

346.61/64-058.865

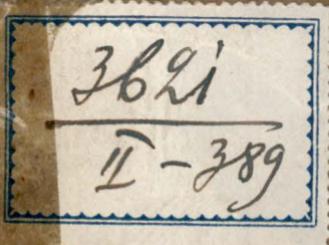
# ПОВОДОМ ЈЕДНЕ ВАЖНЕ ОДЛУКЕ КАСАЦИОНОГ СУДА

(ПОЗАКОЊЕ ВАНБРАЧНЕ ДЕЦЕ ИЗ ТАЧ. 3. § 134 ГР. ЗАК.)

ОД

Д. Р. ДАНИЛА Ј. ДАНИЋА,  
СЕКРЕТАРА КАСАЦИОНОГ СУДА

(Прештампано из „Народне Одбране“).



БЕОГРАД  
РИЈА И ЦИНКОГРАФИЈА „ВРЕМЕ“  
1928

Ташчијиу Импраду Вујиштиу, Милану  
Проде, у знак сећа популарног.

14/15. 1928.

Писац

# б. ПОВОДОМ ЈЕДНЕ ВАЖНЕ ОДЛУКЕ КАСАЦИОНОГ СУДА

(ПОЗАКОЊЕЊЕ ВАНБРАЧНЕ ДЕЦЕ ИЗ ТАЧ. З. § 134 ГР. ЗАК.)  
Уведено у нови инвентар бр. ~~\_\_\_\_\_~~

1 јануара 1942 год.

Београд, од

д. р. ДАНИЛА Ј. ДАНИЋА,  
секретара касационог суда

(Прештампано из „Народне Одбране“).

Уведено у нови инвентар бр. ~~831~~

јануара 1942 год.

Београд.



32602



БИБЛИОТЕКА  
Министарства Правде  
Бр. ~~3621~~

БЕОГРАД  
ШТАМПАРИЈА И ЦИНКОГРАФИЈА „ВРЕМЕ“  
1928

# ПОВОДОМ ЈЕДНЕ ВАЖНЕ ОДЛУКЕ КАСАЦИОНОГ СУДА

МИШЉЕЊЕ др. ДАНИЛА ДАНИЋА  
секретара Касационог Суда

## I

У последње време, нарочито после рата, почеле су се обраћати судовима матере ванбрачне деце с молбом, за интервенцију да се изврши позакоњење њихове ванбрачне деце милошћу владаочевом (позакоњење познато под именом *per rescriptum principis*) у смислу тач. 3. §-а 134. грађ. Зак. Судови одн. судије за неспорна дела нису узимале ове молбе у поступак, пошто су били у недоумици, да ли по тач. 3. §-а 134. грађ. зак. и чл. 144. неспор. правила, могу тражити и саме матере позакоњење њихове ванбрачне деце, док су се од увек узимале у поступак оне молбе које су потицале од родитеља (оца и матере заједнички) или само од оца. У томе циљу ради тачнијег и правилнијег разумевања овог законског прописа, поднета је од стране судова представка Министру Правде, да од Касационог Суда изиште начелну одлуку о томе, како се има разумети тач. 3. §-а 134. грађ. зак.

Касациони Суд у својој оштотој седници а по тражењу Министра Правде, донео је начелну одлуку од 1. јануара 1927. г. Бр. 11733 која гласи: »**Да саме матере могу тражити позакоњење своје ванбрачне деце по §-у 134. тач. 3. грађ. зак. и чл. 144. правила о поступању у неспорним делима — владаочевом милошћу, и да та позакоњена деца имају носити презиме које ће добијати од имена своје матере.**«

Ова одлука Касационог Суда је од врло великог значаја, и она заслужује да се о њој дискутује нарочито са гледи-шта социјалне стране овога питања. Но претходно потребно

је да видимо, да ли је она у сагласности са нашим позитивним правом.

По нашем Уставу — чл. 28. — брак стоји под заштитом државе што значи, да Устав штитећи брак, штити у ствари породицу као основу државне и националне снаге. Као што је познато, брак је институција приватног права, и зато се одредбе о њему налазе у систему грађанског законика. Али и ако је брак институција приватног права и нормиран грађанским закоником, ипак зато због важности саме његове установе, о њему постоје у грађанском законику и такве одредбе које су принудног карактера — *ius cogens*, и које се никако не могу мењати вољом самих странака које у брак ступају. Постоји читав низ таквих одредаба. То су на пр. одредбе о брачним сметњама, о брачним препрекама, одредбе о узроцима за развод брака као и за поништај брака, о форми закључења брака и т. д. Наше законодавство искључује цивилан брак, признавајући само црквени брак као једино пуноважан.

Кад се детаљније размотре одредбе нашег брачног законодавства, одмах што пада у очи јесте, да је се њима ишло на то да се породица што је могуће више очува као једна од најважнијих социјалних установа, пошто она, по схваташњу законодавца, чини темељ у државној и националној организацији. Отуда, по нашем законодавству не постоји ни у колико фаворизирање конкубината, који је у осталом и казном угрожен по кривичном законику, као и сви остали брачни преступи (в. §§-е 196., 197., 198., 199., 203. каз. зак.). Са свих ових разлога законодавац ставља и ванбрачну децу у један парочити правни положај, један положај који по њих није ни мало завидан у сравњењу са брачном децом. Постављајући ванбрачну децу у тежак положај, законодавац је хтео једним посредним путем да што више ограничи ванбрачне заједнице у корист породице, коју треба по његовим схваташњима што више учврстити. Брачна заједница, породица, јесте један моћан фактор у подизању и образовању националне и привредне снаге. Заснована осим тога, на презумиранију љубави породичних чланова, родитеља и деце, она је заснована још и на једном вишем моралном начелу, које у ствари и чини од породице један од најмоћнијих фактора друштвеног и националног опстанка. Сав пројект овом идејом, наш законодавац је, поред осталих мера, предвидео још једну меру у циљу оја-

чања породице а па штету ванбрачних заједница, и та је мера позакоњење (легитимација) ванбрачне деце, која је предвиђена у §-у 134. грађ. зак., али под условом, да се предходно од ванбрачне заједнице човека и жене начини брачна заједница. Из овога сасвим јасно излази, да се по духу нашег позитивног права, до позакоњења ванбрачне деце долази кроз брак, што ће рећи кроз породицу. И овде се законодавац као што се види, руководио истом идејом, а то је одржање породице. Стварање по угледу на аустријско законодавство (аустријски грађ. зак. од 1811. г. чији је главни аутор био чувени *von Zeiller*, један изразит представник романтичке школе), које је било проткано принципима римског и пандектног права, наше законодавство је усвојило схватања о браку у главном из аустријског права, по коме се брак као основа породице сматра једном од најважнијих институција не само приватног права већ и целе друштвене заједнице. Зато кад је реч о схватању и интерпретацији §-а 134. грађ. зак., а специјално његове 3. тачке, потребно је пре свега све ове моменте имаги у виду. Кад се пође од ове основне идеје, која је нашем законодавцу послужила као *occasio legis*, онда сматрамо да се може доћи до једног тачног разумевања поменутог законског прописа.

По §-у 134. грађ. зак., позакоњење ванбрачне деце, може бити извршено на три начина. 1) конвалидацијом ништавог брака; 2) доцнијим ступањем у брак родитеља ванбрачног детета (*per matrimonium subsequens*) и 3) на захтевање родитеља одлуком »више власти« (*per rescriptum principis*). Да наведемо у осталом овај законски пропис у целости. Он гласи: »**Деца небрачна могу се законом (т. ј. законитом) учинити и са брачном изравнati:** 1) кад би препоне брачне по гласу определења предидуће главе за уклонење оглашене, својим путем уклониле се, и брак пређе ништаван бивши, за тврдо огласио се; 2) кад би родитељи таквог детета доцније у брак међу собом ступили; 3) кад би на захтевање родитеља, такво дете без штете трећега од више власти у одношај права брачне деце поставило се«.

Кад се пажљиво размотри ово законско наређење види се, да се намера законодавчева састоји у томе, да се позакоњење ванбрачне деце може извршити само кроз брак, дакле кроз породицу. По нашем грађанском законику поро-

дице нема без њенога шефа, без мужа односно оца, он је оно што је у Риму био *pater familiæ* са својом очинском власништвом, као што се то тражи и по §-у 109. грађ. зак. И како је по нашем грађанском законику — § 130. забрањено истраживати ко је отац ванбрачном детету, из свега овога сасвим јасно излази, да једно дете може постати брачно, позакоњено, у ствари само са саглављењем оца, било да он жељи да ступи у брак са својом небрачном супругом, мајком детињом, било да жељи да га позакони путем владаочеве одлуке, али и у једном и у другом случају тражи се предходни пристанак очев, да се његово небрачно дете запише у црквене књиге на његово т. ј. очево име — 2. одељ. §-а 130. грађ. зак., на коме гледишту стоји и наша досадања судска пракса.

Као што је познато, по општим начелима нашег брачног и породичног законодавства, брачна деца иду за статусом очевим а ванбрачна за статусом материним. У овом последњем случају изузетак постоји, ако отац ванбрачно дете за своје призна — § 128. грађ. зак. Према свemu овоме до сад реченом мора се узети, да по духу нашег позитивног права, оцу односно мужу припада иницијатива у погледу питања о томе, да ли ће своје ванбрачно дете позаконити или не, пошто је позакоњењем ванбрачне деце, као што је напред речено, законодавцу био једини и главни циљ да ванбрачне односе претвори у породичне, а заснивање породичног односа не може се без оца односно мужа замислити. Из свега овога, као потпуно јасно излази то, да позакоњење из тач. 3. § 134. грађ. зак., могу једновремено тражити отац и мати, што ће најчешћи случај и бити, или само отац **али не и сама мати**, јер с обзиром на § 129. грађ. зак., ванбрачна мати је дужна о своме детету да се стара, те је на тај начин дете већ заштићено, док позакоњење од стране оба родитеља или само од оца има већ једно јаче дејство, и дете ставља у много повољнији положај но што је оно било пре тога под заштитом ванбрачне матере, а то је опо што се и хтело у ствари наређењем §-а 134. грађ. зак. Јер зашто би било потребно и у коме циљу, да законодавац тач. 3. §-а 134. грађ. зак. ставља у могућност и ванбрачну матер да позакони дете, кад то не би било у самој ствари ни од каквог ширег правног дејства, кад је већ радије, као што смо видели, §-ом 129. грађ. зак. наредио, да се ванбрачна мати мора старати о своме детету. Ако је у

§-у 134. грађ. зак. законодавац мислио на заштиту детета, тиме је мало добијено, јер права тако позакоњеног детета много су ужа од права која се добијају позакоњењем на прва два начина. У сваком случају од матере позакоњено дете, нема никаква права и даље према своме ванбрачном оцу, јер исти и даље може остати непознат — § 130. грађ. зак. Али био он познат или не, тиме се у основи детињи положај скоро ништа не мења. Оно би истински имало право интестатског наслеђа према својој матери, али њој ништа по закону не стоји на путу да своје дете ако хоће тестаментарно обезбеди. Дакле и са овог разлога природније је узети, да је законодавац овде мислио на позакоњење детета од стране ванбрачног оца, јер би већ у томе случају дете имало већа и шире права. Оно би у томе случају имало права и према матери, баш да је сам отац а не они обоје извршио позакоњење, пошто се ванбрачној деци мати увек зна и мора да се зна — § 129. грађ. зак. Овим путем дете сада добија и оца, а то баш и јесте оно на шта је законодавац мислио. Позакоњење ванбрачног детета од стране матере према овоме, не би у ствари ништа значило, те се зато са једног чисто правног гледишта не може усвојити интерпретација Касационог Суда изнета у његовој горе реченој одлуци. Ми идемо још и даље од ове интерпретације коју смо дали и склони смо да узмемо, имајући на уму и *occasio et ratio legis*, да се израз у тач. 3. § 134. грађ. зак. »**на захтевање родитеља**« има тумачити у томе смислу, да позакоњење морају захтевати и отац и мати ванбрачног детета заједнички, јер она по нашем дубоком уверењу највише одговара како духу и целом систему нашег породичног законодавства, тако и социјалним и националним интересима.

Колико је ово тачно, т. ј. да је законодавац легитимацију ванбрачне деце схватио као могућу само кроз брак, види се најбоље по томе, што овај трећи начин легитимације из тач. 3. § 134. грађ. зак. не повлачи потпуно онакво правно дејство, какво имају прва два начина: *per consolidationem* и *per matrimonium subsequens*. То излази из речи »без штете трећега«, т. ј. да се та деца могу начинити брачном са једним ограничењем, које је изражено у горњим речима. Тач. 3. § 131. грађ. зак. у целости гласи: »Кад би на захтевање родитеља такво дете било **без штете трећега** од више власти у однонај права брачне деце поставило се«. Ово значи, да по закоњењем на овај начин, ствара се брачни

родбински однос само између родитеља и позакоњеног детета, и не простире се и на сроднике детињских родитеља. Оно ће као такво имати право интестаског наслеђивања само према својим родитељима, али не и према сродницима њиховим. Овако тумаче аустријски коментаристи § 162. аустр. грађ. зак., који говори о овој врсти легитимације, па то тумачење вреди и за тач. 3. § 134. нашег грађ. закона, чији је онај напред речени, изворник. Из овога се дакле јасно види, да деца на овај начин позакоњена постају брачна само у погледу њихових природних родитеља и само у односу на њих стичу права брачне деце. Према томе, овај трећи начин легитимације ванбрачне деце представља један изузетак према горњим начинима, а унет је у законик једино с тога, што се може десити, да родитељи детињи из ма каквих правних или фактичких узрока не могу формално да ступе у брак, да заснују породицу. И како на овај начин породица у ствари и није заснована, то и закочдавац овако позакоњену децу само делимично фаворизира, док праву легитимацију, ону која се ствара кроз породицу из тач. 1. и 2. § 134. грађ. зак., фаворизира потпуно. Као сваки изузетак дакле, ова се одредба мора тумачити рестриктивно нарочито с погледом на израз »на захтевање родитеља«, т. ј. да је то право у ствари конституисано у корист мужа одн. ванбрачног оца, јер брачно дете (па и оно које такво постаје од ванбрачног) носи породично име свога оца и иде за његовим статусом. Разуме се да то позакоњење, као што смо раније навели, могу тражити и отац и мати заједно, али оно што је овде од битног и пресуднога значаја јесте да то позакоњење вреди у ствари што га тражи отац, па било да га тражи сам или заједно са матером. Али од овога се даље не може ићи, јер би се прешле границе рестриктивног тумачења овог законског изузетка. Протумачити га и тако, да и сама мати има право да овакву легитимацију тражи, то би било и сувише екстензивно и на штету намере законодавчеве, јер би се на тај начин по влађивао конкубинат а то је оно што законодавац неће. Оно што је законодавац овим трећим начином позакоњења хтео јесте баш то, да ванбрачно дете стави под породичну власт његовог оца, и да на један такав начин до извесног степена васпостави неку врсту породичног односа у дотадању ванбрачну заједницу, док му оваква једна диспозиција не би била ништа потребна у погледу на ванбрачну матер,

пошто се дете већ и иначе код ње налази, ужива њену заштиту и њено име носи по смислу § 129. грађ. зак.

Исто ово гледиште т. ј. да позакоњење *per rescriptum principis* може тражити само отац, заступа и наш познати научник, проф. цивилног права на београдском универзитету г. **Живојин Перић** у своме познатом делу **Специјални део грађанског права** (предавања на универзитету), у 3. књизи: **Породично Право**, стр. 37, где се на крају овако изражава: «Несумњиво је да легитимацију на овај начин може тражити отац. Али и мати па и само дете је може тражити ако докажу, да је отац био намеран то учинити, па је отпочео (оставио писмо о томе, написао молбу и т. д.), па услед изненаде смрти или ког другог узрока, није могао приступити извршењу ове намере». Шта значи ова интерпретација г. Перића? Несумњиво то, да саме матере без саизвлења оца не могу тражити легитимацију њихове ванбрачне деце, којима се отац не зна, из простог разлога, што је по нашем законодавству забрањено истраживати које отац ванбрачном детету— § 130. грађ. зак., а иницијатива за позакоњење овим трећим начином, као што се види из свега изложенога, припада само опу. Противно г. Перићу чија је интерпретација по нашем мишљењу потпуно у складу са принципима и духом нашег позитивног права с погледом на институцију брака и породице, г. **д-р Л. Марковић**, наш познати цивилиста у своме делу **Породично право**, на стр. 176 и 177 мисли, да ову легитимацију о којој је до сада било речи, могу тражити или отац или мати, или обоје једновремено. Г. Марковић је ово само изложио, али се није зауставио на опширној интерпретацији тач. 3. § 134. грађ. зак. Г. **д-р Драг. Аранђеловић**, професор цивилног права на београдском универзитету, у своме чланку: **Позакоњење детета милошку Владаоца** (Арх. за правн. и друштв. науке, књ. 16., бр. 4. април, 1928. г.) мишљења је као и г. Марковић да ово позакоњење могу тражити и саме матере, али ово не изводи потпуно на бази нашег позитивног права. Г. Аранђеловић призываје и сам да одредба о томе у нашем грађ. зак. није јасна, и свео је целокупно питање на тумачење израза »На захтев родитеља« т. ј. да ли је оно »родитеља« употребљено у једнини или у множини. Као што се види г. Аранђеловић зауставио се само на граматичкој интерпретацији овог законског прописа, па

је из тога извео, да ово позакоњење могу тражити или отац или мати, или обоје заједно. Говорећи у опште о овој врсти позакоњења, г. Аранђеловић мисли, да су се законодавци у првом реду руководили тежњом да се смањи број ванбрачне деце што несумњиво захтева и јавни интерес. Несумњиво је да је ово гледиште тачно кад се усвоји солуција да ово позакоњење може тражити само отац као шеф породице, али како је г. Аранђеловић усвојио обрнуту солуцију, онда би се баш према његовој интерпретацији ишло на руку конкубинатима. У осталом као што је познато, модерно приватно право фаворизира само породицу а не и конкубинске односе, и баш строжијим одредбама о позакоњењу иде се управо за тим, да се смањи број ванбрачне деце а да се што више потпомаже брачна заједница, породица. Н. пр. по грађ. зак. немачком, ванбрачно дете може бити признато за брачно одлуком државне власти **само на захтев оца**, а у француском грађ. зак. и нема одредбе која би се односила на овај трећи начин позакоњења. Коментаристи француски сматрају, да грађ. зак. није пошао у овоме погледу за једном таквом институцијом из римског права зато, што би она била у ствари противу одржавања породице, т. ј. ишла би на ширење конкубината, пошто би путем оваквог позакоњења ванбрачна деца постала брачном и без закључења брака, дакле ван породице. У томе циљу смо и ми за најужу интерпретацију тач. З. § 134. грађ. зак., пошто се само таквим једним тумачењем може постићи циљ који је законодавац поставио.

---

## II

Питање је сада, какви се резултати могу очекивати у пракси после ове одлуке Касационог Суда? Касациони Суд стао је несумњиво на једно либерално гледиште, фаворизирајући на тај начин индивидуу. Пропис. тач. З. § 134. грађ. зак., Касациони Суд је схватио у корист јединке, у корист ванбрачне деце без обзира на породицу као гакву. Главно је ванбрачној деци поправити положај, учинити да се на неки начин изгладе разлике између брачне и ванбрачне деце. Јер зашто на послетку, не поправити положај те деце која нису ништа крива, што су као ванбрачна дошли на свет? Па кад законодавац у једноме пропису ствара могућност позакоњења ванбрачне деце, зашто тај пропис, кад је већ такав да му треба тумачења, не протумачити што шире, пошто је то шире тумачење више у духу правде и хуманости. И ако Касациони Суд није баш дословце резоновао овако, ипак се ово гледиште намеће самом природом ствари после његове одлуке о тумачењу тач. З. § 134. грађ. зак., коју смо напред изложили, пошто у пракси неће бити од утицаја мотиви на основи којих је Касациони Суд донео ову своју одлуку, већ сама одлука као таква, а то је да и саме матере могу тражити позакоњење њихове ванбрачне деце.

И ако на први поглед, ово тумачење Касационог Суда изгледа не само либерално, напредно и хумано, већ и са свим природно, т. ј. да матере за своју природну децу у већини случајева имају материнске љубави и бриге за њих, ипак то није тако проста ствар као што изгледа. Јер кад је реч о овоме, имамо у ствари два гледишта, једно чисто индивидуалистичко, које не води много рачуна о циљевима заједнице као и о њеном одржавању и напретку. По томе гледишту главно је одржати индивидуу, па макар и на штету друштва. То је оно старо гледиште индивидуалистич-

ке демократије из краја 18. века, које је у основи својој било извор материјалистичког правца у науци и схватања о друштву, које се данас готово потпуно склонило у историју. Друго гледиште јесте социјално, које у првом реду води рачуна о самој заједници, о њеном развитку и опстанку. То се друго гледиште заснива више на стварним чињеницама од којих данас зависи друштвени опстанак. У томе смислу, ово друго гледиште које је социолошко, посматра заједницу не само са чисто материјалистичког становишта, већ и са становишта моралног, друштвеног и националног. Друштво је један сложен организам, и разни су агенси, који су од утицаја како на његово одржање тако и на његово распадање. Зато се, кад је реч о његовом одржању, не може узети у обзир само један ред чињеница, већ све укупно ако хоћемо да дођемо до позитивних и корисних резултата. Не треба заборавити ни то, да у данашњем демократском друштву постоје разне унутарње силе, које су већ по самој природи ствари деструктивне с погледом на друштво, пошто је модерна демократија још и данас остала добрым делом индивидуалистичка и ако не у ономе смислу како се она схватала у 18. и у почетку 19. века. Но ипак зато индивидуализам остао је још једнако њено главно обележје. Отуда у демократијама стална борба између либералних и конзервативних тежњи. Либералне будући индивидуалистичке, иду на штету одржања заједнице, и да није поред њих и конзервативних тежњи које у извесном смислу делују, модерно демократско друштво не би било дугога века. За свој опстанак оно много дугује баш конзервативним снагама, које с времена на време мање или више, ублажавају његов претерани индивидуализам. Тачност овога се нарочито јасно показала после рата, јер су све новостворене државе, а и велика већина старих, унеле у своје уставе нарочите социјално-економске одредбе, за које ранији устави нису знали. Тако је поступио и наш уставотворац када је у низу таквих одредаба прописао у чл. 28. да брак стоји под заштитом државе, схватајући га као што се види контра индивидуалистичким назорима, као једну важну социјалну установу. Зато данашње законодавство није више претежно индивидуалистично, већ се на против оно развија све више у смислу социјалном. Оно на тај начин показује све више једну тенденцију за одржањем друштва као таквог, за што нам најбољи пример пружа инвалидско законодавство, рад-

ничко, привредно, санитетско и др., па је несумњиво да се у овоме смислу ствара и модерно породично законодавство, нарочито опо из последње четврти 19. века.

Најновија брачно-породична законодавства као што су немачко и швајцарско, да се само на њима зауставимо, имају такве одредбе у законику које несумњиво иду у прилог одржању и јачању породице, напуштајући старо индивидуалистичко гледиште Римског Права, прихватајући модерно социјално гледиште. Тежња свих модерних законодавстава баш и јесте у томе, да се брак односно породица учврсти и сачува. Ова тежња се још више испољила сада после рата, јер је утврђено и то на несумњив начин, да је услед општег моралног пада који је Светски Рат изазвао, солидност брачних и породичних односа почела да попушта. На ово су обратиле парочиту пажњу новостворене послератне државе, схватајући од колике је важности брак односно породица по државу и националну заједницу. Такав је случај са нашом државом (чл. 28. Устава), са Чехословачком, Пољском, Румунијом, Аустријом и др. У овоме погледу нарочито је ийструктивна расправа г. **Миркина Гецевића** (*Guetzevitych*) под насловом »*Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*«, која је недавно изашла у познатом француском правном часопису *Revue du Droit Public* (Tome XLV, № 1, 1928.) Расправљајући тему о рационализацији државне власти у демократским парламентарним режимима после рата, Гецевић поред осталога наводи, да су се сви нови устави и већина старих, руководили и извесним конзервативним тежњама у циљу одржања нације. То је учињено, вели писац на тај начин, што су до сада извесни искључиво политички назори претворени у правне норме и начела с једне стране, с друге стране опет што су у уставе унете социјано-економске одредбе што раније није био случај. Пишући о овим последњима, писац изреком каже на стр. 43. поменуте расправе: »*Nous sommes donc en présence d'un fait curieux: l'introduction d'éléments sociaux dans les Déclarations des droits n'est nullement en rapport direct avec la proportion plus ou moins grande de démocratie d'un pays donné. L'apparition des nouveaux éléments sociaux n'est pas seulement le résultat de la participation des socialistes à l'œuvre des assemblées constituantes; les droits so-*

ciaux apparaissent aussi dans les constitutions qui ont été rédigées avec une faible participation ou même sans le concours des socialistes. C'est l'histoire politique des divers pays qui peut répondre à cette question; les éléments sociaux ont apparu dans la mesure où agissaient sur l'esprit des constituants la menace sociale et les résultats déstructeurs de l'expérience russe.» У току даљих излагања писац каже, да су сви нарочито нови устави, у низу уставних социјално-економских одредаба, нарочиту пажњу посветили браку и породици. По њему, нарочито је за ово питање карактеристичан чл. 119. Немачког (Вајмарског) Устава, у коме се «говори о браку као бази за одржавање пораста популације, о породици, здрављу народном и т. д.» На крају писац констатује, да су сви нови устави у знаку тежње да поред постојећих демократских начела унесу и конзервативне принципе једино у циљу одржавања заједнице. «Поред ове тежње, вели писац, за проширењем основних права на социјалном пољу, може се констатовати, да уобичајена листа ових права није увек инспирисана демократским начелима.

У овоме смислу, ако не баш потпуно на исти начин, третира ово питање и један наш врло угледан правник, г. **Драгутин Томац**, у своме одличном документованом делу **Устав и Брачно Право**, Загреб, 1925. г., у коме је писац једном врло лепом оштрином посматрања исクリпто претресао и изложио питање брачног права и брачних односа у опште с погледом на Видовдански Устав. И г. Томац полази од основне идеје, да су брак и породица међу најважнијим социјалним установама. На стр. 8 свога поменутог дела, писац каже: «Брак је највећи правни темељ породице, а породица је темељ друштва, које одношаје има да уређује држава. Из породице се стварају држављани, с породицом остају у вези више мање за целога живота, па се правни односија њихови готово и не могу нормирати без обзира на брак и на породицу, којој припадају, за коју су дужне скрбјети или која има право наслеђа на њихову имовину.» Говорећи затим о потреби брачног законодавства, које би имало да се изради у духу горњих посматрања, на стр. 9 писац врло умесно примећује: «Затим у обзиру допуштења или недопуштења развода брака, који за собом вуче развргнуће једном створене брачне заједнице, јер се и то мора про-

судити с гледишта општих државних и друштвених интереса, као што су на пр. јавни морал, економско благостање држављана, спречавање пауперизације пучанства услед распада породице и неразложнога кидања брачних веза... Као што се види, писац је за то, да се одредбе будућег општег брачног и породичног законодавства, донесу у сагласности са чл. 28. Устава, т. ј. његове одредбе морају бити такве да се брак и породица што више заштите од разних утицаја који по њих могу бити штетни. Интерес породице па и самога друштва захтева, да се у будућем унифицираном брачном законодавству, одстране сви шири индивидуалистички утицаји којима у брачном и породичном законодавству донеси има најмање места.

Као што се из овога види, модерно приватно право испољава једну тенденцију, која је све више у противности са старим индивидуалистичким назорима Римскога Права, из кога је иначе данашње приватно право постало. То се нарочито осећа на свима овим правним установама, које су по самој природи својој од велике важности по социјалне односе, а нарочито са браком и породицом. Модерно законодавство не гледа више у породици само један лични однос између супружника и њихове деце, већ гледа у породици и у односу између породичних чланова, једну институцију друштвену и националну. Из тих разлога, модерна законодавства иду све више на сужбијање ванбрачних односа ма које врсте они били, па и на сужбијање конкубината. Позакоњење ванбрачне деце, она допуштају само кроз брак, дакле кроз породицу, узимајући за то као нормалне случајеве позакоњење путем конвалидације ништавних бракова и доцнијим ступањем у брак ванбрачних родитеља детиња. Трећи начин позакоњења, reg rescriptum principis, све се више сужава у модерном праву, за што нам најбољи пример дају два најновија законодавства, немачко и швајцарско. По немачком законодавству, као што је већ речено, ту врсту позакоњења може тражити само отац, док по швајцарском њему у опште може бити места само у томе случају, ако су родитељи ванбрачне деце једно другоме изречно обећали да ће доцније ступити у брак. Швајцарско законодавство као што се види, истакло је најјасније ту идеју, да се легитимација ванбрачне деце може у ствари постићи само под једним условом, а то је кроз породицу.



После свега овога јасно је, да је напред поменута начелна одлука нашег Касационог Суда, противна модерним схватањима о браку и породици, као што је противна по нашем мишљењу и духу нашега позитивног права, а што смо већ раније изложили. Ова одлука је имала нарочитога одјека у јавности, и то у једном делу штампе, у којој је она поздрављена на тај начин, што од сада «**неће више бити ванбрачне деце**», што другим речима значи, да се од сада више неће гледати на ванбрачну децу као раније, пошто ће та деца па један врло лак начин постати брачна, јер ако то неће да учини отац, учниће мати, и тако ће то питање ванбрачности бити на један лак начин ликвидирано. Мислимо да је јасно за свакога, да се овим путем иде само на руку ширењу конкубината и других ванбрачних односа, а да се тиме иде директно и противу саме породице о томе нема и не може бити никакве сумње. На тај начин конкубинат ступа на равну ногу са браком, и чак шта више прилика му се пружа да се нагло развије на штету самога брака односно на штету породице, а колико је ово опасно са гледишта социјалних и националних интереса, мислимо да није тешко уочити. И кад је видовдански уставотворац прописао «да брак стоји под заштитом државе», он је нема сумње поред осталога, мислио на заштиту породице и на сузбијање конкубината и дивљих бракова.

---

### III.

Мислимо да је на овај начин довољно јасно показано, од каквог домашаја по социјалне односе може бити ова широка интерпретација тач 3. § 134. грађ. зак. од стране Касационог Суда. Уз прекос модерном схватању брака и породице које је све више у смислу социјалном, како од стране правника тако и од стране социолога, ово гледиште изнето у начелној одлуци Касационог Суда је испало крађње индивидуалистичко, једно гледиште које је почело да се напушта још крајем прошлога века. Његовом напуштању допринело је баш то, што се у току дугог искуства увидело, да се брачним односима одн. породици мора посветити особита пажња ако се хоће да темељ друштва, а то је породица, остане на солидној основи.

Ова одлука Касационог Суда нахиће пуног одјека и допринеће широком тражењу позакоњења од стране матера на овај трећи, најлакши начин, поглавито зато, што по нашем законодавству, позакоњено дете ступа у сва наследна права према својим родитељима, односно и према осталим сродницима ако је то позакоњење из тач. 1. и 2. § 134. грађ. зак. Истина, ово је једно питање у коме се аутори не слажу. Једни мисле, да наследна права према својим родитељима могу имати само она деца, која су позакоњена само на прва два начина, т. ј. конвалидацијом ништавог брака или доцнијим ступањем у брак детињих родитеља. Што се тиче трећег начина позакоњења они сматрају, да тако позакоњена деца немају никаква наследна права, не само према даљим сродницима већ ни према сајмим родитељима. Друга група аутора сматра, да сва позакоњена деца макојим начином, имају интестатско наслед-

но право, само да оно није истога обима код позакоњења из тач. 3. § 134. грађ. зак. са осталим двема врстама из тач. 1. и 2. истог законског прописа. Док позакоњење на прва два начина даје потпуно интестатско право наслеђа тој деци, не само према родитељима већ и према осталим сродницима, дотле деца позакоњена овим трећим начином, то право имају само према својим родитељима и оно се даље не простире. Противници овог другог гледишта, т. ј. да и ова деца имају извесно интестатско право наслеђа, заснивају своје тврђење на одредби § 409. грађ. зак., по коме »деца изван брака рођена добијају право на наследство као и други закони наследници само онда, када би познијим браком она позакоњена била«. Они сматрају, да према овоме законском пропису, таква права могу имати само она деца позакоњена на начин из тач. 1. и 2. § 134. грађ. зак., док она позакоњена на овај трећи начин немају у опште никаква наследна права. Погрешност овакве интерпретације је очигледна и она се састоји по нашем мишљењу у овоме. § 409. грађ. зак. прописује, да деца на горња два начина позакоњена имају потпуно интестатско право наслеђа, што се види из речи »**дебијају право на наследство као и други закони наследници**«, што може да значи само то, да закон тако позакоњену децу потпуно изравњава са брачном, која имају наследно право како према родитељима тако и према осталим сродницима. Али из овога само не може се извести, да деца позакоњена овим трећим начином немају апсолутно никаква наследна права. Оно што је законодавац статуирао у овоме законском пропису јесте, да се тако позакоњена деца ништа не разликују од брачне деце, и да према томе имају и сва права као и она. То у осталом није ништа друго него доследно спровођење принципа израженог у § 134. грађ. зак., да се ванбрачно дете може учинити брачним, те му као брачноме и сва права брачне деце припадају. Према томе, да би се могло решити питање, да ли и деца позакоњена per rescriptum principis, имају каква наследна права, није довољан само пропис § 409. грађ. зак., већ и пропис § 134. истог закона, који је за решење овог питања у осталом главнији од § 409-ог. Из

одредбе § 134. виде се јасно две ствари. **Право**, један општи принцип, да се ванбрачна деца могу учинити брачном, и то на три начина како је у истоме законском пропису изнето. **Друго**, да сва три начина позакоњења немају исто правно дејство. Ово последње је изражено у тач. 3. § 134. која гласи: »3) кад би на захтевање родитеља такво дете **без штете трећега** од више власти у одношај права брачне деце поставило се«. Зашто је ова трећа врста позакоњења слабија по дејству од првих двеју ми смо већ раније изложили, и сада се на томе нећемо више задржавати. Остаје да изложимо у чemu је то слабије правно дејство с погледом на израз законодавчев »без штете трећега«. Тај израз може да значи, да тако позакоњена деца постају брачна само у односу према својим природним родитељима, док према свима осталим сродницима остају и даље ванбрачна. У кратко, родбински однос у овоме случају ствара се само између родитеља и деце и не иде даље. Та деца долазе под породичну власт свога оца, односно својих родитеља и имају права на њихово име. Али као позакоњена деца, па према томе и брачна деца својих родитеља, несумњиво је да као таква имају и право интестатског наслеђа према њима, но без штете према другим сродницима. Према њима она немају законско право наслеђа, јер са њима пису ни у родбинском односу. Ову трећу врсту позакоњења, до које се у ствари не долази кроз брак, дакле путем породице, законодавац није хтео да фаворизира потпуно већ само делимично. Он је и децу путем ове врсте позакоњења учинио брачном или само према родитељима, а не и према осталим сродницима, те у томе смислу треба и тумачити израз законодавчев »без штете трећега«. Иначе, ако и овако позакоњена деца не би имала никаквих наследних права бар према својим родитељима, онда се са разлогом намеће питање, шта је управо законодавац хтео овом врстом позакоњења? Поставити тим начином децу ванбрачну у одношај брачне деце, а невезивати са тиме никаква права, заиста би било тешко замислити. Из тих разлога, не може се добити тачна интерпретација § 409. грађ. зак. без помоћи са истовременом интерпретацијом § 134. истог закона, пошто су оба ова законска прописа као што се

види у врло тесној органској вези. У осталом, колико је ово тачно најбоље се види по томе, како су аустријски коментаристи пропумачили § 162. општиг аустријског грађ. зак., који говори о овој врсти позакоњења. Овај законски пропис гласи *in fine*: »In Rücksicht auf die übrigen Familienglieder, hat diese Begünstigung keine Wirkung«. То је у ствари оно без штете трећега, које је ушло у § 134. нашег грађ. зак. Тумачећи овај законски пропис, аустријски коментаристи узимају, да деца на овај начин по-закоњена имају интестатско право наслеђа према својим родитељима прости зато, што су она тим позакоњењем учињена брачном према њима. По мишљењу њиховом, она конкуришу у наслеђу заједно са осталом брачном децом, и имају са њима једнако право и на закони део. Тим по-закоњењем у ствари крњи се закони део дотадање брачне деце у корист ове друге, која сада легитимацијом постају брачна. Али се даље од тога не може ићи т. ј. тим позакоњењем не могу се ограничити права трећих лица, а то је осталих сродника оца или матере овако позакоњеног детета, пошто оно према њима не ступа у родбински одношај. Дакле према свему овоме излази, да деца по-закоњена на овај трећи начин имају интестатско наследно право према својим родитељима по смислу тач 3. § 134. грађ. зак. у вези § 409. истог закона, те према томе, позакоњена на овај начин и од стране матери, та деца ово право добијају, истина само према својој мајци, али га тек добијају.

То гледиште, да деца по-закоњена на овај трећи начин немају никаква законска наследна права, заступа наш познати правник г. д-р Драгољуб Аранђеловић, у својој расправи: Позакоњење детета милошћу Владаочевом (Арх., књ. 16. бр. 4., стр. 275). Исто то гледиште заступа и г. д-р Лазар Марковић, у своме кратком коментару Грађанској Законици, 1921. код § 409. стр. 202. где изречно каже, да »деца по-закоњена милошћу Владаревом немају право на законско наслеђе«. Главна аргументација г. Аранђеловића, да овако по-закоњена деца немају интестатског права наслеђа је у томе, што ни по аустријском праву, које је за наше право изврно, таква деца немају то право према сродницима својих родитеља. Али по аустријском

праву, у смислу § 162. грађ. зак., таква деца имају то право према својим родитељима на коме гледишту среће и коментаристи: Rušnov, Stubenrauch, Posilović, Pfaff и многи други, који мисле, да се слабије дејство ове врсте позакоњења баш и састоји у томе, што таква деца имају интестатско право наслеђа ограничено, т. ј. само према својим родитељима. Друго гледиште противно овоме, заступа један од наших најпознатијих цивилиста, Андра Ђорђевић, у своме одличном делу Наследно Право, 1910., за које се може рећи да је једно од најбољих ове врсте у нашој литератури. Исто то гледиште заступа и наш угледни научник г. Живојин М. Перећ, проф. универзитета у Београду, у своме овде већ цитираном делу, а у књ. 4. Наследно Право, на стр. 109 каже, да право интестатског наслеђа према својим родитељима имају и она деца, која су легитимирана путем милости Владаочеве из тач 3. § 134. грађ. зак., доводећи § 409. у везу са § 134., као и са односним одредбама аустријског права. У овоме смислу и коментарист нашег грађ. зак. Димитрије Матић (в. Објашњење грађ. зак., 1851., стр. 556). И ако се у главном ови последњи аутори слажу т. ј. да и ова деца имају интестатско право наслеђа, ипак између њих има извесних разлика у погледу обима тога права. Тако, по А. Ђорђевићу та би деца имала иста права као и она по-закоњена доцнијим браком, бар тако излази из његовог објашњења. Исто то мишљење без резерве, заступа и Димитрије Матић у своме већ поменутом коментару. Међутим г. Перећ и то сасвим умесно сматра, да та деца имају интестатско право наслеђа само према њиховим родитељима а према осталим сродницима не (§ 162. аустр. грађ. зак. у в. § 134. тач. 3. и § 409. нашег грађ. зак.). Г. Перећ сматра, да тако по-закоњена деца имају право и на закони део као и остало брачна деца по-закониоца.

Кад се све ово има на уму, и кад саме матери увиде да се штете од ванбрачног односа могу донекле лако изгладити на један доста брз и лак начин, и то иницијативом од њихове стране, сасвим је умесно и са разлогом претпоставити, да све ове мере иду у прилог конкубинатима а на штету брака и породице. Зато је с погледом на дух и сми-

са нашег позитивног права а с тиме у вези са социјалним односима, много боља интерпретација тач. 3. § 134. грађ. зак., да ову врсту позакоњења морају тражити оба родитеља односно сам отац, али никако не и сама мати, осим у случају ако успе доказати, да је то позакоњење хтео и отац па је услед мајаквих околности био спречен то учинити. Овом приликом на завршетку додајемо још само то, да овај трећи начин позакоњења, који се у садањем праву задржао више по традицији, не треба уносити у пројекат општег грађан. законика за нашу државу, а то би у осталом било и у сагласности са чл. 28. Видовданског Устава. То би био један од начина, да се институција брака још више учврсти. Не треба заборавити, да је најбољи познавалац античке историје Fustel de Coulanges рекао, да је пропадању римског друштва претходио распад римске породице!

---