачењу прописа о усменим тестаментима треба бити сасвим ригорозан. — За земљу, као што је на жалост наша, у којој се релативно лако долази до потребних (а лажних) сведока, није ни потребна установа приватногa усменогa тестаментa, за то је у нови грађан. законик не треба ни усвојити. Ње нема ни у француском ни у немачком грађан. законнику, ма да је у Немачкој и Француској теже доћи до лажних сведока но код нас.

¹⁰⁹ Stubenrauch Kom. I. стр. 792 бр. 4 вели за сведоке при усменој тестаменту: „они стога морају тестатора или лично познавати или бити у стању, да га тачно опишу, те да се не би неко трећи као тестатор приказао и на тај начин подметнуо лажни усмени тестаменат“.

¹¹⁰ и то речима исказану а не знацима или покретима на лицу В. Краинз II. стр. 564 прим. 2а. Међу тим с обзиром на §§ 427 и 428 могу и глувонемци „усмено“ изјавити своју последњу вољу, т. ј. говором у знацима, ако тај говор призвани сведоци разумеју. В. Stubenrauch I. стр. 791. Али ако је глувонемци тестатор писмен, онда је њему зацело „згодније“ (§ 436) да направи олографски тестаменат, него да целу последњу вољу „изјављује“ пред сведоцима. Из те околности већ суд има разлога да посумња у истинитост целога усменогa тестаментa (§ 213 грађ. суд. пост.), и да тражи од тестаменталног наследника потребно објашњење за ово, ако до нарвице о важности тестаментa дође — в. чл. 46 правила тач. 2.

шталац не само садржину исправе признао за своју последњу вољу, него и битне тачке њене усмено поновио, онда одржавању његових одредаба у важности као усмени тестаменат не противи се та околност, што је он намеравао направити писмени тестаменат“... На против Unger VI § 10 пр. 12 отворено вели: „с тога је сасвим недопуштено тестаменат, који је намеравао као писмени, одржавати у важности као усмени.“ И Stubenrauch Kom. I. стр. 792 прилази у овоме, и у пракси и у литератури врло спорном, питању Краинз-у, наводећи разлоге из једне одлуке Највишега Суда: „по правилу завешталац неће ни усмено ни писмено да тестира; његова је воља управљена на то, да састави у опште пуноважан тестаменат“... По Штубенрауху главно је у овом питању, да несумњиво постоји *animus testandi*, намера завештаочева да направи тестаменат. И за наш грађански законик ја мислим да је оправдано мишљење Крајнцово, а и наша судска пракса у главном усваја гледиште, да писмени тестаменат, који нема све услове за своју пуноважност, може опстати као усмени тестаменат, ако су испуњени захтеви из § 436. В. Никетића Грађан. Законик код § 436.

Тестаменат је пуноважан чим је тестатор изјавио своју последњу вољу. На важност тестаментa дакле не утиче та околност, да ли су сведоци написмено ставили (сваки засебно или сви у једном писмену) последњу вољу, коју су од тестатора чули (т. зв. *testamentum nuncupativum in scripturam redactum*). У ал. 2 § 436 вели се: „сведоци овакви (т. ј. при усменој тестаменту) истина не морају, али ће тек добро и мудро учинити, ако таку усмену последњу вољу написмено ставе, јер они могу заборавити а и умрети.“ Наравно да се услед овога усмени тестаменат не преобраћа у писмени.¹¹¹

¹¹¹ Питање о доказивању постојања усменогa тестаментa врло је важно, и нарочито регулисано, поред прописа § 438 грађ. зак., и чл. 44, 45, 46 и 89 правила о поступању у неспорним делима. Главно је у овом питању, које строго узевши не долази у оквир ове расправе, да се садржина изјаве последње воље не може доказивати другим доказним средствима (на пр. забелешком кога сведока при усменом тестаменту) него само *исказима* призваних сведока при усменом изјављивању последње воље. Сведоци могу или дати писмену својеручно потписану сведоцбу или бити саслушани од стране судије за неспорна дела (чл. 89 правила ал. 2). Заклетву на своје исказе сведоци морају положити, ако ма које заинтересовано лице захтева (§ 436 и чл. 45 ал. 2 правила). Најмање тројица

§ 8.

Последице пропуштања форме.

Ми смо видели у §§ 3 и 4 ове расправе да могу настати различне последице, кад се правни посао не предузме у форми, која је законом или вољом странака одређена. Највећа пак штета од пропуштања форме може се састојати у томе, кад изјава воље, којој недостаје форма, нема намераваног правног дејства, кад је дакле правни посао ништав.¹¹² Али може се покатака десити, да су се при извесном формалном правном послу странке споразумеле о неким *споредним тачкама правног посла*, али да у погледу ових није испуњена форма, која је за правни посао прописана, и онда настаје питање: да ли је овај договор о споредним тачкама пуноважан? Овде сада треба разликовати: а) да је за дотичан правни посао *законом* прописана извесна форма. У овом случају важи пропис о форми за правни посао као целину, т. ј. са свима споредним тачкама, које се правног посла тичу, а не само за његове битне саставне делове. Према томе

сведока морају заклетвом своје казивање потврдити, ако друга двојица нису у животу или не могу заклетву положити (на пр. што су душевно оболели, или нестали). Међу тим из исказа ових сведока, евентуално из других околности, мора се утврдити да је петорица сведока чула од тастатора његову последњу вољу. Сви сведоци морају бити сагласни у својим изјавама односно постојања и садржине усменог тестаментa, и према томе тестаментат је осуђењен, ако се који од сведока у битним околностима не слаже с осталим сведоцима, или у опште неће свој исказ да даде. Али баш да постоје сагласни искази свију сведока о усменом тестаменту, ипак ствар је суда: хоће ли овим исказима веровати. У парници за важност усменог тестаментa остављено је слободном судијском оцењивању у колико ће, с обзиром на све околности, уважити исказе сведока (§§ 213 и 214 грађ. суд. пост. и чл. 46 тач. 2 правила), иначе способних према §§ 443, 444, 445 и 446 грађ. зак.

¹¹² Односно тестаментa, који не би у прописној форми био начињен, важи § 483, који гласи: „Ако су сви они, којих се ствар тиче, са наредбом завештаоца задовољни, онда тестаментат остаје у важности, баш и да није по прописаним правилима сачињен, или да би баш и преко власти своје завешталац замашио“. Али није тако на пр. у случају усвојења (§ 147), где „задовољство“ уговарајућих страна са уговором о усвојењу, који није у прописаној форми начињен, не може учинити, да у непрописној форми извршено усвојење има жељеног правног дејства. На ништавост правног посла, који није у законом прописаној форми закључен, могу се позивати не само они, који су у њему учествовали, него и трећа лица.

и споредне тачке морају бити изјављене у прописаној форми, иначе остају без дејства.¹¹³ И кад је форма *правним послом* прописана важи, у сумњи, правило, да је форма потребна за све тачке правног посла. Последица је тога, да су споредне неформално углављене тачке ништаве, а услед тога може цео правни посао бити ништав, т. ј. у случају ако се из околности може утврдити, да странке не би правни посао без тих споредних тачака ни предузимале. Али воља странака може бити и таква, да и ове споредне неформално углављене тачке буду пуноважне, што се према околностима мора утврдити.¹¹⁴

Ако је правни посао ништав услед недостатка *законом* прописане форме, онда он неће постати пуноважан тиме, што ће га *неформално потврдити* онај, који га је предузео. Потврда правног посла има да буде у оној форми, која је за правни посао прописана, другим речима: потврда се сматра као поновно предузимање правног посла, за који је форма прописана.¹¹⁵ Међутим ако је форма *правним послом* одређена, онда потврда правног посла, који у уговореној форми није предузет, не потребује одређену форму. Јер у неформалној потврди од стране једног уговорача и пријему исте од стране другог лежи одступање од уговорене форме, а странкама је допуштено, да од уговорене форме заједничким споразумом одступе. Ако је за заснивање једног права прописана извесна форма, онда за *пренос* тога права није иста форма потребна, сем ако је тако нарочито прописано.

Што се тиче *измењивања* кога формалног посла, важи ово: за измену формалног правног посла потребна је форма онда, ако се ова измена показује као предузимање кога правног посла, за који је форма прописана. На пр. у начињеном писменом тестаменту хоће тастатор да учини извесне измене; онда те измене морају бити формално предузете, јер оне нису у ствари ништа друго до прављење тестаментa (поред кога може и онај ранији опстати — § 448) или бар коди-

¹¹³ Тако на пр. ако је уговор о усвојењу из § 143 закључен у прописаној форми (§§ 145 и 146), а о неким условима странке су се споразумеле, али они нису у формални уговор усвојења унесени, онда они остају без дејства.

¹¹⁴ В. Staudinger I S. 371, Противно Planck S. Anm. 5.

¹¹⁵ То се изрично и вели у § 141 немач. грађ. зак.

цила. Ако је форма за изјаву воље *правним послом* одређена, онда је за ово питање у првом реду меродавна воља странака, а ако се она не може сазнати, онда измена формалнога правнога посла и овде потребује форму, ако се она показује као предузимање формалнога правнога посла.

Укидање (раскидање) формалнога правнога посла по мишљењу немачких аутора може се извршити неформалном изјавом воље, и то не само у случају кад је форма правним послом, него и онда, кад је законом прописана. Изузетци постоје само за укидање тестамената и уговора о наслеђивању, које се мора формално извршити, укидање усвојења и брачног уговора, које се има извршити у присуству обеју странака пред судом или нотаром. Да се формални правни послови могу раскинути неформалним изјавама воље, доста је опасно по моме мишљењу. У великој мери важе и за раскидање извесних правних послова исти разлози, који су законодавца побудили, да за заснивање ових правних послова извесну форму пропишу. Ако прописи о форми штите од пренагљености, ако форма служи као знак да је одиста правни посао закључен, и ако она обезбеђује доказно средство, онда то исто важи и за укидање правних послова. Тако на пр. по немач. грађ. зак. (§ 313) мора се уговор о отуђењу кога земљишта потврдити код суда или нотара. И зар онда није опасно допустити уговорачима, да такав један уговор, до чијег се закључења дошло можда после дугих преговарања и који можда за једнога уговорача има врло велики значај, могу раскинути усменим споразумом? Зар не би било боље тражити да се овај споразум мора такође изјавити пред влашћу или утврдити писмено, па тек онда да се онај уговор о отуђењу земљишта сматра за дефинитивно раскинут? Зар овде ова форма за раскидање не би спречавала пренагљеност једне или обе уговорне стране при одлучивању да ли да на раскид уговора пристане?

И за наш грађански законик, у оскудици законских прописа,¹¹⁶ имамо узети, да за укидање формалнога правнога посла није потребна она форма, која је за његово заснивање прописана. Изузимају се само случајеви, где је изрично законом другачије наређено.

¹¹⁶ У § 541 говори се само о заснивању уговора, а не и о његовом укидању.

Тако: 1) *брак*, као формални уговор, може се уништити односно развести само одлуком духовне судске власти (§§ 93, 94), која ту одлуку изриче по званичној дужности или по захтеву супруга; 2) *брачни испит* разрешава такође духовна власт (§ 64); није дакле довољан само споразум испитаних лица;¹¹⁷ односно 3) *укидања (опозивања) тестамената* (и кодицила) и уговора о наслеђивању важи ово: По § 448 грађ. зак.¹¹⁸ „завешталац докле је жив може своју вољу на случај смрти мењати. Тестаменат од завештаоца уништен губи своју силу и важност. Доцнији тестаменат обара првашњи...“ Из овога, прописа и природе тестамената као последње воље следује, да тестатор може порећи или опозвати свој тестаменат кад год хоће. Опозивање може бити *изрично* и *прећутно*, т. ј. таквом конклюдентном радњом тестаторовом, из које се даје несумњиво извести његова намера да опозива ранији тестаменат.¹¹⁹ *Изрично* пак опозивање тестамената бива онда, кад тестатор директно изјави своју вољу да тестаменат опозива. Пошто је и опозивање тестамената таква наредба, којом

¹¹⁷ Раскидање уговора о усвојењу детета није ни у нашем (§ 147) ни у аустријском грађан. законнику (§ 185) везано за нарочиту форму, што је одиста за осуду. У новом грађан. законнику треба усвојити прописе немачког законика: да је за раскидање усвојења потребна иста форма као и за његово заснивање. У нашем § 147 вели се: „И ово усвојење само се онда раскинути може, кад обе стране, које су утврдиле и закључиле са *допуштеном судским* од тога одступе. И онда малолетно дете опет потпада под власт свога родитеља... и т. д.“ Али ово „допуштење судско“, које у осталом није форма за изјаву воље странака, није судска потврда, него самостална радња судска за заштиту онога, који је под нарочитом законском заштитом, односи се само на *малолетнога* усвојеника или онога пунолетнога, који није у стању да се сам о својим пословима стара. Кад је пак усвојеник пунолетан и својевластан, онда није потребно да суд одобрава раскидање уговора о усвојењу, и да на тај начин контролише односно неодобравањем да осујећава поступак људи, који се иначе сами о својим пословима старају. У аустријском законнику је то јасно исказано у § 185, који гласи: „Правни однос између усвојитеља и усвојеника може престати да постоји за време малолетства усвојеног лица само са престанком заступника малолетниковог и суда. По престанку правног односа између поочима и усвојеног лица ступа малолетно дете опет под власт брачнога оца“.

¹¹⁸ У наш грађански законик није унесена читава глава дванаеста аустријског грађанског законика, у којој се говори „о ограничењу и уништењу последње воље“ (§§ 695—726). Место свега тога дошао је § 448!

¹¹⁹ В. А. Ђорђевић, Наследно Право, Бранич за 1904 стр. 7.

се чини распоред са имовином на случај смрти (јер услед тог опозивања пада онај распоред, који је тестаментом одређен, и долази други), то онда с обзиром на §§ 424 и 429 оно мора бити исказано у форми, која је за тестаменте прописана. Питање је само да ли се опозивање тестамена мора изјавити баш у оној истој форми, у којој је начињен тестаменат, који се опозива? Аустријски писци слажу се у томе, да то не мора бити (позивајући се на § 719 аустр. грађ. зак.)¹²⁰ тако да писмени тестаменат може бити опозван, кад се опозивање изјави у форми усменог тестамена, судски тестаменат у форми приватнога, усменог или писменог тестамена. А. Ђорђевић у наведеном делу стр. 7 такође вели: „Изречно је опозивање тестамена кад тестатор своју вољу, да опозива тестаменат, исказе у ма којој форми, у којој се може у опште тестаменат правити (§ 429), и тога ради не мора употребити баш ону исту форму, у којој је био изјавио ту своју последњу вољу, коју сад опозива“. Ја се не могу с овим мишљењем сложити. У оскудици изричног законског прописа о овом питању (јер из § 448 не следује оно, што г. Ђорђевић тврди), и оскудици законске аналогије (јер нема сличног законом расправљеног случаја)¹²¹ треба ово питање решити по *правној аналогији* (§ 10). Прописи §§ 429 и сл. тичу се, истина, у првome реду материјалнога права. Законодавац тражећи нарочиту форму за изјаву последње воље,

¹²⁰ који гласи: „За усмено порицање судског или вансудског наређења последње воље тражи се толико и таквих сведока, колико је потребно ради пуноважности усменог тестамена; за писмено порицање потребна је изјава, коју ће завешталац својеручно написати и потписати, или да је бар потписана од њега и сведока, који се траже за писмени тестаменат“. Тако је и у немачком грађан. законнику.

¹²¹ Могло би се у овом питању и овако резонovati: закон је у § 429 већ расправно случај о прављењу тестамена, и допустио, да тестатор може своју последњу вољу на више начина изјавити. По том пропису има се расправити аналого питање, на који се начин може опозвати тестаменат, пошто је и опозивање тестамена једна изјава последње воље. Али мени се чини да овде нема места законској аналогији. Јер законодавац је превидео случај опозивања тестамена, што се види из § 448 где се говори о „мењању“ а не и о „укидању“ тестамена, а затим из тога факта, што § 719 аустр. грађ. зак. није унесен у наш законик. Међу тим стварање тестамена и његово опозивање нису баш тако слични правни полови, да би се могло примити мишљење о аналогој примени закон. прописа о једном послу на други.



Jur. br.
39/12

хтео је да скрене тестатору пажњу на значај тога правнога посла. Тиме што он даје тестатору могућности да тестаменат на један од више начина састави, он је водио рачуна и о угодности тестатора. Али несумњиво стоји и то, да је прописом о форми тестамена законодавац тежио, да се о последњој вољи добије и *сигурно* доказно средство, јер често може доћи у питање каква је била последња воља покојника. Несумњиво је пак да писмени тестаменат пружа сигурније доказно средство но усмени, судски сигурнији но и писмени и усмени. И кад је законодавцу стало и до тога, да формалношћу при тестаментима обезбеди доказно средство на случај парнице, и на тај начин припомогне одржању тестаментом изражене воље покојникове у важности, онда како се може узети, да је у духу законодавчевих намера допуштење, да се усменим опозивањем (у форми усменог тестамена) може порећи судски тестаменат? Пристати на тако решење значи признати да законодавац није водио рачуна о оним силним злоупотребама са лажним усменим опозивањем писмених и судских тестамената, које би помоћу лажних сведока настало, кад би се тако тумачење усвојило. Тако тумачење фаворизира обарање тестамената, начињених и у најсигурнијој форми, уз садејство државне власти, путем лажних сведока, а то зацело не лежи у интенцијама законодавчевим. С тога ја мислим да се то питање у духу закона има овако решити: *један тестаменат допуштено је опозвати у форми, у којој је и начињен, или у јачој форми.*¹²² Дакле: писмени ологографски тестаменат може се опозвати у писменој ологографској форми или у форми судскога тестамена, али не у форми алогографског нити усменог тестамена; алогографски тестаменат може се опозвати у истој форми или у форми ологографског или судског тестамена; судски тестаменат само у форми судског тестамена; и најзад усмени тестаменат у усменој и у свима другим формама.¹²³

¹²² У Никетићевом Грађан. Законнику стр. 291 код § 448 има једна одлука Касац. Суда од 1898 год., у којој се вели да опозивање тестамена „мора бити извршено у оној истој форми у којој је сачињен и први тестаменат“.

¹²³ У нашем новом грађанском законнику зацело треба формално усвојити мишљење, које горе у тексту заступа.

