

Садржај

Из грађанског поступка

1. Докле има места позивању у заштиту
2. Притвор дужника
3. Обустава

Из грађанског права

4. Стриц и синовица

Из меничног права

5. Субјекти менично-правних односа
6. Значај речи „примљена”
7. Авал или нарочито менично јамство
8. Onus probandi код покрића
9. Страно законодавство у области меничног права

Из трговачког права

10. Малолетник трговац

340.1

Ангелковићу, предсједнику чв. дла,

Л. Е. Несторовић

Ђ. Б. НЕСТОРОВИЋА

ПРАВНЕ РАСПРАВЕ И ЧЛАНЦИ

ОДШТАМПАНИ ИЗ ПОВРЕМЕНИХ ЛИСТОВА И НОВИНА

Non exemplis, sed legibus est
iudicandum.

L. 13. C. de sentent. 7. 45.

I.

БЕОГРАД

ЕЛЕКТРИЧНА ШТАМПАРИЈА Т. К. НАУМОВИЋА

1905

уведено је у промет 6.
Іјануар 1905. год.
Београд.

Ђ. Б. НЕСТОРОВИЋА

ПРАВНЕ РАСПРАВЕ И ЧЛАНЦИ

ОДШТАМПАНИ ИЗ ПОВРЕМЕНИХ ЛИСТОВА И НОВИНА

Non exemplis, sed legibus est
iudicandum.

L. 13. C. de sentent. 7. 45.



Нбр. 32420

БЕОГРАД
ЕЛЕКТРИЧНА ШТАМПАРИЈА Т. К. НАУМОВИЋА
1905



САДРЖАЈ

•••

Стр.

Из Грађанског поступка

1. Докле има места позивању у заштиту	1
2. Притвор дужника	13
3. Обустава	28

Из грађанског права

5. Стриц и Синовица	39
-------------------------------	----

Из меничног права

5. Субјекти менично-правних односа	61
6. Значај речи „примљена“	77
7. Авал или нарочито менично јамство	95
8. Onus probandi код покрића	116
9. Страно законодавство у области меничног права	126

Из трговачког права

10. Малолетник трговац	140
----------------------------------	-----

Докле има места позивању у заштиту

(*Litis denuntiatio*)

пише

Ђ. Б. Несторовић

судија касац. суда

••••

И по нашем приватном процесуалном праву дозвашено је да у један спор, који је с почетка вођен само између тужиоца и туженика, уђу и трећа лица која су посредно или непосредно заинтересована за исход исте парнице. То ступање трећих лица у већ поведени спор може бити из разних побуда и у различним формама које су у дотичним одредбама закона о грађанском поступку у судским парницама конституисане као: главна и споредна интервенција (§ § 66 и 65), заштита (§ 67), адцитација и nominatio (*laudatio auctoris*) (§ 68).

Правна историја нам казује да су све ове установе модерног приватног процесуалног права постојале и у римском праву изузимајући институцију главне интервенције¹⁾, спрам чега не може бити спора да је у правној науци одавно рашчишћено све што се односи на правну природу ових установа. Према томе, кад се при свем том неке од њих показују спорне у појмовима наших правника, онда се то може про-

¹⁾ Unbekannt ist dem Römischen Recht die Haupt oder Prinzipalintervention. Види Römische Rechtsgeschichte, Civilprozess S. 199. von Dr. Ed' Heilbron, III Aufl. 1897.

тумачити само непотпуношћу и нејасношћу одговарајућих одредаба у нашем законику.

А да је наш закон о грађанско-судском поступку у свима својим деловима непотпун, и да у њему има таквих погрешака које чине да су у нас понеке уставове овога формалног права савршено неразумљиве, — то је бар у нашем правосуђу ноторна ствар. И заиста, ваља бацити само летимичан поглед на оне галиматијасе у одељку о рачунским парницима, ваља упоредити одредбе § 411 и 412. о притвору дужника, ваља видети како је недотупавно представљен правни смер обуставе као осигуравајућег средства, и т. д. па да се види колико су мало редактори овога нашег закона владали с материјалом који су имали да разраде.

Иначе, како би се могао разумети н. пр. поступак једног законодавца, који у питању интервенције допушта мешање свакоме, који само држи да има права на ону ствар о којој се парничне стране споре,« или који се само боји да ће у свом праву имати штете ако извесна парнична страна парницу изгуби...» не стављујући никакве ближе услове за одобравање мешања, при свем том што је у правној теорији одавна утврђена ствар, а у баденском закону, који је нашем законодавцу као углед служио, изречно предвиђено: да није довољно да се неко само боји или да држи да ће имати штете, па да му се може допустити мешање, већ треће лице треба и да донаме да његово право стоји у такој вези с парничним предметом, да би очевидно имао штете ако се не би у тај спор умешао.²⁾

Према овоме што сам до сад навео, ништа се боље не може очекивати ни од законских одредаба које се односе на заштиту. И заиста, док је у правној теорији несумњиво начело: да само надање де-

²⁾ — § 109 баденског Prozess-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten гласи: Ein dritter ist berechtigt, sich in den zwischen Andern anhängigen Rechtsstreit als Nebenintervent einzumüischen, wenn er ein solches Interesse anführt und bescheinigt das aus dem Unterliegen derjenigen Partei, der er sich anschliessen will, ihm selbst folgeweise oder mittelbar Nachtheil erwachsen würde.

нунцијантово³⁾ да ће му учешће трећег лица у спору бити од користи, није довољан повод за позивање у заштиту,⁴⁾ ипак наш закон у § 67, вели: да парнична страна која држи, да јој накнада штете од кога припада, ако предмет или право око ког је парница изгуби, дужна је тога у заштиту позвати...« а како се у § 338. истог закона изречно каже: »ако заштитник неће своју дужност да испуни, одговара за штету...« онда излази, да по нашем закону регресно право денунцијанта против денунцијата има свој правни основ у самом факту позивања, што је с гледишта правне науке више него смешно.⁵⁾

Према томе да би се с успехом могло одговорити на насловно питање овог члanka, ваља у светlosti правне науке, проучити у чему се састоји правна природа ове институције формалног права, јер кад се то питање рашчисти, онда је само собом решено и питање: докле има места позивању трећих лица у заштиту.

Према начелима правне науке као и према одредбама позитивног законодавства позивање у заштиту састоји се у томе: што једна парнична страна извештава неко треће лице о поведеном спору у намери да га учини пажљивим на то, да треба да јој својим учешћем у спору помогне како би се парница добила. А правне последице, које из тога позивања настају састоје се у томе: што денунцијат који се

³⁾ У науци се зове денунцијант онај који се позива у заштиту, а денунцијат онај на кога се позива. Ови називи долазе од denunciare, јер се у римском праву позивање у заштиту називало: litis denuntiatio, т. ј. извештавање о поведеној парници.

⁴⁾ Dr. Hieronymus von Bayer, Vortrege über den deutchen gemeinen ordentlichen Civilprozess, s. 145. — Упореди и Gesterding, Ansbeute von Nachforch. I. s. 350. и следеће.

⁵⁾ Litisdenuntiation ist nicht der ursprüngliche Grund des Regressrechtes gegen den dritten. Vielmer muss dieses Recht ohnehin schon in Folge des zwischen der Partei und dem dritten bestehenden Verhältnisses begründet sein, um mit Erfolg litem denunciren zu können, — Dr. Hieronymus von Bayer, op. cit. s. '47.



тому позиву не одзове, мора одговарати денунцијанту за накнаду штете, ако овај спор изгуби.

Али, да би позивање у заштиту могло произвести ову правну последицу, није довољно да се денунцијат само *надао* да ће му помоћ денунцијата бити од користи, већ је потребно да је у односима њиховим, у погледу спорне ствари, било основа за регрес и пре покренутог питања о заштити.

Услед тога у § 336. нашег судског поступка у грађанским парницима и постоји наређење: „да је само онда заштитник онога, на кога је какву ствар или право у своје име ма каквим основом пренео, дужан на суду бранити, или му доказе за одбрану дати, у колико законом или уговором није од тога ослобођен.“⁶⁾

И доиста, један парничар који своје право доводи од трећег лица, ако види намеру противне стране да хоће према њему, у смислу овлашћења из § 869. грађ. зак. да изнесе оне одбране (приговоре) које има према томе трећем лицу, налази се у таком положају, да мора позвати у помоћ то треће лице, ако не жели парницу изгубити или ако намерава подићи регресну тужбу против тога трећег лица на случај губитка првог спора.

Тако исто једном парничару може да се укаже потреба за заклетву о једном правном односу, али пошто тај правни однос није засновао он него онај од кога он доводи своје право, не може заклетву ни нудити ни примити, јер није у своме делу. Шта ваља да ради у таком случају? Позваће се у заштиту на тако лице и онда ће потребну заклетву примити или понудити заштитник, јер се у § 271 грађ. суд. поступка изречно каже: да ће „у делима или околностима, које нису познате парничару, него другом

⁶⁾ Овде је још било казано у § 122 баденског закона од 1864. године: *Die Beiladung eines Dritten zur Theilnahme an einem zwischen Andern anhängigen Rechtsstreite kann ... nur als — dann verfügt werden, wenn der Dritte mit einer Partei in Bezug auf den einzelnen Rechtsstreit in einem solchen Verhältnisse steht, das eine von der Partei vorzunehmende Handlung nur durch Dritten geschehen kann.*

чије је право парничар примио, као што су уступитељи и заштитници, или чијим је поступком парничар обавезан, као што су пуномоћници, ... досудиће се заклетва уступитељу, заштитнику и т. д.“⁷⁾

Ако после овога што смо навели о природи заштите, бацимо макар и летимичан поглед на споредну, акцесорну интервенцију, онда ћemo наћи: 1 да њој има места само тада, кад неко треће од парничара различно лице, које има правног интереса да један парничар победи, узима учешћа у спору⁸⁾ у циљу, да тога парничара у победи потпомогне и 2., да се споредна интервенција допушта само тада кад умешач доиста има правног интереса, непосредног или посредног, да се у спор умеша и 3., да трећа лица нарочито имају права да се мешају у поведени спор, кад се боје да парничу не изгуби онај парничар коме он може одговарати за штету на случај губитка парнице⁹⁾.

Упоредимо ли сад све оно што смо о заштити казали с овим што смо о споредној интервенцији навели, онда долазимо до несумњивог закључка да: *сваки заштитник може бити акцесорни умешач*, као и обратно да сваки онај који може бити споредни умешач, може бити позван у заштиту, наравно ако је у питању један од оних теретних правних послова које предвиђа § 341. грађ. суд. пост.

⁷⁾ G. F. Colmet-Daage у делу: *Leçons de Procédure civile*, XII ed. t. I. p. 500 у ноги вели да заштити има места и тада: кад један, који је заинтересован спором, који се води између других лица не ће у парницу да се умеша, а парничари се боје да он не нападне преузуду кад већ буде изречена. Ја мислим да ће ово пре бити случај *аддитације*, него ли заштите.

⁸⁾ Интервенција долази од израза: *venit inter litigantes*. G. F. Colmet-Daage, наведено дело р. 500. № 530

⁹⁾ Упореди § 123. баденског грађ. суд. поступка где се такав случај нарочито наводи у коме: „Eine solche Beiladung insbesonder zulässig...“

Као пример у коме има места позивању у заштиту, Dr. E. Heilfron, у цит. делу наводи и случај: кад је сумњиво да ли тужиочева тражбина денунцијанту или коме трећем припада.

Услед тога у праву је од вајкада рашишћена ствар да је *заштита само један облик споредне интервенције*, према чему оне се разликују само по форми, јер док умешач *по својој вољи улази у парницу*, дотле се заштитник меша у парницу тек *на позив једне од парничних страна*¹⁰⁾.

Услед тога се у праву споредна заштита назива *добровољна* или *активна*, а заштита *принудна*¹¹⁾ или *пасивна*¹²⁾ *интервенција*.

Према свему што смо навели и заштита је интервенција, само што се код ове интервенције умешач по нашем закону назива *заштитник*, који је израз дошао да ближе означи посебни правни однос у питању накнаде између денунцијанта и денунцијата, а потреба за регулисањем ових односа и изазвала је овај нарочити вид споредне интервенције.

Ти њихови посебни односи који постоје изван спора што се води, регулисани су у гл. IX. нашег грађ. суд. поступка, спрам чега за однос заштитника према денунцијанту и његовом противнику, у погледу спора који се између њих води, т. ј. кад се заштитник већ умеша у спор, *и за овога важе сва она правила која су установљена за споредног умешача*.

Наш законодавац то није изреком казао у закону о грађ. судском поступку, без сумње што је претпоставља да је то по себи јасно, али у његовом изворнику, т. ј. у § 120. баденског закона изречно се вели: *заштитник* својим ступањем у парницу постаје споредни умешач онога који га је позвао у

¹⁰⁾ Г. Андра Ђорђевић у својој „Теорији Грађ. Суд. Поступка“, на стр. 126. изречно вели: „*Заштита је интервенција* коју је тражила она парнична странка, која има право на накнаду од умешача ако изгуби спорну ствар или право, које је од умешача теретним правним послом прибавила. Умешач се овде назива *заштитником*.“

¹¹⁾ Dr. E. Heilfron, Römische Rechtsgeschichte, s. 199: Die Nebenintervention kann freiwillig erfolgen oder durch Anforderung einer Partei (litis denuntiatio, Sbreitverkündung, §. 69. C. P. O.)

¹²⁾ G. F. Coldmet-Daage, Leçons de la procedure civile, XII et, t. I, p. 500. у ноти назива је: l' intervention forcée ou passive наспрот l' intervention volontaire.

заштиту (текстуално: који му је спор доставио) и његов једнос ка овоме, као и његовом противнику, *има се по постојећим одредбама о споредној интервенцији регулисавати*¹³⁾.

На тај начин само се собом казује да допуна § 65. нашег грађ. судског поступка, по којој се споредни умешач може у један спор мешати до првих примедаба касационог суда, *важи без икаква ограничења и за позивање у заштиту*, услед чега се као нетачне показују и она одлука I. одељ. Касационог Суда, по којој се парничне стране могу позивати у заштиту на трећа лица *само у тужби, односно у одговору на тужбу*, а који систем заступа и г. А. Ђорђевић у своме наведеном делу, стр. 107., као што је нетачна и она одлука III. одељ. Касац. Суда од 1. дец. 1904 г. Бр: 11. 347. по којој се парничне стране могу у заштиту позивати у свако доба, а све док парница не буде окончана¹⁴⁾.

И ако су према овоме што смо довде, на основу правне науке и позитивних закона, изложили, овакав закључак показује као логична и несумњива последица наведених и утврђених премиса, тако да је нарочито обарање наведених система потпуно излишна ствар, ипак ћу рећи неколико речи и о једном и другом систему.

Пре свега први систем ни у ком случају не може да издржи научну критику јер је у правној теорији утврђено, да у опште акцесорна интервенција, па према томе и позивање у заштиту, није ограничено на једну специјалну фазу спора, већ им има места *све доашле, док они својим уласком у спор могу нешто да дојринесу*. Наравно да је из ових разлога мудро да и заштита и интервенција буду што раније¹⁵⁾,

¹³⁾ § 120. гласи: Der Aufgeforderte wird durch seinen Beitritt zum Nebeninterventienten dessen, der ihm den Streit verkündet hat, und sein Verhältniss zu diesem und zu den über die Nebenintervention aufgestellten Grundsätzen bestimmt.

¹⁴⁾ Види „Бранић“ св. XII. суп. 784 и остала за год. 1904.

¹⁵⁾ Dr. Hieronymus von Bayer, у цитираном делу, стр. 147 из ових истих разлога препоручује „den Streit als Beklagter noch vor der Einlassung, als Kläger vor der Replik zu denunzieren. Види и Archiv (c. fr. VI, s. 182.)

али оне нису везане ни за тужбу ни за одговор. Што се тиче позивања на одредбу т. б. § 94. грађ. суд. пост. у којој се каже: да у тужби треба именовати заштитника ако га има, оно је, по моме мишљењу, неумесно пре свега зато, што је одредба § 94 фалкутативног карактера, а по том, што по истом разлогу не би било допуштено парничним странама да износи нове доказе на рочишту само за то што је у тач. б. и в. § 94 и т. 1. и 3. § 107. грађ. суд. пост. казано да парничари треба у тужби, односно у одговору, да именују сведоке и поднесу доказе.

Међу тим, вајкадашња пракса наших судова допушта позивање на нове сведоке и нове доказе друге природе, што у осталом одговара и законским наређењима, по којима се нови докази не примају тек у нездовољству и жалби. А зар је позивање у заштиту нешто друго него позивање на нове доказе, кад се узме у обзир факт, да у највише случајева смрт позивању у заштиту и јесте тај, да заштитник унесе нове доказе који су само њему познати.¹⁶⁾

Што се тиче другог система, по коме се парничне стране могу позивати све „до окончања спора“, оно не може да издржи критику већ по томе, што се заснива на погрешном тумачењу „да у овом питању (односно року) треба правити разлику између позивања у заштиту и мешања у парницу, пошто је ово регулисано засебно, у § 65. гр. суд. пост. а то, вели се даље у примедбама, не може да се доводи у везу нити аналого примењивати на ово питање.“

Јер кад је и науком и позитивним законодавством утврђена истина да заштита није нека засебна установа, већ само један нарочити вид споредне интервенције, онда онај судија који између тога двога не види не само везу него истоветност положаја и који процесуалне рокове, који су предвиђени за један вид интервенције не ће да примењује и за други вид њен

¹⁶⁾ У оним случајевима, у којима се извесна одбрана мора одмах у почетку парнице навести, законодавац то изречно каже. Такав је случај код § 69. по коме се nominatio auctoris чини само у одговору на тужбу. То исто начело у погледу ове одбране усваја и наука. Von Bayer op. cit. s. 151.

чини једну грубу законску погрешку. Истина, овај вид интервенције, како се у примедбама каже, регулисан је засебно у § 65. или и главна интервенција регулисана је засебно у § 66., па ипак за то нико и не помишића одобрити главну интервенцију и после првих примедбама касационог суда, ма да је она по сродству много даља од споредне интервенције него заштита!

Да завршим.

Пошто је заштита само један вид споредне интервенције; пошто заштитник, ступајући у спор узима улогу умешача, како према оном који га је позвао у заштиту, тако и према његовом противнику, то за њу важе сви процесни рокови који и за споредног умешача,¹⁷⁾ па према томе и рок предвиђен у § 65. грађ. суд. пост. по коме ступању трећих лица у један спор може бити само до првих примедбама Касационог Суда.¹⁸⁾

Доцније тражење суд има по службеној дужности одбити.

¹⁷⁾ Приметио сам да је Апелациони суд у више прилика поништио пресуду првостепеног суда, кад је се, треће лице умешало у спор пошто је пресуда већ изречена, наводећи да пресуда треба између свију парничара да буде изречена. То је погрешно. Велико начело код интервенције састоји се у томе да умешач има само да продужи спор од оног момента кад се умешао. Све што је дотле урађено и за њега важи. У овом случају ћумешачу, ако му се одобри мешање, остаје само да изјави нездовољство. — У истом смислу и најновији аустријски Civil -- Processordung од 1. Авг. 1895. — Тако § 19. овог закона гласи: „Интервениент мора да прими оно стање парнице у коме се она налази у времену кад он ступи у њу, а § 18. гласи: Ueber den von einer der Process partein gestellten Antrag auf Zurückweisung des Nebeninterventen ist nach vorher gehender mündlicher Verhandlung zwischen dem Bestreitenden und dem Interventen durch Beschluss zu entscheiden -- Hiedureh wird der Fortgang des Hauptverfahrens nicht gehemmt = Овим се не задржава ток главног спора.

¹⁸⁾ D-r Hermann Fitting, у своме делу: Der Reichs -- Civilprocess, Berlin, 1903. s 114. изречно вели: Die Streitverkündung zu dies in Zwecke ist möglich, solange der Beitrit als Nebenintervent möglich ist, (Позивање у заштиту могућно је све дотле, док је могућно ступање као споредни умешач). — Види и E. Garsonnet, Procès de Procedure civile, Paris, 1897. III. ed. p 293. који такође заштиту назива »принудна интервенција.«

Кад већ говоримо о заштити, ваља се дотаћи једне појаве у нашој пракси, по којој судови стално позивају на рочишта и достављају све пресуде и примедбе и оном лицу, који је позван у заштиту (читај да се умеша у спор!) али је он тај позив одбио. То је погрешно. Јер, позивање у заштиту за судију нема никакав службени карактер; оно никад не потиче из сопствене иницијативе суда, већ је ту ангажован само лични интерес њихов, *тако да то позивање може да се изврши и вансудском путем.*¹⁹⁾ И заиста, кад један парничар позива неко треће лице да му у спору помогне, па ово одговори да се заштите не прима онда за суд то треће лице није ни постало парнична страна. А кад нема могућности да га парничарем по силама закона начини и кад, с друге стране, позвани у заштиту може да буде пуштен у спор тек на основу нарочите одлуке, — онда одкуд има смисла уносити тога *непарничара* у заглавље пресуде и с њиме поступати као с парничарем, кад закон јасно каже да парница треба да се изрече само између парничних страна?²⁰⁾

Очевидно је, dakле, да је наведена пракса погрешна.

¹⁹⁾ „Да ли је позивање било судским или вансудским путем, то је по општем праву равнодушна ствар, јер у закону употребљени израз „*dépoussiare*“ пазује и за вансудско позивање. — Dr. Hieronymus, нав. дело стр. 146.

²⁰⁾ Многе судије правдају овакав свој поступак тиме, што трећа лица, одбијајући заштиту, траже извесну суму на име писања акта или представника суда. На то одговарам: па и сведоци и вештаци траже накнаду трошка, али се не уносе у заглавље пресуде, нити им се пресуда доставља.

ПРИТВОР ДУЖНИКА

као средство обезбеђења

објашњење § 411. зак. о суд. пост. у грађ. парницама.

И ако се са свију страна чује, да је притвор дужника у грађанско-правним обавезностима застарела установа, која не одговара данашњем правном схватању, по коме сваки за своје обавезе треба да одговара само својим имањем а не и личношћу, управо чашћу својом, ипак се ова »застарела мера« и данас врло радо употребљава од стране поверилаца и консервативних и напредних идеја.

У нас установа притвора дужника постоји по једном закону који се датира још од 1865. године, а то време није тако далеко од оног доба, када су у многим европским законицима постојали т. зв. *Schulden-Arreste*, и када је притвор дужника сачињавао једну законску строгост меничног дуга, те се ова законска мера у нашем законодавству, према ондашњим појмовима, може и правдати¹⁾. Али ова установа притвора инсолвентног дужника постоји и данас у законима неких европских народа, којима се високи

¹⁾ У Француској је хапшење дужника за трговачка и грађанско правна дуговања укинуто тек законом од 22. јула 1867. год.

културни ступањ не може спорити, и то у законима редигованим на модерним принципима правне науке и промулгованим тако рећи последњих дана,²⁾ а то је појава која заслужује нарочитог објашњења, јер се на први мах чини, да се модерно право још није могло еманциповати од римског права ни у погледу лишења слободе дужника за његове грађанске обавезе.

Међу тим, ако се из ближе размотре узроци, у којима се по данашњем грађанско-процесуалном праву допушта лишавање слободе једног обавезника који је у тога solvendi, и циљ, који се жели тим лишењем слободе постићи, онда се види да данашње лишавање слободе по трговачким и грађанским потраживањима нема ничега сличног са оним из класичног доба. Јер, док је у прво доба, у римском народу, постојало правно схватање да обвезани за сигурност онога што је уговором обећао, залаже своју слободу и живот, услед чега ако дужник није испунио своју обавезу на уговорено време, поверилац није ни тражио испуњење саме уговорене обавезе већ неограничено располагање личношћу дужника, дакле тотално лишење његове слободе;³⁾ дотле данас лишење слободе има места само као једно превентивно средство да се дужник принуди на извесне процесуалне радње, без којих се неби могло доћи до пресуђења спорног питања, односно до сазнања да ли дужник има или нема имања.

По нашем актуелном законодавству такође се не може пресудом досудити затвор у место уговорене обавезе, а притвор дужника из § 411. грађ. судског поступка, законодавац изречно назива »обезбеђујуће средство«. Међу тим у нашој судској пракси ова је установа добила са свим други смисао. Притвор дужника ту није средство за обезбеђење, већ клот: једно средство за принуду дужника да илати дуг и то пре него што је пресуда о дотичној обавези и изречена.

²⁾ Die Executions-Ordnung von 27. Mai 1896. Wien.

³⁾ Више о овоме у расправи Н. Капетановића „Приговор дужника“, која се расправа ограничава само на то да ли ова усагнова треба у опште да постоји у законодавству. „Бранич“ за 1885. г. стр. 100,

Задатак је ове расправе да, у светlosti правне науке, испита карактер и смер ове установе у нашем законодавству, како би се пречистило питање: да ли је у нас притвор дужника само једно средство обезбеђења, како га законодавац назива, или је то једна законска принуда, један атак на слободу дужника, не би ли овај исплатио свој дуг, како га судска пракса карактерише^{4).}

Ну, пре него што би смо прешли на претрес одредаба нашег закона, да рашчистимо неколика питања, која се у овој материји намећу и која је немогућно обићи, ако се хоће да стече правилан појам о карактеру ове установе приватно процесуалног права.

Пре свега, морамо поновити, иначе сваком правнику добро познати факт, да у приватно процесуалном праву има више начина за обезбеђивање поверилаца. Ту долазе: прибелешка, забрана, притвор дужника и обустава. Али све ове побројане врсте обезбеђења и по предметима, на којима се обезбеђење добија, и по смеру, ради кога се обезбеђење тражи, у многим се погледима разликују између себе

Да је прибелешка обезбеђење на непокретним стварима, а забрана обезбеђење на покретности, то је сваком добро позната ствар. Према томе, поверилац, који има чисту и јасну обавезу, може на имовини свог дужника стећи једну или другу врсту обезбеђења. Другим речима: ако поверилац има и покретног и непокретног имања, његов поверилац може тражити које хоће од ових врста обезбеђења.

Али је питање: да ли такав поверилац може обићи и забрану и прибелешку па тражити тајку врсту обезбеђења, т. ј. притвор дужника. Простије речено, питање је, да ли поверилац може тражити притвор дужника и таком дужнику који има било покретног или непокретног имања или и једног и другог.

На то питање правна наука одговара: да је притвор дужника, као обезбеђујуће средство, субсидијарне природе, т. ј. све дотле, докле се поверилац може обезбе-

⁴⁾ Види решења, у последње време изречена, по дуговијима г. Д. К., адвоката.

дити на имовини свог дужника, притвору нема места. И заиста, кад се узме на ум да кредитирање почива на економској снази дужника, било да се та његова снага огледа у реалној имовини његовој или у његовој личној привреди, а не у томе, колико дужник има физичке снаге да у притвору остане, онда је природно да и поверилац треба, на првом месту, да тражи обезбеђење на имовини дужника или његовој личној привреди, јер је то и сачињавало основицу за уговор о кредитирању дужника. Иначе, кад би притвор дужника било допуштено средство обезбеђења увек, кад год је дужник у *mora solvendi*, макар да има имања, онда би установа притвора била нешто страшно, нешто ужасно, нешто што се не да оправдати ничим, а најмање правним разлогима, јер он тада не би ни био средство обезбеђења, већ средство за кињење и омаловажавање дужника.

Пошто смо се овако уверили да притвору дужника нема места дотле, док се дужник може обезбедити прибелешком или забраном, другим реч'ма, све дотле док дужник има имања, да прећемо на питање, које за нас има непосредне практичке вредности и које је и изазвало ову студију, а то је: *да ли се притвор може одобрити увек кад год дужник нема имања, или одобравање овог средства обезбеђења зависи још од каквих погодаба?*

Прелазећи на одговор по овом питању, морамо још једанпут поновити да законодавац притвор дужника увршћује у средства обезбеђења. *Притвор дужника, dakle, треба да конституише извесно обезбеђење за повериоца,* треба да му пружи извесну гаранцију да ће моћи наплатити своје потраживање које је несопственству дужника дошло у опасност.

А зар притвор сам собом конституише неко обезбеђење? На против. Дужник, који је у слободи а нема имања, има још наде да ће штогод привредити, а дужник који је лишен слободе, лишен је и сваке привреде тако да по позитивном законодавству сам поверилац треба да се стара за изхрану свог дужника, кога је стрпао у притвор, све дотле док притвор траје.

Очевидно је, дакле, да се таким притвором апсолутно ништа не обезбеђује.

Али, рећи ће когод, а зар је један случај у судској пракси, да је дужник пред непријатном перспективом телесног и моралног унижења истресао из своје кесе новац који је дотле скривао, или открио имање које иначе није хтео да покаже; зар је један случај да су пријатељи таког дужника понудили повериоцу своје јемство само да би спасли част и углед свог пријатеља?

Признајемо да је таких случајева бивало и да ће их и у будуће бити, али тврдимо да *те појаве редовно притвор не прате, онако истио као што се увек не дешава да дужник положи исплату целог дуга само да би отклонио попис својих ствари услед одобрене забране.* Сем тога, сам притвор, као такав, треба, да ствара неко обезбеђење, а не да изнуђава наплату. јер иначе, установа притвора била би једно принудно средство, један озакоњени насиљни атак на слободу и част дужника у искључивом смеру, да се он нагна на испуњење обавезе, али тада ова установа не би носила звучно име једног наивног средства обезбеђења, већ би то било једно инквизиторско средство у модерном, просвећеном добу.

Све, дакле, па и наређења позитивног законодавства по којима притвор може трајати само до извршности пресуде, и по којима се притвор не сме одобрити по тражењу оног повериоца који има већ извршну пресуду, говори у прилог тога да установа притвора није никакво принудно средство, јер да је то у истини она би собом представљала један парадокс у приватно-процесуалном праву, пошто би њоме било утврђено једно наопако начело, по коме поверилац може да стави у притвор свог дужника по приватној исправи, по којој суд није изрекао дефинитивну пресуду, а не може по извршној пресуди (односно осудном решењу), донесеној на основу те исте исправе!

Кад сведемо досадањи говор онда долазимо до овог закључка:

1.. притвор дужника, о коме се у овој расправи говори, није замена дужникова обавезе:

2., притвор дужника супсидијарне је природе, т.ј. њему има места само кад дужник нема никаквог имања; и

3., притвор дужника није никаква озакоњена насиљна изнуда уговорене обавезе већ само једно средство обезбеђења.

На реду је да се запитамо: *иа шта притвор дужника једном повериоцу обезбеђује?*

Кад дужник стално ради у свом домицилу или мирно живи у свом месту становља, онда за повериоца нема опасности да ће му пропасти потраживање, ма да дужник нема никаквог имања. Такав ће поверилац на основу доказа, које има, тражити осуду дужника, и кад добије пресуду он ће или вребати прилику, те да се на дужникову заради или стеченој имовини кад-тад обезбеди, или ће, на основу извршне пресуде, у смислу тач. 1. § 297. грађ. суд. поступка, захтевати да дужник под заклетвом открије своје имање, па се обезбедити, ако се какво имање открије, или, ако тај случај не буде, чекати док се згодније имовне прилике за дужника не покажу. Али кад дужник који нема имања, после истеклог рока уговорене обавезе, почне да се крије, или се спрема на бегство или је већ почeo бегати, у намери да осујети испуњење своје обавезе, онда је за повериоца опасност да ће му са свим пропасти потраживање, јер кад дужник побегне из земље, онда слободно може да напусти сваку наду на наплату, пошто би имао да се бори са свима тешкоћама и трошковима који су неминовни у међународним односима, ако би хтео та-ког дужника да тужи страним судовима.

Међу тим, кад поверилац већ има извршну пресуду против дужника, изречену од својих судова, онда је оч у сасвим другом положају. Дужник тада може ићи кад год ће, јер по конвенцији о узајамној помоћи у судским делима, власт стране земље извршиће таку пресуду чим јој се редовним путем достави.

Очевидно је, дакле, да таквог дужника, ако се спрема за бегство, треба спречити у тој намери; а ако је почeo бегати, вратити с пута.

Али дужник који је данас примећен да се спрема на бегство па задржат, може сутра дан непримећено побећи, а дужник који је данас враћен с пута, може сутра дан успети у бегству. Ваља, дакле, дужника дотле задржати у месту његовог становља, докле се не дође до извршне пресуде, а после га пустити нек иде куд ће.

А да би се то постигло, нужда, оправдана нужда, захтева да се дужник стави у судски или домаћи притвор до извршности пресуде.

Ако се, сад, запитамо шта представља тај притвор и какав је његов смер с гледишта процесуалног права: да ли изнуду да дужник плати свој дуг? добијемо негативан одговор. Јер баш онда кад пресуда постане извршна и кад може бити речи о наплати, он ће бити пуштен из притвора и слободан да иде куд год ће и кад ће, изузимајући случај ако поверилац захтева откривајућу заклетву од тако осуђеног дужника, али и у том случају дужник може ићи куд ће чим ту заклетву положи.

Према овоме, са свим је јасна ствар да овакав притвор дужника даје повериоцу једно *поуздано средство да дође до извршне пресуде*, и да тај притвор има свој прави узрок баш у бегству дужника, а не само у томе што дужник нема имовине.

То је његов задатак, то је његов правни смер.

Према свему што смо довде навели, притвор дужника збиља јесте *једно средство обезбеђења*, али — обезбеђење од бегства дужника који нема имања.

Тако је у теорији,⁵⁾ а тако и у страном законозавству, где се изречно каже да притвору дужника, као обезбеђујућем средству, има места само ако

⁵⁾ Види Dr. Hugo Schamer, Die Erxecutions — Ordnung Von 27 v. 1896. S. 566.

дужник нема имања а спрема се да бега или је већ почeo бегати.⁶⁾

А како је код нас? Исто тако.

Покушаћемо да ово и докажемо.

Наш законодавац такође увршћује притвор дужника у „средства обезбеђења“⁷⁾ а случаји у којима се ова врста обезбеђења одобрава изложени су у § 411. закона о грађ. суд. поступку, који гласи „Повериштељ, који испуни што се у § 377. процесује, може захтевати, да се дужник стави у притвор, кад докаже да овај нема никаквог имања, или кад основну суму покаже да се дужник крије или спрема да бега, или да је већ почeo бегати, да би осујетио испуњење обvezаности.“

Овако како је стилизовано ово законско наређење на први поглед се чини да поверилац може тражити да се његов дужник стави у притвор:

1., увек над донађе да дужник нема имања ма да се не крије, нити се спрема да бега, нити је почeo бегати у смеру да осујети испуњење обавезе,

2., увек над поверилац само основну сумњу покаже да се дужник крије или спрема да бега или је почeo да бежи да би осујетио обавезу, макар дужник и имао имања.

Међу тим, у ствари није тако.

Напред смо већ исцрпно изложили да притвор дужника, као обезбеђујуће средство, не би одговарао овој својој намени, кад би могли увек притворити и оног дужника, који мирно ради свој посао у своме

⁶⁾ § 386. аустр. закона о извршењима гласи: Zum Zwecke der Sicherung der Person des Gegners der gefährdeten Partei darf nur Anhaltung stattfinden. Die Verhaftung darf nur angeordnet werden, wenn der Gegner der gefährdeten Partei flüchtig oder der Flucht verdächtig und zugleich die Besorgnis begründet ist, dass durch seine Flucht die Bewirklichung des Rechtes der gefährdeten Partei vereitelt würde.

⁷⁾ § 376. закона о грађ. суд. поступку гласи: Права се могу обезбедити за живота и по смрти обвезанога, док суд није решио да се стечиште над имањем умрлога отвори. Средства су за то: I. прибелешка, II. забрана. Ако вима припадају III. притвор дужника.

Међу тим судски притвор према наређењу § 300. и 301. истог закона стоји и као изнудна мера откривајуће клетве, који притвор траје све дотле докле се клетва не положи, а најдуже за годину дана.

месту живљења, једино из узрока што нема имања. Такав притвор не само да ништа неби обезбеђивао него би напротив осујевао обезбеђење, јер би доводио дужника у немогућност да својом привредом осигура и исплати повериоца, спрам чега карактер тога притвора не би ни био обезбеђујући већ изнуђавајући, дакле излазио би из оквира смрта, ради којег је законодавац и засновао ову установу.

Сем тога, да је законодавац ишао на то да средством притвора принуђава дужника на исплату дуга он не би пао у таку недоследност да §-ом 412. одобрава притвор по приватној исправи, а §-ом 417. да забрањује тражење притвора на основу извршне пресуде,*)

нега би притвор дужника одобравао баш у случају кад дужник не исплати своју обавезу по извршној судској пресуди, онако исто као што, по § 300. истог закона, одобрава притвор дужника кад овај по изреченом пресуди неће да положи откривајућу клетву.

Очевидно је, дакле, да намера нашег законодавца

при редиговању наређења која се односе на притвор није била та: да се притвор дужника може тражити чим дужник нема имања Јер, да би притвор дужника одиста био обезбеђујуће средство, и да би се њиме у ствари конституисало извесно обезбеђење за повериоца, нужно је да такав дужник кријењем, или спремањем за бегство или бегањем покаже намеру да хоће да осујети испуњење своје обавезе.

Једном речи, да би притвор дужника био обезбеђујуће средство он треба да има своју узроčnost bao u samom begstvu dužnika koji nema imanja.

Што се тиче алтернативе, напред изложене под 2. можемо с уверењем рећи да ниједан српски правник неће одобрити притвор по тражењу повериоца само по том основу што би поверилац „основну (sic!) сумњу показао да се дужник крије, или спрема да бега, или да је већ почeo бегати“, ма да он има

^{*}) Истина, и после извршности пресуде може дужник доћи у притвор, али тај притвор има карактер изнуђавања откривајуће клетве, као једне процесно правне радње. Према томе ако дужник одмах положи ову заклетву чим му се затражи, неће ни доћи у притвор.

имања, које повериоцу пружа довољно и стварно обезбеђење. Јер и ако се по законском тексту чини да је повериочево право на тражење притвора и у овом случају несумњиво, пошто закон изречно каже да поверилац може тражити притвор дужника или кад докаже да овај нема имања **или** кад основану сумњу покаже (sic!) да се дужник крије или спрема на бегство, *ипак се такво тражење притвора до данас није појавило у судској пракси*. А овај факат значи да је ова законска одредба у тако очевидној супротности с основним појмовима о карактеру ове установе, да се и најциничнији повериоци страше да оваку интерпретацију даду § 411. грађ. суд. поступка, ма да би тиме добили једно згодно средство да ухапсе сваког свог дужника, чим овај после уговореног рока пође на какав пут, а не исплати дуг, и ако дужник у том месту има и покретног и непокретног имања.

Према овоме и сувише јасно излази да само бегство или спремање за бегство или кријење, не може да буде основ да се дужник стави у притвор ако дужник има имања из кога се повериоци могу намирити. Та појава може бити повод да се дужнику отвори стечај⁸⁾ (ако против њега постоје тражбине), а не и да се стави у обезбеђујући притвор, јер и сам закон у § 411. in fine изречно вели: да бегство дужника може бити основ за притварање дужника само тада, ако би дужник хтео побећи или је већ побегао „да би осујетио исујење обвезаности“, а у § 412. јасно се каже да ако дужник, у бегству ухваћени, докаже да има имања, притвору нема места.

И заиста, нити ће дужник бегати из свог места живљења, ако има имања из кога се повериоци могу намирити, нити се спремање за пут, или баш и изненадан одлазак таког дужника, може квалифиkovati као бегство. А ако такав дужник, чија имовина може залећи за дугове, у истини побегне, онда прави узрок томе бегству треба тражити у чему другом, а не у његовом дуговању.

⁸⁾ Дужнику који нема имања стечај се не може отворити.

Једном речи, *кријење или спрема за бегство, или и само бегање дужника мора бити нераздвојно везано с немањем имања*; па да може бити претекст за притвор дужника. То је факат који нам нико неће оспорити, а то се у осталом јасно види из завршних речи § 411.

Ако сад доведемо у везу све што смо до сад казали, онда ћемо доћи до овог закључка. Говорећи о законској алтернативи напред означенoj под 1., видели смо да сама немаштина без бегства дужника не може да буде основ за притвор, јер он тада не би био обезбеђујуће већ принудно средство; сад смо, опет несумњиво утврдили да само кријење или бегство без немаштине такође не може да буде основ за притвор дужника. Па кад су немање имања и бегство у овом питању тако нераздвојно везани; кад оба факта тек у заједници могу да послуже као основ за притвор дужника, онда зашто је законодавац у § 411. та два факта одвојио и казао: да поверилац може притвор дужника тражити и ако докаже да нема имања, **или** ако основану сумњу покаже да се дужник крије, или спрема да бега или је почeo бегати.

Очевидна је ствар да је оно **или** једна омашка редактора ако не штампарска, јер у свима раније издатим законима о судском поступку у грађанским парницама, немање имања, тек ако је скопчано с бегством у цељи осујење исплате, може бити основ за притвор дужника,⁹⁾ а тако је и у изворницима садањег нашег грађ. суд. поступка: у аустријском и баденском закону¹⁰⁾.

⁹⁾ Наш законик о судском поступку у грађ. парницама од 1860. г. има о томе оваку одредбу у своме чл. 207. „на захтевање поверијеља суд ће дужника затворити: 1., кад онај докаже да се дужник спрема да бежи, или да је већ почeo бежати а никде никаквог имања нема“

¹⁰⁾ § 601. баденског закона од 1864. год. гласи: Persönlicher Arrest als Sicherungsmittel findet (unabhängig von den Bestimmungen des Landesrechts über die Anwendung des Arrestes als Zwangsmittel zum Erfüllung bürgerlicher Verbindlichkeiten) immer nur unter der Voraussetzung statt, das dinglicher Arrest zur Sicherung des Berechtigten nicht hinreicht, und gegen Jnländer nur dann, wenn sie auf der Flucht begriffen, oder derselben verdächtig sind

А сад да одговоримо на најважније питање у овој ствари, а то је: *како се наши судови имају држати у штетију притвора дужника.*

Да би одговорили на ово питање ваља нам повновити закључке до којих смо овим излагањем дошли. Ти се закључци састоје у следећем:

И по нашем закону, као и по страном, притвор дужника, као средство обезбеђења, субсидиарне је природе.

И по нашем закону, као и по процесно-правној теорији и страном законодавству, притвор дужника као средство обезбеђења треба да конституише извесно обезбеђење за повериоца, а не принуди дужника да пошто по то исплати свој дуг.

И по нашем закону, као и по страном законодавству, притвору дужника има места само до извршне пресуде, другим речма и по нашем закону притвор дужника у самој ствари редовно обезбеђава долажење до извршне пресуде.

И најзад, и по нашем закону као и по туђим, таком се пресудом може дужник принудити да под заклетвом открије своје имање. *To је његова главна циљ*, а ако тражење притвора који пут донесе повериоцу стварно обезбеђење, или баш и испуњење обавезе од дужника, то није редовна последица траженог и одобреног притвора, већ последица које може али не мора бити, онако исто као што и пописивање ствари по забрани може, али не мора увек, изазвати измирење дуга од стране дужника.

Па кад све то стоји, и кад је очевидна ствар да други део § 411. о бегству дужника, у нераздвојној вези стоји с првим делом његовим о немању имања; и даље, кад се том спајању бегства с немаштином дужника нико не противи, јер нико не допушта притвор дужника само због бегства, које нема своје узрочне везе у немању имања, и ако између тога двога стоји оно фатално »или«, онда зашто се то спајање не би примењивало и обратно. Другим речима зашто се не би од повериоца, који тражи притвор дужника само по том основу што овај нема имања, тражило да докаже

и то: да се дужник спрема на бегство, или је већ почeo бегати, пошто је тенденција ове установе да, да поверилац може доћи до извршне пресуде ради тога, да би њоме свог дужника принудио на откривајућу заклетву, или да би га њоме могао с успехом гонити на случај бегства, и пошто је несумњива ствар, да поверилац увек може доћи до такве пресуде и без притвора, кад год дужник мирно ради свој посао и ни по чем не показује намеру да ће бегством осујетити испуњење своје обавезе?

Све, дакле, говори у прилог мишљењу да притвор дужника, као обезбеђујуће средство, не треба одобравати, ако поверилац поред тога што је доказао да његов дужник нема имања, не покаже и основану сумњу да се дужник крије или спрема да бега, или је већ почeo бегати у намери да би осујетио испуњење обавезе. То показује сам карактер и смер установе, то се види из тенденције, из смисла самог закона.

Па ипак неке судије одобравају притвор дужника чим поверилац докаже да његов дужник нема имања, и ако § 8. грађанског, законика, који и овде важи, изречно вели: „смисао закона нико да не изврће и криво да не тумачи. Сваки да пази на речи и њихово право значење, па ако му се не би тако разумети дало, онда нека погледа на друге овде изложене подобне законе и нена испита намеру законодавца, па сравнивши га с овима, нека га тако протумачи, да се с основима здравог разума и природне правице слаже.“

Међу тим, из свега што смо до сад навели, јасно излази: да је смисао закона баш тај да се притвором дужника обезбеди извршна пресуда, без које поверилац нити може од њега тражити откривајућу заклетву, нити га, на случај доцнијег бегства, може ради наплате, с успехом гонити по туђим земљама. А да намера нашег законодавца, приликом установљавања притвора дужника, као средства обезбеђења, није могла бити та да се у притвор може ставити сваки дужник који нема имања, макар да овај не мисли бегати, најбоље показује то, што се против таког дужника може и без притвора доћи до извршне пресуде, па

према томе и до откривајуће заклетве, а евентуално и до наплате, спрам чега би тада притвор био излишан, јер не би ништа обезбеђивао.

Према томе, кад један наш судија одобрава притвор дужника само на основу тога факта, што дужник нема имања, онда он не заснива своју одлуку на карактеру саме установе, о којој решава, нити на намери законодавчевој, већ на једној стилистичкој погрешци редактора законског. Али, по нашем мишљењу, једно »или« чија је неумесност више него очевидна, не може дати ослонца судији да једној установи којој законодавац даје карактер *средства обезбеђења*, самовласно придаје значај бруталне изнуде илања. Још мање он сме своје правне закључке да заснива на појединим речма, не доводећи их у везу са смислом самог закона и карактером установе коју има да протумачи, јер ако игде треба водити рачуна о основном правном принципу: *scire leges non est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem*, треба овде, где је реч о лишавању слободе једног лица не за кривицу, већ за његове обавезе грађаског или трговачко правног карактера.¹⁾

ОБУСТАВА

објашњење § 421. закона о грађ. суд. поступ.

У нашој судској пракси и обустава, као једно од законских средстава за обезбеђење, показује се као спорно питање у области приватно процесуалног права, јер још и данас, после четрдесет година од узакоњења ове установе¹⁾, у нашој судској пракси нису рашишћена питања: кад има места обустави и какав је карактер и смер овог обезбеђујућег средства.

И заиста, ако размотримо конкретне случајеве тражене и одобрене обуставе у нашој судској пракси видећемо да се ту обустава показује:

1., као обезбеда да онај, у чијој се државини налази спорна ствар, ову не измени, отуђи или уништи за време самог трајања парнице;²⁾

¹⁾ У нашем закону о грађ. суд. поступку од 1860. године, који је важио пре данашњег, није постојала обустава.

²⁾, а) М. из Д. преставио је лесковачком првостепеном суду, да је прогив Ј. К. свештеника из К. повео спор за својину њиве зване: „Селиште“, која постоји у атару села Д., о чему је поднео судско уверење, па како је у опасности да г. Ј. К. до свршетка овог спора, не отуђи имање око кога се споре, молио је суд да одобри обуставу на исто имање. У тој цељи положио је и кауцију у новцу.

Првостепени лесковачки суд је, по овом тражењу, а на основу поднетог уверења о поведеном спору и § 421 гр. суд. пост. одобрио обуставу, које је решење оснажио Касациони Суд под 31. јула 1904 год. Бр. 6992.

б), У истом смислу види и решење лесковачког првостепеног суда од 15. маја 1904. год. № 8815, које је Касациони Суд оснажио решењем од 18. јуна 1904. год. № 6469, као и

¹¹⁾ У нашем § 411. и осталим говори се само о повериоцу и дужнику, те се чини, као да се притвор може тражити само због неиспунења обавеза које проистичу из уговора о зајму. То је погрешно, јер се притвор може одобрити и за неиспунење обавеза из других уговора. С тога се у новом аустр. закону о извршењима онај који тражи притвор назива „*gefährdete Person*“ а у баденском „Der Berechtigte.“

2., као обезбеђење повериочевих новчаних потраживања на дужниковим стварима, тако да се обустава у ствари показује као *синоним* забране и прибелешке³⁾

3., као судско — полицијска мера против туђих настрадаја на ствари, које су несумњиво наше и које већ имамо у државини.⁴⁾

Међу тим, ако размотримо наређења нашег грађанско-судског поступка, која о обустави говоре, видићемо да ту постоји наређење § 421, али да ни у њему нити икојем другом не налазимо ослонца за

кешење истог првостепеног Суда од 17. јуна 1904 № 10591 роје је Касац, Суд оснажио 6. јула исте год. № 6770.

³⁾ а, За обезбеду 820 динара, што браћа Т. из Штигара, дугују М. П. рентијеру, по писмену изданом код начелства округа подринског, поверилац је тражио обуставу на „овогодишњи род“ дужников и то: са земље зване „Мишина“ и т. д. — Шабачки првостепени суд, нашав да је поднетим „писменом, као исправом по §§ 187. и 188. грађ. суд поступка, молилац доказао обавезу свог дужника, а с обзиром на § 421 и 422 пом. закона одобрио је ову обуставу решењем од 23. јуна 1904. год. Бр. 759. То решење уништио је Касациони Суд примедбама од 28. јуна 1904. год. Бр. 6694 нашавши да нема места обустави.

б., Драга, жена Д. Т. као старатлац његове масе, по писмену потврђеном од стране власти, по коме икој маси дугује М. Ј. суму од 274 дин. са 12% гад интереса, за обезбеду горњег дуга и интереса, тражила је обуставу на шљивни род са дужниковог имања. — Шабачки првостепени суд, са истих разлога који су наведени у предњем случају, одобрио је обуставу, ну Касациони Суд, примедбама од 26. августа 1904. год. № 7811 уништио је ово решење налазећи да нема места овој обустави.

в., Видети и решење варошког првост. суда у Београду од 18. авг. 1904. № 21.591.

⁴⁾ а., М. жена Ж. Ј. поднела је шабачком првостепеном суду извршну пресуду из које се види да је Р. Л. водио против ње спор због својине извесне земље, и да је овај одбијен од полагања права на својину те земље, али како се боји да исти Р. Л. ипак не однесе пшеницу с те земље молио је суд да одобри обуставу на тај пшенични род који вреди 200 дин. — Првостепени је суд одобрио тражену обуставу, но Касацији је Суд, својим примедбама од 21. августа 1904. год. № 7642 уништио ту одлуку из ових разлога: „По § 422. грађ. суд. пост. кад обуставу тражи лице које ствар не притељава, дужан је вероватно да покаже опасност да ће оспорену ствар онај који држи, упропастити или отуђити, а поред тога

овако разнолико тумачење задатка овог обезбеђујућег средства.

И заиста, кад је законодавац већ установио заједницу и прибелешку као обезбеђујуће средство за новчана потраживања на покретним односно непокретним стварима дужника, за случај кад је наше право потраживања чисто, јасно и доказано онако како прописује § 377. грађ. законика (т. ј. „пунова-

даће и јемењу из § 400 грађ. суд. пост. Према томе дежурни судија је био дужан да оцени претходно, да ли тужитељка М. ствар, на коју тражи обуставу притељава или не, па према томе одлучи: да ли је она дужна у овом случају вероватно да докаже опасност и речено јемство дâ или није. — Првостепени је суд, у својој пленарној седници од 15. септембра 1904. год. решењем Бр. 21.703 № 660 ипак нашао: да има места овој обустави из следећих разлога: »поднетом пресудом, као јавном исправом, молитељка је доказала да је она *собственик спорног имања*, па према томе и храна с те земље. Па како јој Р. Л. зада оспорава ово право и хоће да однесе храну с те земље, то суд налази да према § 421. грађ. суд. пост. има места обустави. Што се тиче питања о полагању јемства из § 422. гр. пост. суд налази да молитељка није дужна полагати ово јемство, пошто се имање налази у њеној државини. Ово се доказује поднесеном извршном пресудом; којом се тврди да је Рајко одбивен од полагања права на спорну земљу, што значи да је спорна земља и тада била у државини речене М. (потражитељске обуставе).«

Касациони је суд оснажио(!) ово решење шабачког првостепеног суда претписом од 10. новембра 1904. год. № 10559.

б., К. М. трговац, молио је суд да одобри обуставу на четири банкета печених и непечених цигља у вредности 1000 динара, које је предузимач Т. С. на бесправан начин израдио на његовој — тужиочевој — њиви звана „Берамициница“.

Поднетим извршним решењем начелника окр. циротског Бр. 397 од 26. маја 1904 год. молилац је доказао да је на његовом земљишту Т. С. на бесправан начин заузео и правио цигље, а поднетим протоколом полицијског увиђаја да је Трајко и преко забране продужио рад и направио 4 банкета цигља, а тиме је доказао и опасност могуће штете молитеља, пошто је зебња да он те цигље дигне, и овим су испуњени услови из § 421. 422. и 424., па с тога је првостепени суд, решењем од 5. јула 1904. г. № 9655, одобрио обуставу за обезбеду 1000 динара, на означена 4 банкета печених и непечених цигља, с тим да се обустава преко полиц. власти удејствује. — Касациони је суд оснажио(!) ово решење под 19. VII. 1904. Бр. 6879.

жно“), онда незнам каква би га потреба и невоља руководила да у истом закону, само под другим именом, ствара нова средства за исти вид обезбеђења.

Тако исто, задатак обуставе не може бити тај да служи као судско полицијска мера против туђих насталаја на ствари, које су несумњиво наше, и које су у нашем притежању, јер сваки онај који туђу покретну ствар узме у намери да је себи противизвако присвоји, врши *крађу*, а „онај, који самовласно и недозвољеним начином своје право тражи или удовлетворење сам себи прибавља...“ чини *самовлашће*, против којих противправних поступака постоје тужбе, које улазе у област јавног, кривичног права, док обустава постоји у области приватног права.

Очевидно је, дакле, да обустава, као средство обезбеђења, има за задатак да обезбеди потраживања са свим другим природе⁵⁾, што се у осталом јасно види и из наређења § 421. грађ. суд. пост. где се изречно каже да: »*обустава бива, кад је распра о својини или притежању једне ствари или права, а одмах се не може решити коме то припада, па ма која страна захтеда се оспорена ствар обустави.*“

Аналишући овај пропис нашег позитивног права долазимо до закључка да он претпоставља примену обуставе само онда 1.) кад је реч о својини или притежању извесне покретне или непокретне ствари, и 2.) кад се појавила распра о праву својине баш над том истом ствари, а ове две погодбе и сувише јасноказују да о обустави не може бити речи и онда, кад се једно новчано потраживање хоће да обезбеди на стварима које су несумњиво дужникова, јер је то задатак забране и прибелешке, као и да ово обезбеђује средство приватног формалног права не може служити као једна судско полицијска мера за заштиту ствари на коју ми имамо несумњиво право својине и која се већ налази у нашем притежању, јер та заштита улази у оквир јавног права.

⁵⁾ У немачком Executions Ordnung од 27. маја 1896 обезбеђујућа средсвта изреком се деле на она која обезбеђују новчана потраживања и она која обезбеђују права друге врсте. В. § 370 и 381.

Из овога што сам довде навео, јасно се види да није било законског ослонца ни за тражење ни за одобравање обуставе, у случајима напред наведеним у ноти под 3.) и 4.) јер је прави смер обуставе једино тај: *да спречи онога у чијим се рукама налази ствар, око које се парница води, те да је за време трајања парнице не отуђи или иначе не упропасти.*⁶⁾ А да је то прави смер обуставе види се и из § 422. грађ. суд. поступка, као и из наређења § 425. in fine, где се изречно вели, да »*обустава важи од дана, кад је код суда захтевана, ако парницу добије онај, који је обуставу тражио*, што значи да и ово законско наређење за обуставу претпоставља спор о својини ствари, а не спор о каквој наплати.⁷⁾

Једном речи обустави има места уз спорове око својине, да би се осигурао исход парнице која је већ поведена или која се намерава повести⁸⁾ како

⁶⁾ Кад се спорни предмет већ налази у државни тужиоца, онда обустава има за циљ да ствар остане и даље код тужиоца до даљег судског наређења. Види § 606. баденског Process-Ordnung од 1884. —

У коме случају има места обустави на ствари, које се код тужиоца већ налазе види се лепо из тач. 3. § 382. немачког закона о извршењима од 1896, год. која гласи:

„Die Ermächtigung der geförderten Partei in ihrer Gewährsame befindliche Sachen des Gegners, auf welche sich ein von ihr beehaupteter oder ihr bereits zuerkannter Anspruch bezieht, bis zur rechtkräftigen Entscheidung über diesen Anspruch zurückzuhalten zu dürfen.“

⁷⁾ Још мање обустави има места у случајима као што је онај под 4.) јер ту потражилац обуставе и сам тврди да је већ водио спор о својини истог предмета, и добио пресуду, а како обустава претпоставља ствар о којој још није изречена пресуда, то овде није ни требало тражити обуставу, већ извршење пресуде.

⁸⁾ Обустава се, дакле, може тражити и пре него што ће подигне својинска тужба, а и у току самог редовног спора због својине. У првом случају, тако звано „правдање“ обуставе (т. ј подизање тужбе због својине обустављене ствари) мора накнадно да следије, а у другом раније поведени спор већ правда обуставу.

Овде је од интереса знати у коме року мора бити правдање обуставе т. ј. да ли у законом року од 15 дана, који

не би судска пресуда изречена у тој парници, представљала једно *nudum ius*.

Пошто смо тако поставили главну погодбу за ову врсту обезбеђења, да видимо који су други услови од којих зависи одобрење обуставе.

Говорећи о притвору дужника, видели смо да то обезбеђујуће средство треба да обезбеди *присутност дужника* за време вођења парнице, пошто је иначе немогућно или тешко доћи до извршне пресуде, а из онога што смо овде навели, види се да обустава има да обезбеди *присутност и неповредност спорног предмета* за време трајања спора⁹⁾), како поведени спор не би постао беспредметан.

важи за забрану и прибелешку, или за то правдање треба суд нарочити рок да одреди. По моме мишљењу опште наређење § 386. о обезбеђењу, по коме се тужба има подићи у року од 15 дана не важи и за обуставу из ових разлога: 1.) што тај рок важи само за обезбеду новчаних потраживања, дакле за забрану и прибелешку (у томе параграфу се изречно каже и „предати суду тужбу за дуг“); 2.) што наведени § 386., и ако има места у одељку општих одредаба за обезбеђења, не важи и за притвор дужника, јер се ту по § 413. правдајућа тужба подноси „за три дана од кад је поверитељ притвор захтевао“; 3.) што законодавац код обуставе нарочито помиње оне прописе из „општих правила за обезбеђење“, које важе и за ово обезбеђујуће средство, а наређење § 386. не спомиње и 4.) што законодавац говорећи у § 386. у опште о обезбеђујућим средствима обуставу и не спомиње Према свему овоме излази да у свима случајима, кад се обустава тражи пре својинске тужбе, суд треба, у решењу којим обуставу одобрава, да одреди нарочити рок у коме се тужба има подићи.

И по новом аустријском закону о извршењима, судови, у решењу којим одобравају обезбеђење, одређују рок у коме се правдајући спор има повести. Видети § 391 тога закона, гдје се каже: Wenn eine einstweilige Verfügung vor Eintritt der Fälligkeit des von der antragstellenden Partei behaupteten Rechts oder sonst vor Einleitung des Processes bewilligt wird, ist im Beschluss eine angemessene Frist für die Einbringung der Klage zu bestimmen. (Ако је обезбеђење... пре поведеног спора одобрено, онда се има у решењу одредити рок у коме ће се тужба подићи).

⁹⁾ Како и код једне и код друге врсте обезбеђења и једна и друга установа има за осигурање извршну *присутност*, (лица, односно ствари) то у неким законодавствима као што је

Према томе, онако исто као што смо код притвора дужника видели да потражилац треба да докаже опасност да ће тужени побећи и на тај начин осујетити спор, тако исто и овде тужилац треба да докаже опасност да ће тужени упропастити, отуђити уништити или битно изменити спорну покретну ствар за време трајања парнице, где несумњиво долази случај и кад дужник своје име расипа или на сумњив начин отуђује, јер то расипништво и отуђивање може обухватати и оне ствари које су у спору.

С тога закон у § 422. и тражи да потражилац обуставе *вероватно* докаже ову опасност и у том погледу закон је изречен и јасан.

Али, друго важно питање које има великог практичног значаја и које се односи на то: *какве доказе о свом праву својине треба да подноси онај који тражи обуставу*, закон никако и недодирује. Према томе није ни мало јасно: да ли и за обуставу, као обезбеђујуће средство, важи опште правило из § 377. грађ суд поступ., по коме се: «Обавезаност доказује пуноважном исправом или приведеним сведоцима, где се по закону могу сведоци узети за доказ» или се у погледу обуставе има одступити од овог општег наређења?

Сама природа ствари показује да обустава која се јавља кад је распра о својини или притељају једне ствари или права, не претпоставља никакву личну обавезу туженога, те да се у смислу поменутог § 377. има доказивати некаква *обавезаност* његова. Према томе наређење § 377. не важи и за обуставу, јер кад би закон за одобрење ове врсте обезбеђења претпостављао потпун доказ, онда не би у § 421. изречно казао:

н. пр. баденски, и приговор дужника и обустава назива се заједничким именом *arrest*, а кад хоће свако од ових средстава да специјализује, онда се притвор дужника назива *persönlicher arrest* (лични притвор), а обустава *dinglicher arrest* (сврни притвор). Без сумње је то и био узорак што наш законодавац у § 376. набраја као обезбеђујућа средства само прибелешку, забрану и притвор дужника. А о обустави говори тек уз одељак о притвору.

„обустава бива кад је распра о својини или притежању једне ствари или права *a одмах се не може решити*, коме то припада...“ јер је за сваког јасно да онда, кад су докази потпуни, може ствар брзо и лако да се расправи.

И заиста, ко зна какви се све докази могу изнети у једној својинској тужби, и како јачина тих доказа може у току самог спора да буде повећана или умањена, тај не може ни захтевати да тражење овог обезбеђења почива на потпуним доказима о својини спорне ствари. Према томе судови ће одобравати обуставу увек кад год тужилац ма и вероватно *докаже право својине на предмет којег обуставу тражи*.

Ну, да се не би ово тврђење чинило произвољно, слободан сам пре свега скренути пажњу на факат да *између обуставе на непокретне ствари и условног убаштињења у суштини нема никакве разлике*, јер санкција и једног и другог тражења јесте увођење у интабулационе књиге.¹⁰⁾ Па кад је за обуставу непокретности довољно да тужилац само *вероватно*¹¹⁾ покаже своје право, не може се тражити јачи доказ за обуставу покретности, јер у таком тражењу не

¹⁰⁾ § 425. грађ. суд. пост. гласи: „Обустава непокретности извршује се тим, што се увди у интабулациони протокол... и ваки сд дана кад је код суда захтевана, ако парнику добије онај, који је обуставу тражио;“ а § 297. грађ. законика вели: **Ако је довољнога и јаснога доказа** за увод у баштинске књиге нема а њему би на срцу лежало, у књиге увести се, то он може захтевати, да се уведе под условом: *ако своје право не покаже суду* (има, дакле, и овде да води парнику као и код обуставе), прави смер и једној и другој установи јесте тај, да се дође до својине извесне непокретне ствари, а да се опет избрише које ако би он по прошире доказао, онда првенство добија као прави господар од дана условног увођења у књиге.

¹¹⁾ Ово је још јасније у § 438 аустр. грађ. законика, казано: „Wenn derjenige, welcher das Eigenthum einer unbeweglichen Sache anspricht, darüber zwar eine glaubwürdige, aber nicht mit in §§ 434 und 435 zuge Einverleibung vorgeschriftenen Erfordernissen versehene Urkunde besitzt..“ Само као што се види у аустријском грађ. законику се тражи да тај вероватни закон ипак буде исправа. У истом смислу и „Stuben gäbe es h“. Commentar zum Öster. burg. Gesetzbuche. Књ. I. стр. 574 који по смислу двореког декрета од 21. Јула 1797 год. вели да та исправа треба да садржи бар неке од главних захтева за исправу.

би било ни система ни пропорционалности. У осталом страни законици који имају ову установу, изречно траже од тужиоца да своје право само *до вероватности докаже*, остављајући да се у редовној парници, која има обуставу да оправда, дефинитивно расправи питање о праву својине на спорну ствар.¹²⁾

Ми у нашем грађанско-судском поступку о вероватном доказивању имамо само одредбу §§ 245 и 291, али немамо нарочиту одредбу у којој би се прецизно казало када се сматра да је једно тражење вероватно доказано. Нови аустријски судски поступак у грађ. парницима о томе има овако наређење у § 274: „Кад се једно фактичко тврђење има вероватно да докаже, онда се могу употребити сва доказна срества изузимајући клетве. Употреба доказа, који се не могу одмах извести, не могу служити за вероватно доказивање. Доказивање ради вероватног утврђивања извесне околности није везано за прописе који се односе на доказни поступак.“

Наравно да услед оваке слободе у доказивању може бити разних шикана, јер под изговором полагања права својине на извесну ствар нашег противника, ми, користећи се овом установом, можемо учинити да наш противник не може за време трајања парнице располагати својом ствари. С тога је законодавац умесно учинио, што је у § 422. грађ. суд. пост. прописао полагање јемства из § 400. које на случај изгубљене парнице припада туженоме у смислу § 389. поменутог закона.¹³⁾ Али наш законо-

¹²⁾ Види у том смислу § 607. баденског закона: Das Arrestgesuch muss ausser den allgemeinen Erfordernissen eines ordnungsmässigen Klagsvortrags noch insbesondere enthalten: i, eine Bezeichnung der Ansprüche, welche durch der Arrest gesichert werden sollen; e. t. c.

Други одељак § 389. аустр. Execut. Ordin. од 1896 гласи: Ако се тражењу не прилажу нужни докази у форми исправа, онда се ова факта (због којих је обезбеђење поведено) и тужиочева тражбина имају на захтев суда, *вероватно доказати*.

¹³⁾ Видети одлуку опште седнице касац. суда од 28 април 1898. г. Бр.; 3702 где се погрешно вели да се наређење § 389.

давац никакве казне не предвиђа за онога за кога се у редовној парници покаже, да је ово обезбеђујуће средство тражио из очевидне злобе и пакости, а како таке појаве у пракси нису искључене и наш би законодавац по оном начелу: *malitia crescente et poena crescere debet*, требао да усвоји нарочите казне за таке потражиоце обуставе, као што је учинио аустријски законодавац у новом закону о извршењима од 1896. године.¹⁴⁾

Да завршим.

Према свему, што је овде изложено, излази: а.) да обустава увек претпоставља *редован грађански спор због својине или притежања ствари или права* којим се обустава тражи, било да је спор поведен пре или после тражене обуставе; б.) да се за одобравање овог обезбеђујућег средства тражи да тужилац *вероватно* докаже пре свега *својинско право на дотичну ствар или право*, а по том и *опасност* да ће тужени упропастити или отуђити спорну ствар, и в.) да судови у случајима, кад је обустава тражена без доказа да је већ поведен спор због својине, треба у решењу којим обуставу одобравају, да одреде рок у коме се спор има повести.¹⁵⁾

гр. суд. пост. не односи и на обуставу. Кад је законодавац прописао за обуставу онако исто јемство као и за забрану и прибелешку, онда је тиме неминовно усвојена и санкција из § 389. Ова је одлука К. С. одштампана у Збирци III.

¹⁴⁾ Упореди II став § 394. Execut. Ordn. ea § 220 новог грађ. суд. пост. по коме се такав тужилац може казнити до 600 динара, сем накнаде штете коју има да плати туженом.

¹⁵⁾ Види у истом смислу решење I. одељка Кае. Суда од 10. новембра 1904. год. Бр. 10.561 које гласи: „Погрешно је суд одлучио да се обустава скине за то што Стеванија, као потражилац обуставе није ову оправдала код надлежног суда подизањем спора за извршење деобе имања. Јер, пре свега, у овом случају и нема места таквој парници, пошто је поравнавањем пресуде, већ расправљено питање о Стеванијином праву наслеђа и по том поравнању деобу наследника има да

У нашој правној литератури, сем уџбеника г. А. Ђорђевића, готово и немамо радова из области приватног процесуалног права, у којима би се износиле мане дотичног закона, и ако питања која улазе у ову правну област свакодневно занимају наше судове, и ма да се и они и њихови помагачи — адвокати стално муче с непотпуношћу овог закона баш у оним његовим одредбама, од којих зависи правilan ток спорова и заштита приватних интереса.

Према томе, кад сам ја прегао да на некоје институције нашег грађанског судског поступка као што су заштита, интервенција, притвор дужника и обустава, бацим (у колико је то мени било могућно), бар нешто светlostи правне науке, ја сам, у главноме, имао намеру да што јаче изнесем на видик факат:

изврши избрани суд, као надлежан по § 434. грађ. пост. ако се наследници и без тога суда споразумели о деоби, а то што Стеванија не би била учинила кораке да избрани суд учини деобу, не може бити на њену штету, *kad joj суд није у том циљу никакав рок оставио*. Да по Стеванију не може бити штетно то што до сад није правдала обуставу — баш кад би правдајући парници и било места — показује то што закон о грађанско-судском поступку никде не говори о правдању обуставе, и ако је и њу уврстио у средства обезбеђења, као што ово на против чини односно осталих врсти обезбеђења означеных у гл. XIV. (в. § 386. где је реч само о прибелешци и забрани и § 413. истог закона). *А још мање закон за правдање обуставе предвиђа одређени рок, с тога тај рок за воћење парнице има да одређује сам суд ако парница не би раније била поведена.*

По моме мишљењу тај рок не треба дабуде дужи од 15 дана, јер је тај рок у опште усвојен за обезбеђујућа средства друге врсте. Аустријски грађ. зак. у § 439. одређује рок од 14 дана за тужбе којима се правда условно убаштињење.

Онај пасус овог решења који гласи: „закон о грађанској судском поступку никде не говори о правдању обуставе, и ако је и њу уврстио у средства обезбеђења...“ треба разумети тако да закон изречно не наређује правдање обуставе у одељку који специјално говори о овом обезбеђењу, а не тако да се обустава у опште не мора правдати, јер се из § 421. „*кад је распра о својини...* и § 425. („ако парницу добије онај, који је обуставу тражио“) и сувише јасно види да закон претпоставља правдање обуставе само путем редовне парнице

да су одредбе овог нашег закона и сувише нејасне, непотпуне и нескладне с данашњим потребама живота и захтевима правне науке, и да према томе треба што пре приступити изради новог закона о судском поступку о грађанским парницима по принципима и са институцијама које изискују начела модерног процесуалног права и потребе данашњег много развијенијег живота.

Напомена. — Ове три расправе прештампане у из 2. 3. и 5. бр. „Бранича“ за 1905. годину.



СТРИЦ И СИНОВИЦА

или

МОЖЕ ЛИ БИТИ ПИТАЊА О ПРИОРИТЕТУ ИЗМЕЂУ МУШКЕ И ЖЕНСКЕ
ДЕЦЕ ИЗ РАЗНИХ КОЛЕНА,



У нашем правосуђу све више узима маха мишљење: да синовица која нема рођеног брата, може конкурисати у наслеђу имања свога деда са стрицем или није редак случај да судови изреку и противну одлуку. Услед овога неслагања врло често бива, да у једном спору синовица добије свој део од дедине заоставштине, док у другој парници, под истоветним околностима, синовица добије само „пристојно удомљење по постојећем обичају“ и — ништа више.

Према овоме, хоће ли синовица бити призната за наследницу или не, зависи једино од случајности, да ли ће одељења Апелационог и Касационог суда, у моменту суђења, бити састављена од судија једног или другог мишљења.

За доказ да се у нашем правосуђу одиста појављују дијаметрално противне одлуке односно права синовице, навешћу два конкретна примера.

Први пример: Синовица има право на наслеђе.

»По жалби тужилачке стране, Касациони Суд примедбама својим од 12. септембра 1895. Бр. 8223 поништио је пресуду Апелационог Суда од 26. маја исте год. Бр. 2053 из ових разлога:

»Поред принципа првенства мушки лозе над женском у систему нашег наследног права, усвојен је и принцип представљања, т. ј. да заостала деца могу на случај наслеђа претка, представљати своје родитеље и за себе тражити онолики део, колики би њима припадао да су у времену смрти преткове у животу били. Тада принцип оличен је у § 399. гр. зак по коме у овом спору тужитељица Јевросима тражи да се право наслеђа на имању деде јој Ђорђа, представљајући свог умрлог оца Ристу, досуди.

»Из акта овог спора види се, да је пок. Ђорђе, после себе оставио унућад од своја два сина и то Ђорђа и остале тужене од сина Петра, и Јевросиму од сина Ристе, који су обојица умрли и с тога по наведеном законском пропису потомци умрлих синова Ђорђевих: Риста и Петар наслеђују једино имање у оноликом делу, колики би део наследили и њихови очеви Петар и Риста да су у животу остали.

»Разлог суда, да се тужитељица има од тражења одбити по том основу што она по § 390. грађ. зак. нема права представљати свог оца умрлог Ристу у даном случају зато, што има мушких потомака од пок. брата Ристиног Петра, неоснован је. У том законском пропису истина је казано, да мушка унућад на случај наслеђа представљају свог оца, али смишљају је тог законског ирописа тај: да унућад мушка само од једног оца заоставша могу из наслеђа искључити своје рођене сестре, пошто они као мушки потомци имају по § 396. гр. зак. по принципу првенства прече право наслеђа од женских потомака, а не и тај, да могу искључити и своју сестру од стрица, која немајући браће рођене само као једини потомак представља свог оца и од њега као мушких потомака доводи своје право на наслеђе, које јој се по §. 400. гр. зак. има да досуди.

Касациони суд је у својој општој седници од 10. новембра 1895. Бр. 10041 усвојио ове примедбе свог одељења.¹⁾

Други пример: Синовица нема право на наслеђе

Првостепени пожаревачки суд је, пресудом својом од 3. фебруара 1898. Бр. 3254, пресудио да тужитељка Марија, по праву представљања, а на основу § 309. грађ. зак. има права

1) Овај је пример одштампан у збирци г. С. Максимовића књ. III стр. 2

да наследи половину имања свога деде Стоке, и ако је њен отац Милија умро пре свога оца реченог Стоке, а друга половина непокретног и покретног имања Стокиног да има принасти Стокином сину, а Маријином стрицу, Андрију.

Апелациони суд пресудом својом од 10. јуна 1898. Бр. 2421 одобрио је ову пресуду.

Ну, Касациони Суд, у своме III. одељењу, примедбама од 29. октобра 1898. Бр. 8312 уништио је горњу пресуду Апелац. суда, са ових разлога.

„Право представљања то је способност, коју закон даје потомку, да у наследном праву заузме место својег раније умрлог претка. Према томе, и женско дете може стати на место умрлог оца само са оном и оноликом правном способношћу за наслеђе, колику способност у опште даје наш грађански законик женској деци у наследном праву (§ 400. грађ. зак.).

По таквом основу и тужитељица Марија, заузимајући у сродству према пок. Стоки (деди) место и положај сина Стокиног, а свог оца пок. Милије, стоји према Стоки као женско му дете, односно унука, а не као син или унук, и то са оном правном способношћу за наслеђе, коју закон даје женској деци, а не мушкиј. Па како је после смрти Стокине остао син му тужени Андрија, то он у наслеђу имовине Стокине искључује тужитељицу Марију, јер по § 396. грађ. зак. наслеђују прво мушки деца умрлога.

Ни по основу задружности не може тужитељица имати никаква права према туженом Андрији, пошто њен отац Милија није био у задрузи са Андријом, јер је умро још за живота оца му Стоке, у очевој кући, као што се то види из решења судије за неспорна дела, приложеног у тужби, и осталих акта.

Апелациони суд, у своме другом одељењу, усвојио је ове примедбе Касац. суда и пресудом својом од 5. новембра 1898. Бр 3907, одбив тужитељку од тражења, а ову је пресуду оснажио Касациони суд у свом трећем одељењу под 21. декембра 1898. Бр. 10.331.²⁾

2) Ова о луки до сада није штампана, јер је прошлог месеца донета у Касац. Суду. — У истом смислу види одлуку опште седнице од 14. фебруара 1896. г. Бр. 279. Збирка П. стр. 98) и одлуку опште седнице од 18. марта 1883. г. Бр. 1005 (види књ. I. Збирке стр. 83).

A.

Аналишући примедбе Касац. Суда из другог примера наилазимо на следеће:

1., да се ово питање има расправити по основу права представљања;

2., да женско дете, представљајући свог родитеља има само онолико права колико му даје § 400. гр. зак.

3., да унука по сину стоји према деди као кћи. И на основу свега тога,

4., да стриц искључује из наслеђа синовицу по § 396. гр. зак.

Да би могли оценити основаност тих закључака, нужно је да цитирамо дотична законска наређења која о томе приоритету говоре:

§ 396. грађ. зак. гласи: »*Деца мушки умрлога и њихни мушки потомци добијају први наслеђе, они искључују сестре, оца и матер и све претке њихове и њихово потомство или побочне сроднике.*«

§ 397. — »*Колико мушки деце, на толико се делова дели имање родитељско, а свако мушки деде добија раван део. А женској деци у овом случају припада уживање, издржавање, снабдевање и пристојно удомљење по постојећем обичају.*«

Као што ћемо то лоцније видети, одиста синовица само по праву представљања свог оца може конкурисати заједно са стрицем на дедино имање. Према томе тврђење Касац. Суда изложено напред у тач. под 1., потпуно је исправно, али му је опет погрешно извођење у тач. под 4., да се то право представљања има ценити по § 396. грађ. законика.

Касациони Суд у својим наведеним примедбама изречно не наводи речи дотичног законског наређења, из којих баш изводи овакав закључак, али из разговора који сам имао о овом питању с неким од Господе Касац. Судија увидео сам, да се овака њихова

аргументација ослања на првом одељку тога § 396. који гласи:

»*Деца мушки умрлога и њихови мушки потомци добијају први наслеђе.*«

И одиста, на први мах, ове речи као да иду у прилог њиховом тумачењу, али кад се брижљивије проучи то законско наређење у свој његовој целини, а нарочито кад се упореди са осталим законским наређењима која говоре о наследству, онда се долази до закључка да је у § 396. законодавац само поставио опште начело о приоритету мушки лозе и ништа више. О каквом праву представљања ту нема ни речи, нити му је ту и било места, јер питање о приоритету нема апсолутно никакве везе с питањем о праву представљања, зашто нам најбољи доказ дају француски и аустријски грађански законици, који не признају приоритет мушки лози, али признају право представљања.

Па кад је законодавац имао да утврди начело о приоритету мушки деце, онда је он морао да буде консеквентан, те да изведе све ниансе тога приоритета. Другим речима он није могао само да каже *деца мушки умрлога добијају* (да се послужимо законгдавчевим изразом) *први наследство*, па ту да стане, јер би тада оставио отворено питање, *а шта је с унуцима*, т. ј. да ли начело приоритета мушких важи и кад је реч о унуцима и осталом потомству умрлога? И одиста законодавац је, тежећи да одговори и на то питање, поставио начело да и „*мушки потомци*“ (унуци) синова покојниковых „*добијају први наследство*“.

После овог објашњења мени се чини да кад се прочитају речи: *деца мушки умрлога и њихови мушки потомци добијају први наслеђе* мора бити за сваког јасно оно што сам мало час казао а то је: *да је §-ом 396. законодавац поставио само начело приоритета мушки лозе за цело потомство умрлога.*

Наравна је ствар да је законодавац од 1844. год. и у овој ствари, као и код многих других, у мало потежем виду изразио своју мисао.

Али, утврђујући приоритет мушки лозе у § 396 законодавац није још био готов са својим послом. Оне имао да предвиди још два питања која су у непосредној вези с питањем о приоритету, а то су: а) колики део (квоту) наслеђа добија сваки мушки потомак, ако их има више, и б., шта припада женским потомцима кад има и мушких.

На та два питања, која су се сама собом наметала законодавцу, он је одговорио у §. 397. грађевинског законика, постављајући правило:

аа.. да мушки потомци истог колена деле покој никово имање на равне делове. и

бб , да женске *у том случају* (кад има мушких) до-
бијају само издржавање, уживање и пристојно уломљење

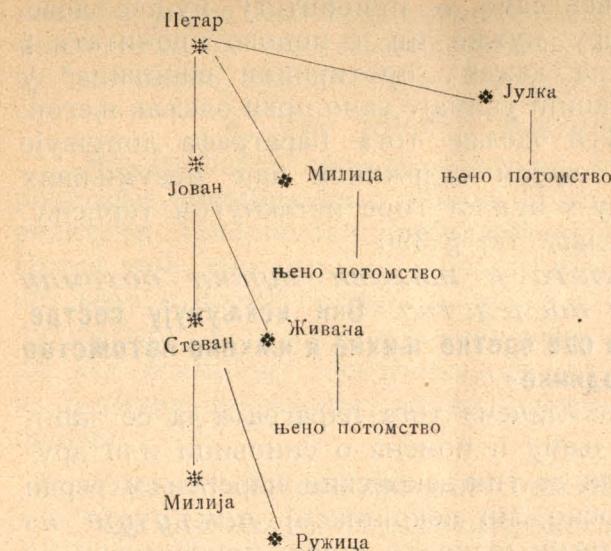
Очевидно је, дакле, да је § 297. грађ. зак. само допуна § 396. и да оба скупа регулишу случај, кад поконник остави после себе мушки и женско потомство, постављајући начело да тада само *мушки потомци добијају наслеђе, а женски потомци* (закон каже: «у овом случају») добијају издржавање и пристојно удомљење.

Пошто је законодавац поставио правило за случај кад има мушки и женске деце, он је морао да се запита: а шта ће бити ако покојник има само женску децу? И на то је питање он одговорио у првој тачки § 400. грађ. зак. постављајући правило: *Ако нема мушки деце, па би само женске деце било, онда женска деца наслеђују завостало имање очине све на равне части.*

На тај начин је законодавац и у § 400 утврдио приоритет мушких.

Према свему што је довде изложено излази када несумњиво то, да §§ 397. и 400. (прва тачка) говоре о приоритету у наслеђу и утврђују га само замашкарце у мушкиј лози, тако да н. пр. у једном колену мушкиј лозе кћери наслеђују свог оца тек онда, кад нема сина или унука покојниковог. Другим речма син искључује своје сестре, а унук по сину искључује не само своје сестре ако их има, него и сестре свог оца (своје тетке).

Шематички представљено ово би овако изгледало:



У овом примеру који представља једно колено по мушкиј лози, појављује се *Петар* (отац) *Јован* (син) *Стеван* (унук) и *Живана* (унука) *Милија* (праунук) и *Ружица* (праунука), и пошто смо напред утврдили да су најпречи у наслеђу мушки потомци из мушкиј лозе, то би Јован наследио Петра, Стеван Јована, Милија Стевана, а њихове сестре би добиле издржање, а приликом удаје пристојно удомљење.

Према томе Милица и Јулка наследиле би оца Петра, кад не би било Јована, а ако је он умро, кад не би било Стевана. — Живана би опет наследила Јованово имање кад не би било Стевана или његовог потомства и т. д.

Ето то каже § 396. заједно с параграфом 397. а о каквом праву представљања ту се ништа не говори, јер је о томе питању законодавац поставио нарочиту одредбу изражену за синовљево потомство у § 399. а за кћеринио у другој тачки § 400. Грађ зак.!

Ну, пре него што би прешао на претрес ових законских наређења, да се вратимо понова на § 396. грађ. законика, како би још јаче утврдили да се у

дотичном законском наређењу не говори о праву представљања већ само о приоритету мушки лозе.

У том смеру нужно ми је поново прочитати § 396. јер, тако да кажем „противници синовица“ у својој аргументацији узимају само први одељак његов, а међу тим други одељак тога параграфа допуњује први и целом својом садржином даје несумњивих доказа, који иду у прилог горе истакнутом тврђењу.

Ево како гласи тај § 396.

Деца умрлога и њихови мушки потомци добијају први наследство. Они искључују сестре, оца и матер »и све претке њихне и њихово потомство или побочне сроднике«.

И сад, пред »лицем« тога параграфа да се запитамо: има ли у њему и помена о синовици или другим речма, да ли се тим законским наређењем тврди да **стриц** (односно син покојников) **искључује из наслеђа синовицу** (односно унуку покојникову од умрлог му сина) као што тврди III. одељ Касац. Суда?

На то питање дајем категоричан одговор: **да о таком искључењу поменуто законско наређење апсолутно ништа не говори.**

Јер ту се каже да синови покојникови, односно његови мушки унуци, искључују:

a.. Сестре.

Али чије сестре? На то питање одговор је, да синови и унуци искључују своје сестре и то синови своје сестре, а унуци и своје и свог оца сестре. Да се њихове сестре ту подразумевају, а не сестре покојникove види се из тога, што се ту не спомиње брат покојников, јер синови искључују из своје очевине свог рођеног стрица Али ни брат ни сестра покојникова нису ту ни требали да буду споменути, ипто постоји нарочити § 395. у коме је постављено начело: да „наследство по закону припада најближим сродницима по крви“, а син је свакојако ближи сродник него брат или сестра.

b., Оца и матер.

Чијег оца? Наравно оца и матер покојникову, и о томе не може ни бити спора, јер било да је реч о

праву наслеђа синова покојникових, било о праву наслеђа унука његових, не може бити речи о искључењу њихових родитеља пошто су они померли, те су тим самим искључени из наслеђа.

в., Све претке њихове.

Без поговора овде законодавац замишља претке родитеља покојникових, пошто је искључење самих родитеља покојникових обухваћено у тач. под б. Према томе син односно унук искључује покојниковог деду и бабу, прадеда и прабабу, тукун-деда и чукун-бабу, а то се и само по себи даје разумети, јср кад искључују покојниковог оца и матер, онда је логична последица да су искључени и њихови претци.

г., Њихово потомство или побочне сроднике.

Чије потомство? На сваки начин на првом месту потомство родитеља покојникових, које потомство представљају: покојников брат и сестра, и њихово потомство, дакле синовац и синовица и т. д. Другим речма, рецимо, ја, као наследник свог оца, искључујем из наслеђа брата и сестру мог оца, односно мог стрица и моју тетку и њихово потомство. А кад је то јасно, онда је још јасније, да ћу ја у толико пре искључити из наслеђа имовине свог оца, његовог стрица и његово потомство и т. д. Сва наведена лица, дакле брат мога оца и његово потомство, стриц мога оца и његово потомство одиста су побочни рођаци мога оца, па с тога законодавац и каже: „**дeца умрлога и њихови мушки потомци добијају први наследство и искључују.... побочне сроднике.**“

Иначе, кад би се узело да се под изразом „**побочни сродници**“ подразумевају побочни рођаци покојниковог сина, онда би такав закључак довео до апсурдума: **да по § 396. брат искључује рођеног брата из очевог имања**, пошто су и то међу собом сродници споредних линија, при свем том што су према свом оцу или деди сродници у правој линији.)

1) Као што се види други одељак § 396. јесте само објашњење прве половине тог §-а, али је то објашњење било излишно пошто је први одељак и без тога јасан.

Па има ли, дакле, у § 396. и помена о искључењу синовице?

Нема и опет нема.

Према свему што је довде испложено у стању смо поставити ове закључке:

1., Наш законодавац утврђује приоритет наслеђа само у погледу сродника једног колена т. ј. само за сроднике који од једног истог претка (оца колена) произлазе.

2., Али пошто у једном колену има и потомства од сина, (т. ј. мушких потомства) и потомства од кћери (т. ј. женских потомства,) то законодавац поставља правило: *да су синови са својим потомством преци у наслеђу од кћери покојниковах и њиховог потомства.*

3., У синовљевом потомству има такође мушких и женских. Према томе да је законодавац казао »*деца мушка покојника и њихови потомци добијају први наслеђе*«. могло би се разумети, да само покојников син искључује покојникову сестру; али ако је син умро, онда би се могло мислити да цело његово потомство (дакле и мушка и женска унука), а не само мушки унуче покојниковог сина, искључује покојникове кћери и њихово потомство. Међутим кад је законодавац казао: *„деца мушка умрлога и њихови мушки потомци добијају први наслеђе“*, онда је јасно да је поставио шире правило а то је: *да унук по сину* искључује из дединог имања *не само његове кћери него и своју рођену сестру*, услед чега оне обадве добијају само издржавање и (ако су неудате) пристојно удомљење.

4., Унука од сина, представљајући мушки потомство покојника, (било да је покојник имао само једног сина, а ако је имао више синова, дакле само једну или више грана мушких потомства) кад се нађе сама (без рођене браће) она је представник целокупног мушких потомства, ако је покојник имао само једног сина, а ако је имао више синова, онда је она једини представник једне гране мушких потомства покојниковог. Према томе ни у једном ни у другом

случају нема ко да јој одузима право наслеђа и то у првом случају цело а у другом део наслеђа. Јер

5., Један син покојников са својим потомством апсолутно је раван другом сину с његовим потомством спрам чега законодавац није поставио нити је могао поставити какав приоритет између њих.

6., *Питање о приоритету између синовице и стрица* не може ни да постоји према одредби § 396. грађ. законика, јер они припадају двема разним гранама мушких потомства покојниковог. А тога питања не може да буде ни по § 397. пошто они припадају двама разним коленима, јер је стрицу „отац колена“ дед синовичин, а њен је „отац колена“ њен рођени отац односно брат њеног стрица, док се међутим у томе параграфу утврђује приоритет само између мушких и женских деце, која имају истог оца колена т. ј. између сестре и браће.

7.. Ако би се узело да питање о приоритету може између њих да постоји, онда би се дошло до *апсурданог закључка да стриц, искључујући синовицу, по праву приоритета мушких, треба да наследи свог брата и онда кад је реч о наслеђу његовог сопственог имања, а рођена кћи и тада да добије само издржавање и пристојно удомљење, или, ако је већ удата, да не добија ништа!*

Из овога што сам навео, јасно се види да по § 396. стриц не искључује синовицу из заоставштине свог оца а њеног деде, а сад да видимо да ли је не икључује по § 399. грађ. законика, који специјално говори о томе односу између синова и унука покојникових, чије имање има да се наследи.

Б.

Као што смо и раније навели, законско наређење по коме питање о праву синовице има да се расправи, садржи се у §. 399. грађ. законика.

Тај §. 399. грађ. законика гласи:

„Унука мушка без оца заостала при наследству представљају свог оца и добијају његов део, т. ј. онолико колико би он добио, да је

жив, ма њих колико било. Тако и праунучади мушкиј припада део својих родитеља умрлих¹⁾.

Као што се види из овог законског наређења, у њему се говори о праву представљања или о репрезентацији.

У нашем грађанском законику нигде се не претишира шта се подразумева под правом представљања, ваљда због тога што ни у самом изворнику његовом, аустријском грађ. законику, нема такве одредбе. С тога ћу се помоћи француским *Code Civil*, који има следеће одредбе:

Чл. 739. -- *Репрезентација је законска фикција, чије се дејство састоји у томе, што репрезентант улази на место, степен и права репрезентиранога.²⁾*

Чл. 740. *Репрезентацији има места до бесконачности у правој нисходећој линији. -- она је дошуштена у свима случајевима, било да деца покојникова конкуришу с потомцима једног умрлог детета, било да су сва деца покојникова изумрла пре њега, па се њихови потомци нађу на истом степену сродства међу собом или не.³⁾*

Г. Марко Стојановић у својој расправи »Закони Ред Наслеђа« каже, да се под правом представљања разуме: „право потомака да у име свог умрлог претка наследи трећег свог сродника, кога би предак наследио, да је жив“ (стр. 11. II. издање), а ову дефиницију права представљања објапњава на страни 23. речима:

1) Овај § нашег грађ. законика одговара § 733. аустријског грађ. закона који гласи:

Ist ein Kind des Erblassers vor ihm gestorben, und sind von demselben Ein oder mehrere Enkel vorhanden; so fällt der Anteil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte, diesem naehgelassenen Enkel ganz, oder den mehreren Enkeln zu gleichen Theilen zu. Ist von diesen Enkel ebenfalls Einer gestorben und hat Urenkel nachgelassen, so wird auf die nämliche Art der Anteil des verstorbenen Enkels unter die Urenkeln gleich getheilt. Sind von einem Erblasser noch entfernter Nachkömmlinge vorhanden, so wird die Theilung verhältnismässig nach der eben gegebenen Vorsehrift vorgenommen.

2) La représentation est une fiction de la loi, dont l' effet est de faire entre les représentants dans la place, dans le degré et dans les droit du représenté.

3) La représentation a lieu à l' infini dans la ligne directe descendante -- Elle est admise dans tous les cas, soit que les enfants du défunt concourent avec les descendants d' un enfant précédent, soit que tous les enfants du défunt étant morts avant lui, les descendants desdits enfants se trouvent entre eux en degrés égaux ou inégaux,

„Потомак сад ту долази, према праву свога претка у онај исти положај, у коме у опште стоје сродници према једном умрлом сроднику и његову имању, које се наслеђује. За њих је то право толико колико и само имање, јер се кроз њега долази до имања. То тако сгоји, као да потомак ту наслеђује само право свог претка. Претково право на наслеђе дакле је ту као »предмет наслеђа.«

Кад се, упореди дефиниција г. Стојановића са одредбом француског чл. 739. *Code Civil*, види се да она, другим речима, казује ону исту идеју коју и чл. 739. фр. зак. Али извођење г. Стојановића да се право представљања показује »као наслеђивање права свог претка“, и да се „претково право на наслеђе ту показује као предмет наслеђа“, бојим се да код неких не створи забуну односну разумевања права представљања⁴⁾.

Што ово напомињем, узрок је тај, што међу нашим правницима има и таквих, који никако не могу да се ослободе од предубеђења: да је између деда и унуке прекинута веза наслеђивања услед преране смрти њеног оца, и да **баш због тога** она не може да се постави на исти степен, на којем се налази син овог покојника чије имање има да наследи. Бојим се дакле и сенке од помисли да и код права представљања ваља водити рачуна о каквом наслеђивању макар и права на наслеђе између унуке и њеног прерано умрлог оца.

Јер, и ако се репрезентант јавља фиктивно као репрезентирани, опет за то, у самој ствари, он не наслеђује репрезентанта у правом смислу те речи, него се само уздиже на ближи степен сродства према покојнику чије имање има да се наследи.

Право представљања је дакле, у извесном погледу, више него право наслеђа, па с тога и налазимо у свима уџбеницима и свима коментарима грађ. права утврђене ове консеквенце:

1., да репрезентант може представљати и онога чије је наслеђе одбио;

4) И ако је г. Стојановић и у томе као и у свему осталом у својој расправи био врло пажљив, па је казао »као да потомак ту наслеђује«

2., да потомак може представљати и онога свог претка, односно чијег је имања оглашен за недостојног; и

3.. да репрезентант не одговара за дугове онога кога представља, него за дугове покојника чије имање наслеђује, наравно ако се наслеђе прима без пописа.

Свега тога не би могло бити да се репрезентант сматра као наследник репрезентиранога, а право представљања као право наслеђе.

А кад смо све то видели и све то утврдили, онда нам ништа не остаје него да дефиницију права представљања узмемо од речи до речи онако како ју је поставио чл. 739. Code Civil.

Према томе: **Право представљања је законска фикција, чије се дејство састоји у томе, што представник улази на место, степен и право репрезентанта.**

У случају који овде третирамо, синовица представља свога умрлог оца; она дакле улази на место, степен и у права тога свог оца у погледу на наслеђе покојникове (дедине) заоставштине. Другим речма она се сматра као син покојников као alter ego свог оца,¹⁾ а не као његова унука, и према томе јасно је: да ће она, вршећи права свог оца, наследити у оној мери покојника, у којој би њен отац наследио да је жив.

Према ономе, што сам довде изложио, јасно је, да је некоректно тврђиње Касац. Суда, напред ознато под 3, да се унука према покојнику сматра као његова кћи.

Јер тако тумачење не допушта појам о праву представљању, и

Јер се унука може сматрати као кћи покојникова само онда, кад би она представљала своју мајку, пошто, уздижући се на њен степен сродства, она се тада у погледу на имање покојника другаче не може ни сматрати него као његова кћи.

Да видимо, да ли тако тумачење одобрава § 339. нашег грађ. законика?

1) Јер у дефиницији рекосмо представник улази на степен репрезентиранога.

У томе законском наређењу каже се: „**унучад мушки без оца заостала при наследству представљају свог оца**“. И само за то што се ту каже „унучад мушки“, противници синовице тумаче да само **деса мушки пола** умлог сина покојниковог могу представљати свог оца, а женска деса не, јер веле, она сачињавају женско потомство и као тако оне могу конкурисати у наслеђу свог деде само са кћерима његовим према наређењу § 400. грађан. законика.

И заиста кад се разгледају напред наведене примедбе Касац. Суда, онда се ту нађе и овакав став: »Женско дете може стати на место свог умрлог оца само са онаком и оноликом правном способношћу за наслеђе, колику способност у опште даје наш грађ. законик женској деси у наследном праву (§ 400. гр. зак.)“.

Међу тим цитирањем § 400. онда кад хоће да се представи право синовице, од једне погрешке праве се две, пошто синовица по свом праву никад не долази нити може доћи под наређење § 400. гр. зак. јер она није **женско већ мушки потомство**.

Да би се ово боље разумело, ја ћу се поставити на практично земљиште и одатле изнети питање: **шта је мушки а шта женско потомство?**

И одиста, кад би сте ма коме оцу фамилије поставили питање, кога сматра за своје женско а кога за мушки потомство, он би вам просто одговорио: **потомство моје кћери моје је женско, а потомство мого сина моје је мушки потомство** без обзира на то има ли у тим потомствима мушких и женских или једних и других.

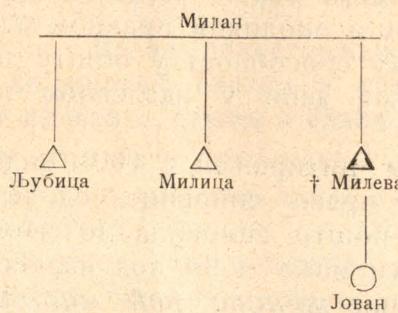
На исти начин, ако се запитамо које је мушки, а које женско потомство покојника чије имање има да се подели међу наследнике, морамо одговорити: **да је женско потомство потомство од његове кћери, а мушки од сина**.

У једном колену нису дакле сва деса мушки пола мушки потомство, а сва деса женског пола женско потомство, него се та разлика чини по томе да ли потомство проистиче од сина или кћери.

А да је то одиста тако, налазимо најлепшу потврду у самом закону, а специјално у другој тачци § 400. грађ. законика где се каже. „**Женско потомство дели са женским по праву представљања**“.

Ну да би нам ово законско наређење било што јасније и да би на основу њега и напред изложено гледиште о потомству доказали, нужно је узети један пример и то овај: Покојник Милан, оставио је две кћери Љубицу и Милицу. Трећа кћи Милева је умрла пре свог оца и оставила сина Јована.

У шеми представљено то изгледа овако:



Шта је сад тај потомак Јован? Јели он мушки или женско потомство свог деде пок. Милана?

Ако је он женско потомство, онда ће по § 400. делити са женским, т. ј. са својим теткама Миланово имање на равне делове, јер он представља само своју матер пок. Милеву.

Ако је мушки потомство, само за то што је мушкарац, онда пошто по § 396. грађ. законика само „**мушки потомци** од сина добијају први наслеђе, а не и од кћери, то по томе § 395. Јован не може ништа добити. Али онда он не може добити ништа ни по § 400. грађ. зак. јер по њему само женско потомство дели са женским по праву представљања, а међу тим ми појосмо с претпоставке да је он мушки потомство пошто је мушкарац.

Из овога што сам навео и сувише јасно излази да се потомство једног лица не дели у мушки и женске по свом полу, јер се тада појављује једна правна збрка

неко по томе да ли потомство произлази од сина или кћери покојникове.

Према томе Јован је женско потомство пок. Милана, и као такав у деоби његовог имања представљаје своју умрулу мајку а кћер Миланову, и на основу тога добити трећину имања пок. Милана.

Ја сам уверен да ће се и противници синовице сложити са мном да Јовану има припасти трећина имања, а не цело имање његовог деде, при свем том што се у § 400. грађ. законика говори да **женско потомство дели по праву представљања са женским**. Али пристајући на такав закључак они и нехотиће признају и то да Јован, и ако је унук мушких пола, опет за то не долази у мушки већ у женско потомство пок. Милана.

Али није само та консеквенца коју нам даје тумачење друге тачке § 400. грађ. законика, него има и друга једна која врло јако поткрепљује моје напред изложено тумачење, да се приоритет мушких ограничава само на једно колено, а да о њему не може бити речи онда, кад је реч о мушким и женским, који не произлазе од једног истог оца колена.

И заиста, ако замислим да је умрла кћи покојникова Милева имала не само сина Јована него и кћер Зорку, онда је јасно да ће Јован искључити **само** своју сестру, али тетке не, јер оне имају за оца колена са свим друго лице.

А сада да се поново вратимо на питање које имамо у задатку, на читање о праву синовице.

Упоређујући положај њен према њеним стричевима долази се до закључка да се она налази у истом положају према њима, у коме се сестрић налази према својим теткама (у нашем примеру Јован према Љубици и Милици.)

Јер, онако исто као што је Јован унук мушких пола, а припада женском потомству, и као такав дели са осталим женским потомством, тако и обратно синовица, и ако је женског пола, припада мушким потомству покојниковом, услед чега излази да она треба с њима да дели имање тога покојника.

И заиста, тако и јесте.

Синовица у своме непосредном сродству нема ни рођеног брата нити његовог потомства, те да би она била искључена из права представљања свог оца а уједно и из наслеђа по § 396. и 397., а њени стричеви према њој су сродници од другог оца колена, услед чега питања о приоритету између њих не може ни бити.

Према томе не одговара закону ни аргумент опште седнице Касац. Суда од 14. фебруара 1886. Бр. 276. (види Збирку г. Максимовића, књ. I. стр. 39) „У духу овог првенственог права представљања само за мушки потомство, законодавац је даље у § 399. грађ. зак. наредио, да и унука мушка без оца заостала имају првенствено право представљања свога оца, а о женском потомству ни у једном од горњих прописа нема ни речи, да и оно може представљати свог оца, нити да по каквом представљању може добити у наслеђе очин део имања.“

Јер логична последица наведених примедаба Касационога Суда била би та: да унука, путем представљања, не може наследити свог деду, ако јој је отац умро пре деде, ни онда кад нема ни браће ни стричева, јер »о женском потомству ни у једном од горњих прописа нема ни речи да и оно може представљати свог оца и добити у наслеђе очин део имања.«

Међу тим то тврђење никако не стоји, и за доказ тога нека ми је допуштено навести оно што је поводом тога казао г. М. Стојановић, на страни 23. своје књиге. „Тиме, вели он, што је у § 396. казано да деца мушки и њени мушки потомци добијају први наслеђе, тиме још није казано, да њини женски потомци **не добијају никада** наслеђе, ни онда кад мушких потомака нема.

»Као год што по овим речма, које су даље у том параграфу: »они (мушки деца и њихово потомство) искључују сестре,« нема сумње, да се **код деце** замишљао случај, да је од умрлога остало и мушки и женске деце, па је казано да мушки наслеђују и да женску (сестре) искључују; тако мора бити да је

и **код потомака** замишљен случај: да је од једног пре тога умрлог мушки детета, остало и **мушких и женских** потомака, па је једном истом речи то и за њих казано.

„Но, као год што код првог случаја где мушки деца прва наслеђују и женску искључују, не треба мислити, да женска деца не могу никада наследити ни онда кад мушки деце нема; тако исто не треба мислити, да и женско потомство умрле мушки деце не може никада наследити **ни онда кад мушких потомства нема.**«

»Свакојако у овим параграфима **нема наредбе:** да женско потомство **не добија**, правом представљања свог мушки претка, наслеђе од њега **ни онда кад од тог претка мушких потомства нема.**«

У допуну овог излагања г. Стојановића, ја ћу покушати на овом месту дати разлога да у закону не само нема наредбе о томе, да женско потомство не добија правом представљања свог мушки претка наслеђе, него да баш § 399. собом казује да синовица, правом представљања свог оца, има права наследити онолико од имања свог деде, колико би он наследио да је жив.

И заиста, ако се само дубље размисли шта значе речи **унучад мушки** без оца заостала“ у § 399. грађ. законика, онда се долази до закључка да „унучад мушки“ у § 399. не означавају само унука мушки пола, онако исто као што смо видели, приликом објашњења § 400. да »женско потомство« не означавају само **унуке од кћери**, него цело потомство кћерино, дакле и синове и кћери њене.

Јер, као што смо и мало час казали, ако би се узело, као што неки погрешно и раде, да речи **унучад мушки** означавају само унука а не и унуку по сину онда би се дошло до апсурдног закључка, да кад по којник н. пр. остави једину унуку по сину, а ни једног сина у животу, нити потомство од осталих синова, онда да та унука не би могла наследити свог деду, јер нема законског наређења по коме би јој се могло признати и досудити дедино имање у наслеђе пошто се у закону нигде не говори о представљању

покојниковог умрлог сина у лицу његовог женског потомства!

А да се овај случај не може подвести ни под наређење § 400. грађ. зак. зnamо већ из онога што смо казали напред, говорећи о томе законском наређењу.

Очевидно је dakле да речи „мушка унучад“ не значе унучад по сину *мушки пола*, него значи »*мушки потомство*« који је термин употребљен у § 396. грађ. зак. а говорећи о томе § видели смо да тај термин значи *покојниково потомство по сину*.

Али потомство покојниковог сина не мора се састојати само из мушких него може и из мушких и женских или само из женских чланова. Па ипак у сва три случаја све је то мушки потомство покојниковог сина, као што закон каже у § 396. или, што је једно исто „мушка унучад“ покојника чије име има да се наследи, као што вели § 399. гр. зак.

Према томе, ако бисмо прочитали § 399. грађ. зак. онако како он треба да гласи, онда би он овако гласио: „*покојникова унучад од сина, без оца заостала, при наследству представљају свог оца и добијају његов део, т. ј. онолико колико би он добио да је жив*“, и т. д.

Наравна је ствари да на случај кад би било мешовите унучади од једног сина, да би мушки искључивали своје сестре према наређењу § 396. грађ. зак. и добили онолико колико би добио њихов отац, а њихове сестре само уживање и пристојно удомљење из тога дела.

Пошто смо на овај начин утврдили да унука покојникова по сину припада мушкију потомству покојниковом, то онда, кад се нађе сама, она представља свог оца, и по основу тога представљања ступа на место, степен и у права свог оца.

И сад, кад она не би имала стричева, т. ј. кад покојник не би оставио синова у животу, онда би и „противници синовице“ морали признати да унука представљају свог оца, треба да наследи деда, при свем том што се у закону нигде изречно не каже,

да и женска деца могу представљати свог умрлог оца, кад је реч о наслеђивању дединог имања.

Међу тим чим се поведе реч о случају кад синовица има стричева, они одмах долазе у забуну, и налазе да у § 399. грађ. зак. нема наредбе о представљању умрлог сина од стране његовог женског потомства!

Према томе очевидно је да „противници синовице“ до својих погрешних закључака не долазе због тога, што у закону нема одредбе о томе, да и женска деца могу представљати свог претка, јер такве одредбе као што видесмо, и у закону има, него до таких закључака долазе једино с тога што сматрају да мушкију потомство једне гране може искључивати потомство друге гране, ако у њој буде само женских чланова. Другим речма, по њиховом мишљењу, о приоритету мушких ваља водити рачуна не само онда, кад је реч о конкуренцији на наслеђе извесног лица између његових синова и кћери или његовог потомства, него и онда кад је реч између потомства два сина, па једно представљају само чланови женског пола.

Јер, заиста, признати да стриц и његовој потомству може искључивати синовицу из наслеђа оног дела које би њен отац добио да је жив, ништа друго не значи него то: да мушкијује једне гране мушкију потомства покојниковог искључују женске друге гране тога потомства. А баш таквог наређења у закону нема, него на против, закон, утврђујући у § 396. приоритет синова и његовог потомства према кћери покојниковој, каже у § 397. да женска деца „**и овом случају**“ добијају само издржање и удомљење, а § 399. грађ. закона не говори о приоритету него само поставља начело колико свака поједина грана мушкију потомства, или простије речено, колико добијају деца или унуци покојниковог умрлог сина, било да су остала на наслеђе сама или да поред њих има у животу још кога сина покојниковог или његовог потомства, не упуштајући се у питање: да ли се то потомство састоји само из мушких или само из женских чланова.

Према свему што смо овде изложили излази:

1-о, да синовица долази на наслеђе свог деде путем представљања свог оца, по § 399. а не по § 400. грађ. законика, као што се вели у последњим примедбама Касац. Суда, јер се у томе законском наређењу говори о праву представљања потомства кћери а не сина покојниковог;

2 о, да синовица немајући рођене браће, представља једну грану мушких потомства, и према томе не појављује се према свом деди као кћи, (као што се тврди у наведеним примедбама), већ пењући се на степен и место свог оца и ступајући у његова права, *стоји према деди као син*;

3-е, да синовица, представљајући свог оца, представља у исто време једну грану мушких потомства док другу грану истог потомства покојниковог представља њен стриц (односно његово потомство). Па како се у § 396. утврђује приоритет само мушких потомству према женском, и како у закону никада нема наређења да мушкици из једне гране мушких потомства могу искључивати женске из друге гране истог потомства, то и *стриц не искључује нити може искључивати синовицу према постављеном начелу о приоритету у 399. грађ. зак.*

Спрам изложенога: **Синовица има права на онолики део имања свог деде, колики има и њен стриц односно његово потомство.**

ИЗ МЕНИЧНОГ ПРАВА.

СУБЈЕКТИ МЕНИЧНО - ПРАВНИХ ОДНОСА



Лица, која ступају у меничну обавезу, заснивају извесне правне односе, чега је последица та: да свако од њих постаје носиоцем извесних права и дужности. Зато се така лица, у науци меничног права, називају *субјекти меничног права*. Они се међу собом могу поделити у две категорије према томе да ли се они у меничном саобраћају показују као менични дужници или као менични повериоци (имаоци менице).

Менични дужници су сви они, који одговарају за сигурност и исплату менице, dakle: издавалац сопствене менице, трасант, индосант, акцептант, акцептант за част и авал (менични јамац). На против *менични повериоци* су сва она лица, која се у меничном току појављују као имаоци менице, dakле: трасант, ремитент, последњи индосатар, платац за част и, после меничног рока, сваки онај индосант, који се легитимира меницом, а и назначењем „исплаћена“ од стране доцнијег индосатора од кога је меницу добио.

И не узимајући у обзир оне правне опредељаје, које се односе на садржину и обим оних поједињих права и дужности, којих су носиоци мен. пр. субјекти, у науци мен. права истичу се извесна правна правила, која се односе искључиво на субјективну страну речених лица и о којим правилима мора се водити строга рачуна. И, заиста, питање о мен. способности, о способности за располагање, о заступању повериоца и дужника, као и о утврђењу имена и идентитета оних личности које се појављују у мен.

саобраћају, така су питања која ваља пре свију других расправити, јер од њих зависи хоће ли бити од важности и онај менично-правни посао, које је дотично лице закључило.

Ми ћемо на овом месту проучити свако од именованих питања.

I МЕНИЧНА СПОСОБНОСТ

Менично писмено мора да задовољи извесне законске захтеве, да би се могло сматрати као пуноважна обавеза. Али, одвојено од тих захтева, има и такових, који се односе на лица, што се појављују као субјекти меничних права и дужности, и који опредељују да ли је дотично лице способно да се по меници обvezује.

У области меничног права, односно способности за правну радњу, постоје сва она правна правила, која о томе важе у општем праву, и с тога менични законик садржи у себи само оне одредбе, које општу меничну способност за правну радњу јаче ограничавају.

Спрам овога *менична способност* јесте способност да се може постати субјектом¹⁾ меничних односа; али, како менични субјекти могу бити повериоци и дужници, то и менична способност може бити *активна и пасивна*.

*A. Активна менична способност*²⁾ јесте правна могућност бити менични поверилац. О овој способности нема никаквих нарочитих наређења у мен. законику,

¹⁾ Отуда се ова способност назива и *субјективном* мен. способношћу за разлику од *објективне меничне способности*, која се односи на предмет (објекат) меничне обавезе, јер, као што ћемо доцније видети, предмет меничне обавезе може бити само *сума новаца*, услед чега се овај уговор разликује од осталих уговора трг. природе.

Она је једнака и истоветна, врло лепо и јасно каже црногорски имовински законик, „за мушки и женско, за старо и младо, за здраво и нездраво.“

²⁾ У црногорском имовинском законику, активна способност назива се: *имаоништво* или *имаоничко право*.

спрам чега за њу важи све оно што важи и о активној способности по грађанском законику. Отуда, активну меничну способност има свак, који год може стицати права из уговора, дакле не само *физичка лица*, као што су: недорасли и дорасли пунолетници, и они који су под стечај пали, него и *правна* (фингирана) или *јуристична лица*, као што су општине,³⁾ фирме, трговачка друштва, поверилачки одбори и јавне касе и у опште корпорације и задужбине. Наравно, да се и овде има водити рачуна о наређењу § 533. грађ. законика по коме „они који су разумалишени, и деца млађа од 7 година, не могу уговора чинити, т. ј. нити могу што обећати ни *примити*.“

B. Пасивна менична способност јесте способност бити менични дужник. Спрам овога пасивна менична способност јесте права *менична способност*⁴⁾ и *кад је у опште реч о меничној способности, онда се мисли на ову способност која није ништа друго него правна могућност за менично обvezивање*.

По § 76. трг. законика „сваки Србин може меницу примити, издати и ову на другог пренети“, услед чега се пасивна менична способност потпуно поклапа са способношћу за правну радњу⁵⁾ свију осталих лица, изузимајући она ограничења која законик у § 77. поставља за извесна пунол. лица.

1. Ограничавање меничне способности.

Некада је менична способност признавана само трговцима.⁶⁾ Ово ограничење оснива се на строгости меничне обавезе, као да би се и ниже друштвене класе заштитиле од могућих штета и злоупотреба, што би могло настати због неиспуњења многоструких

³⁾ Види § 534. грађ. зак.

⁴⁾ Менична способност у ужем смислу.

⁵⁾ Die passive Handlungsfähigkeit des Wechselrechts (oder die Wachselfähigkeit in engeren Sinne) fällt mit jener des algem. Privatrechtes zusammen. Von Canstein s. 107. — Према томе менична способност стављена је у зависност од способности за правну радњу. Lehmann, Lehrbuch des deutschen Wechselrechts, s 283

⁶⁾ Lyon Caen, Traité de Dr. Com. t IV. 1893. — Wächter Encyclopédie des W. R. s. 444. —

законских прописа и дужности, с којима је скопчан сваки менични посао:⁷⁾ Ну, откако је меница постала средство за циркулацију и заменик новца, опажа се у свима законодавствима тежња да се призна менична способност што ширем кругу, тако н. пр., немачко законодавство признаје право на менично обвезивање свакоме, који се уговором може обвезивати, дакле и женама и сељацима.⁸⁾

Међу тим наш законик у томе погледу чини изузетак, што покрај оних ограничења, која постоје за малолетнике, неспособне и удате жене, ограничава пасивну меничну способност и неким пунолетним лицима, така су лица:

а) *Сељаци.* — Под сељацима се не подразумевају сва она лица, која на селу живе, јер, по ономе, што се каже у закону: »сељаци, који се ратарским пословима занимају«, значи да сељаци, који се трговином баве, и имају своју објављену фирму, могу по меници да се обвезују. Тако исто не може се узети да имају пасивну меничну способност сви они, који у вароши живе, јер, у другој једној прилици, кад је реч коме се може продати пет дана ораће земље и друго, објашњено је да се под именом „сељак“ има разумети свако оно лице, коме је земљорадња главно занимање, без обзира на то да ли оно живи на селу или у вароши.⁹⁾

⁷⁾ У Русији, по наредби од 3. декембра 1862. год. немају пасивне меничне способности: свештеници свих воројеповести за тим сељаци, који немају земље, изузимајући оне, који имају право на трговање и војници нижег чина.

У Шпанији и Португалији, као и у свима земљама где је за основ меничног законика узет законик ових држава, само се трговци могу менично обвезати. Али, ако се и какав нетрговац, поводом какве трговачке операције, обвеже по меници онда ова остаје у важности, Wächter, Encycl. s. 453—4.

⁸⁾ Тако и угарско-хрватски мен. законик. „У погледу жена стоји наш закон на истом становишту као што и у погледу мушкога“, вели Verbanić, Mj. Z. стр. 85.

⁹⁾ Упоредити наређење министарства правде од 4. фебруара 1874. год Бр. 354. (Зб. XXVI. стр. 14) које гласи: „Под именом земљоделца, као што први став тач. 4. а., закона од 24. декембра 1873. године јасно показује, разуме се

б) *Војници.* Редови и нижи чинови до потпоручника гарнизоне војске не могу се по меници обвезивати, док је официрима то допуштено. Само овде вала имати на уму да се ова забрана односи на војнике и ниже чинове сталног кадра, а никако не и на резервисте и војнике првог и другог позива, све баш да се налазе под заставом, јер ако би се њима забранило менично обвезивање њихови би грађански послови били ометени, што се никако не може допустити.¹⁰⁾

в) *Удате жене.* — У данашње време оба су пола равноправна, услед чега је и женскињу у опште призната способност за правну радњу. Тек, по изузетку женски пол има неких ограничења, јер само удате жене не могу самостално да се обвезују.¹¹⁾ Из овога је појамно да пунолетне женскиње, које није у браку, и удовице (претпостављајући да су пунолетне) имају потпуну способност за обвезивање.¹²⁾

Исто тако пасивну меничну способност морају имати и оне жене удате, које су добиле од свог мужа овлашћење да могу трговати, јер према §-у 4. трг. законика, такве се жене „могу пуноважно обвезивати, па следствено и сва добра заложити и отућити“.¹³⁾

У трговачком праву, а посебице у § 77. трг. законика, односно удатих жена, није постављено

не само онај, који у селу живи, већ и онај који живи у вароши, али би му ипак земљоделство била главна радња, којом себе и породицу издржава. Овде нарочито долазе они, који, живећи у вароши, какав занат раде, но тај им без земљоделства не доноси такав приход.«

¹⁰⁾ У Аустрији је забрањено активним и пенсионованим официрима сталног кадра обвезивање по меници. О том постоји царска наредба од 3. Српња 1852. — У Мађарској и Хрватској војницима је у опште допуштено обвезивање по меници Видети Vrbanić, стр. 83.

¹¹⁾ Видети §§ 109., 110. и 771. грађ. зак.

¹²⁾ Ако су малолетне за њих вреди одредба §-а 153. грађ. законика.

¹³⁾ У том смислу франц. коментатори: Demangeat, Traité, p. 159 — Ruben de Couder, t. V № 195 — Bedarride, t. I № 31. — Riviére, Repetitions érites, p 248. — Од немачких: Lehmann, Lehrbuch des D. W. R. s 309.

никакво ново ограничење, које не би већ постојало у општем праву, услед чега понављање то у тргов. законику излишно је било. Истина, у поменутом се наређењу каже, да менична обавеза удатих жена, без одобрења мужевља, важи као *проста обовеза*, али баш то показује с колико је мало правног знања рађен овај законик, кад се зна да, по нашем грађанском праву, оваке обавезе немају никакве вредности!

Како је према наведеном менична способност удатих жена несумњива кад постоји јасно одобрење мужевље, онда, право питање, чије решење даје тешкоћа, појављује се онда, кад у извесном случају има да се одреди да ли извесна жена има допуштење за обvezивање, јер се то из менице на први поглед не види.¹⁴⁾ Теорија меничног права решава ово питање тако, што сматра у конклudentnoј радњи мужевљој потпуно допуштење да се жена може обвезати, т. ј. да учествовање мужа у истој меничној обавези значи толико исто колико и изречно одобрење. И тако сматра се да је одобрење прећутно дато:

а. ако је муж акцептовао меницу, коју је његова жена на-њу повукла (и обратно);

б. ако је жена пренела меницу, коју је муж повукао на њену наредбу (означио је за римитента а није пренос забрањио).

Друго једно не мање важно питање јесте: да ли „развојено живећа жена“ може да се обвезује без одобрења мужа? Ни у §-у 102. грађ законика, нити на коме другом месту, изречно се не каже, да ли жена, која је по пресуди духовних судова „разлучена од заједничког живота“ може самостално да се обвезује и води парнице, или је и ту потребно одобрење мужевље. Ну, из овог што се у наведеном § у вели да се развојени живот сматра, као други покушај мириња, јасно је да брачна веза између мужа и жене није поништена и с тога она, у свима својим правним пословима, стоји под надзором свог мужа, и ако

¹⁴⁾ Одобрење мужевљево не мора на самој меници постојати

је очигледно да жена у таком односу може да буде предмет мужевљег кињења.¹⁵⁾

У другу категорију менично неспособних лица улазе они, чије обвеле и по општем праву немају никакве вредности. Таква су лица:

а.) *Малолетници*. За малолетнике сматрају се она лица мушких и женских пола, која, по нашем законику, нису навршила 21. годину. Ово се доба живота дели у три ступња: *дечијство* (до 7. год.); *недораслост* (7.—14.) и *одраслост* (од 14.—21.) Ни у једном од ових ступњева живота човечји ум и увиђавност нису доспели до такве зрелине, да би се малолетник могао слободно пустити у вреву практичног живота без опасности да постану жртва туђих интрига и интереса. С тога им је законодавац у опште ограничио способност за самосталну правну радњу а посебице за обvezивање по меници.

Ово ограничавање малолетника састоји се у томе, што они морају претходно добити допуштење од оца, односно од старалаца, да се могу по меници обvezивati.

Међутим законодавац из извесних разлога¹⁶⁾ сматра да се малолетнику може, и пре него што уђе у природно пунолетство, признати способност за располагање својом имовином и то је тако звано пунолетство у *правном смислу*. Тако,

1-о према наређењу трговачког законика ако се испуне потребне погодбе, малолетник може добити право на трговање. Овим одобрењем одрасли малолетник је стекао способност да се може обvezivati у корист своје радње, следствено да се и меницом може обvezivati.¹⁷⁾

¹⁵⁾ У француској је ово изречно регулисано, јер се у art. 217. Code civil вели: »La femme même non compue ou separée de biens, ne peut donner, aliener, hypothéquer, acquérir sans le concours du mari dans l' acte ou son consentement par écrit«.

¹⁶⁾ Опширно о овоме читай у мојој расправи „Малолетник — Трговац која је одштампана у „Браничу“ од 1888. године.

¹⁷⁾ Il va de soi que le mineur, régulièrement autorisé à faire le commerce est capable d' apposer, en quelque qualité que ce

2-о по §-у 152. грађ. законика, ако малолетници с навршетком 17. год. добију допуштење од родитеља и суда, онда и ако нису навршили 21. годину сматрају се за пунолетне. Тако се пунолество назива *еманципација* (*venia aetatis*). Овако еманциповани малолетник, према чл. 145. правила о поступању у неспорним делима „у односу своје личности и имања равна се пунолетном лицу;“ спрам чега он се може и по меници обvezивати¹⁸⁾. Само овде ваља имати на уму да оваку способност стичу само они малолетници, којима је родитељ још жив, а не и они, који би били под старатељством, јер по чл. 114. закона о старатељству „малолетан, који је за пунолетног оглашен, моћи ће само по одобрењу за то постављеног старатеља имања и старатељског судије имање отуђити и оптеретити“. ¹⁹⁾

Сви остали малолетници, према наређењу §-а 79. морају имати допуштење за обvezивање по меници,

soit, signature sur une lettre de change. Lyon Caen, p. 325. t. IV
Bravard sur Demangeat, p. 126 и нота 1.). — Dictionnaire de Couder, t. V p. 137. — Bedaride. Riviére. — У том смислу црногорски општи имов. зак. чл. 639.

¹⁸⁾ У овом смислу и коментатори аустријског меничног права. Види Јозеф Китка, стр. 36. Франц Хајмерле, стр. 42. Dr. Theodor Theumann, Das öster. W. R. s. 16. „es wäre denn dass sie ausdrücklich oder stillschweigend fur grossjährig erklärt worden“ Dr. Johan Blasche, Das öster. W. R. s. 94. — У хрватском и мађарском меничном законику, а у чл. 1, казано је да „непунолетни имаду само онда пасиву меничну способност ако обрт самостално терају“, и према таквој стилизацији, г. Vrbanić би признао меничну способност само пунолетним, али с обавиром на други став, § 7. зак. чланка XX он вели да се мора пристати на назор коментатора аустријског права и изнимке § 174. и 252. грађ. зак., протегнути и на пасивну меничну способност.

Овоме је назору противна доктрина француска, из разлога, што је у чл. 114. Code de Com. изречно казано да менице потписане од малолетника *нетрговца* не вреде ништа за њих услед чега сви коментатори налазе да ни еманциповани малолетник нема мен. способности. Види: Lyon-Caen et R. t. IV. № 486. Demangeat, стр. 126 и други.

¹⁹⁾ Ово се не односи на малолетне трговце, јер по § 4. они се могу пуноважно обvezати, па према томе и своја не-покретна добра отуђити и заложити.

али то допуштење не мора да постоји на самој меници²⁰⁾) јер се оно ни по чему другачије не даје за меничне а друкчије за друге врсте обвеза малолетникова. Допуштење ово може и прећутно да се да. Тако, кад законити заступник доцније или у исто време стави акцепт или авал на исту меницу,²¹⁾ онда се сматра да има потпу ног овлашћења.²²⁾

б. Малолетнима се уподобљавају *душевно оболели* У трг. законику, истина, ништа се не спомиње о оваким лицима, али је према наређењу §§ 400. и 151. грађанског законика несумњиво, да овака лица немајући правне способности не могу имати ни способности за самостално обvezивање по меници, дакле за обvezивање без одобрења родитеља односно старалаца.

в. *Расипништво* (распикућство; продигалитет) По § 41. грађ. законика и расипници се уподобљавају малолетницима, али да би се на једног расипника могле применити законске последице, потребно је да буде за таквог судом оглашен.

г.) И *правна* (јуристичка)²³⁾ су лица неспособна да сама собом раде; ту способност задобијају тек тада, кад добију свог представника или заступника, који је према томе једино и у могућности да закључује.

²⁰⁾ Die Zustimmung des Vormunds braucht weder bei Mündigen noch bei Unmündigen auf den Wechsel selbst bemerkt zu werden. Lehmann s. 218 — Али није нужно да се то садејство види из саме менице, Raban von Canstein, s. 108. — Sie kann in einer besonderen Urkunde ertheilt sein, Wächter s. 445. који цитира у том смислу решење вишег тргов. суда од 13. дек. 1871. год. — Противно Thöl.

²¹⁾ Dies ist der Fall, wenn derjenige, dessen Konsens erforderlich ist, einen Wechsel auf den Konsensbedürftigen zieht, oder voll girierte, oder ihm ein Blanko-Accept erteilt, oder einen von dem Konsensbedürftigen an eigene Ordre ausgestellten Wechsel vor der Begebung acceptiert — Lehmann, s. 326. нота 6.).

²²⁾ Lehmann Lehrbuch, s 298. — Raban von Canstein 108, који се позива на Renaud (96) и друге.

²³⁾ За постојање правног лица тражи се: 1-о извесна, стварна подлога (скуп лица или добара) и 2-о некакав правни иропис.

чује пуноважне меничне обавезе. Спрам овога менична обавеза предузета за рачун правног лица, од стране кога другог, а не од овлашћеног лица, није вредећа.

2. Време по коме се цени менична способност

Менична способност цени се по времену, кад је менична обавеза предузета; дакле ако се нма пенити способност издаваоца, онда се гледа је ли он био способан у времену закључења уговора о издању менице, а способност акцептата, или индосанта онда, кад су они свој потпис на меницу ставили. Спрам овога, ако би именована лица у времену стављања потписа била способна, али би доцније услед извесних узрока, постала неспособна, то ће њихова обавеза остати пуноважна, јер ова неспособност не може имати повратног дејства на раније учињене обавезе.²⁴⁾ Тако исто, ако извесно лице у времену стављања потписа на меницу није било способно, али је ту способност накнадно добило, ну пре истека меничне обавезе, онда се опет не може узети да је оно по дотичној меници обавезано,²⁵⁾ изузимајући случај, ако је малолетник, после стечене способности, на истој меници учинио накнадно (ново) изјашњење или поновио оно исто које је раније дао²⁶⁾.

3. Доказивање меничне способности

Раније смо већ напоменули, како је менична способност самосталан захтев за важност меничне обавезе који нема никакве везе са садржином саме менице. Ово се нарочито види из тога што, док недостаци у садржини меничног писмена чине да она

²⁴⁾ Wächter, Encycl. s. 449. Vrbanic Mj. Zak. стр. 86 — Theumann, Das Oest. W. R. s. 22.

²⁵⁾ Исти. — Ну, ко у намери преваре тврди да је менично способан и тиме некога другог, који о томе не може лако да сазна, превари, мора дати задовољења по грађ. праву али је његова обавеза по меничном праву без дејства. Von Canstein, Lehrbuch s. 109. — О овоме видети и § 917. гр. зак.

²⁶⁾ Овај изузетак не доношући Volkmar & Löwy, W. O. s. 3. у Theumann, нав. дело, s. 22.nota 13.

губи своју апсолутну вредност за све, који су интесовани, дотле се недостатак меничне способности односи само на једно и извесно лице, тако, да она нема утицаја на остале меничне обвезнике²⁷⁾. А то што је менична способност одвојена од садржине меничног писмена и везана за лице, и јесте узрок, што се по правилу не мора из саме менице ни да види је ли дотични обвезник способан за самостално обавезивање или не. Отуда, ако се покрене питање о неспособности једнога од меничних лица настаје потреба доказивања другим доказним средствима која су изван менице²⁸⁾.

Али на коме лежи дужност тога доказивања?

На тужиоцу за цело не, јер и покрај тога што би се промету осетан удар задао, кад би се повериоцима ставило у дужност да доказују способност својих дужника,²⁹⁾ овако што не би се могло допустити ни зато, што је претпоставка да ће ступити у обавезу само онај који има способности;³⁰⁾ па кад неко и покрај дате обавезе тврди да је имао правних сметња за ступање у обавезу, онда он треба и да докаже које су те сметње.

Спрам овога ако тужени (resp. дужник) докаже да је у времену кад је дао менично изјашњење био апсолутно неспособан, онда је тиме већ и утврђено да он по томе изјашњењу није одговоран. Али, ако он докаже да је у томе времену био способан ну под извесним ограничењима,³¹⁾ онда је тиме већ обрена она пресумција о неограничену меничној спо-

²⁷⁾ Wächter, Encycl., s. 450. и 451. nota 5.

²⁸⁾ Inter pupilos hereditatis divisio facta est praesente tuteore sed non adsignante (in) instrumento divisionio: questum est, an ei stari oportet, respondit, si tutor auctor fuisset, non idcirco minus standum, esse divisioni quod non adsignasset». I. 20 D. eod

²⁹⁾ Значајан принцип: „qui cum alio contrahit, de conditione eius cum quo contrahit, ignoratus esse non debet“, и овде важи.

³⁰⁾ Lehmann, Lehrbuch, s. 325: „Wie überhaupt die Handlungsfähigkeit eines fromtente, so wird auch die vollkommene und unbeschränkte Wechselfähigkeit eines Person, welche eine wechselseitige Verbindlichkeit eingegangen ist, presumed — Wächter, Encycl. s. 449. note 3.

³¹⁾ Тужени не мора неопровргљиво доказати како он ра-

собности, и сад је дужност тужиоца да изнесе противдоказе, како су, сем потписа туженог, постојали и други потребни захтеви. И тако, ако тужени докаже своју непотпуну меничну способност, онда ће тужилац бити дужан да докаже како је постојало и потребно одобрење меродавних лица односно, како је малолетнику признато правно пунолество;³²⁾ а изнесе ли се као препрека за меничну обавезу душевна болест, па се она и докаже, онда је тужиочева дужност да докаже, како је обveznik био у *lucidum intervallum*,³³⁾ и т. д.

4. Последице меничне неспособности

Последице меничне неспособности исте су у свима напред побројаним случајима; јер меница, издата од стране менично неспособног „у смотрењу њега“ није меница, па било да је то лице малолетник, удана жена, сељак или војник. Па ипак, у суштини закон прави разлику између оних, који се по општем праву могу уговорима обвезати, али им је то забрањено по меници, у оних, који тога права немају ни по општем праву. Тако,

А према § 79. јарг. зак. менице, издате од малолетника без потребног доношења надлежних лица насирам њих немају савршено никакве вредности.

Ову важност може захтевати само малолетник,³⁴⁾ јер се у закону изречно каже „у смотрењу њих“, а може је тражити против свакога имаоца менице у

није имао меничне способности; довољно је да поднесе доказе, како је у времену закључења меничне обавезе био у таквим околностима, које по правилу искључују меничну способност, односно тако је ограничавају да ја менична обавеза могућна само при постојању са свим особитих изузетака. Н. пр. довољно је да докаже како је он у времену кад је дао менично изјашњење био малолетан.

³²⁾ Der kläger dagegen durch vormundschaftliches Attest nachweist das der Verklagte zu jener zeit bereits veniam aetatis erlangt habe, Erkl. d. K. O. H. G. von 4. april 1874. цитирано у Wächter Ene. s 450.

³³⁾ Lehmann, цит. д. с. 327.

³⁴⁾ Нарочито се на ову неважност, у свом интересу, не могу позивати остали, способни потписници исте менице.

опште, па ма он био и потпуно савестан (*bona fide*) Законодавац је овде имао да избере од две незгоде једну, т. ј. или да остави малолетника без заштите што би било противно основима права, или да меницу лиши у неколико новчаног карактера, упућујући оне, којима се нуди меница, да испитују потписе на њој. Законодавац је ово последње када оправдано изабрао јер, најзад, праведније је да сноси штету ималац, који је примио меницу од нелознатог лица, него ли малолетник³⁵⁾ који је можда из незнაња упао у обавезу³⁶⁾.

Како су наређења о меничној способности *juris cogens*,³⁷⁾ то се нулитет меничне обавеза може тражити све баш да је малолетна особа, приликом обезвиђања, изјавило како се одриче свију законских привилегија.³⁸⁾

Ну, усвојивши овако строги нулитет, законодавац је ову строгост у неколико ублажио тиме, што је у § 79. дао наређење, по коме таком нулитету нема места, „ако је отуда добивено у његову корист припало, чега се накнада ипак у обичној грађанској парници тражити може.“³⁹⁾

Другим речма законодавац и овде није хтео да одступи од наређења општег права, по којима се нико не може обогатити на штету других, и стога ће малолетник бити обвезан *quatenus locupletior tactus est* т. ј. по мери користи, коју је из меничне обавезе извукao, што може бити ствар само редовног грађанског спора, где ће тужилац изнети о томе доказе.⁴⁰⁾

Спрам овога, кад меница, по којој је обвезан ма-

³⁵⁾ Demangeat sur Bravard, Traité p 127., нота 1. Wachter, Enciel. s 451 и 361. — Vrbanić Mj. Z. стр. 85 —

³⁶⁾ Auguste Laurin Cours élémentaire, p. 386. — Lyon-Caen & Renault Traité de Dr. Com. № 488.

³⁷⁾ B. § 30 грађ. законика и § 71. грађ. пустуника.

³⁸⁾ Vrbapić, стр. 85. — Lehmann, Lehrbihe, s 328.

³⁹⁾ Ово је понављање онога што је већ прописано § 917. грађ. законика, где се између осталог каже: „ако је с малолетником или с другија под туторством налазећи се лицима без знања тутора уговорано на штету њихову.“

⁴⁰⁾ Lyon-Caen & Renayt, наводе овај пример: Емавципо вани малолетник је закупац и дужник извесне суме од закупа,

лолетник, буде поднета трговачком суду, овај ће бити дужан, да је на захтев малолетников, огласи за неважећу наспрам њега, и у исто време упутити повериоца на редован спор код грађанских судова, који ће изрећи одлуку према поднетим доказима⁴¹ и одредбама §§ 917. и 918 грађ. зак. Са свим је други случај кад малолетник тражи поништење издате менице, пре него што се меница поднесе на исплату; ту, малолетник тражи *restitutio in integrum*, а за то се има обратити грађанском суду.

Како се у § 917. грађан. зак. спомиње да малолетност не помаже ономе, који је лукавством и преваром другог уверио о пунолотности својој, ваља имати на уму да просто ћутање о неспособности од стране малолетникove, приликом закључивања обавезе не представља превару онакву, каква се замишља у поменутом §-у и да тај факат не може дати повода за тужбу: *actio doli*.⁴²)

Ну, малолетник, кад постане пунолетним, може признати своје обавезе учињене у малолеству. Само је питање може ли он признати и менице? Одговор на ово питање не може бити сумњив, пошто законодавац није никакво одступање учинио, због чега се и овде имају применити општи принципи. Спрам овога накнадно призната меница има се сматрати као потпуно важећа и она производи сва своја дејства.⁴³)

Б, По §-у 77. тргов. законика: „менице, издате од сељака, простог војника и војника исксег чина од пош-

за коју он акцептује меницу, на наредбу закуподавца; меница је ништавна наспрам њега, али његова обавеза да исплати закупну цену потпуно остаје. Види Traité p. 328. — Тако и Auguste Laurin, нав. дело р. 386. — Demangeat p. 127.

⁴¹⁾ Lyon-Caen & Renault, наведено дело „Cette obligation étrangère à la lettre de change a un caractère purement civil“. — Rivière, Rétéritions, »en poursuivant le mineur devant les tribunaux civils.“

⁴²⁾ Lehmann, на в. дело стр. 329. и нота 13. — Wächter, Eneyel. s. 451. — Lyon-Caen & Renault t. IV. стр. 329. „le mensonge ne suffirait pas.“

⁴³⁾ Demangeat sur Bravard, стр. 128 у ноти, — Lyon-Gaen & Renault, ст. 329. т. IV.

поручника гарнизонске војске, и жене удате без сазивољења мужа, сматрају се у призрењу на њих као проста грађанска обавеза.“ Као што се види, последица законска у погледу ових лица друкчија је, јер закон не оглашава менице издате од ових лица за ништавне, али им ипак не признаје ни менични карактер. Обавезу таких лица закон сматра као просту грађанску обавезу.

Какав је значај речи: проста грађанска обавеза?

Нема спора да ове речи показују да таква меница није ништа друго до проста обавеза по општем праву. Али, ако је лако одговорити на ово питање, није лако расправити питање: да ли се и код оваких меница имају узимати у обзир друга правила меничног права која се односе на *трговачку надлежност, солидарност и изискивање протеста* у случају неисплате?

У теорији француског меничног права ово се питање показује као веома спорно кад је реч о обавези удате жене нетрковкиње; јер према чл. 113. Code de Commerce само се жене, које имају права трговати, могу по меници обvezивati, а обавеза жена нетрковкиња, кад имају одobreње мужа, вреди као проста обавеза (simple promesse) и у тумачењу значаја ових речи постсје два мишљења.

По првом мишљењу: пошто меница, на којој је жена потписата, одговара свима прописима мен. закона, то она производи све последице по мен. праву у смотрењу осталих потписника дотичне менице. За њих, дакле, све скупа као и за сваког појединог писмено то остаје права меница и зато се и код такве менице имају применити све одредбе које за менице вреде, изузимајући *принудни затвор*⁴⁴⁾

По другом мишљењу сматра се да је менична обавеза жене нетрковкиње, која има одobreње свог мужа

⁴⁴⁾ У овом смислу Boistel Cours de Dr. Com № 739. који наводи касациона решења од 30. јануара 1849. и 1. јула 1870. и Auguste Laurin, op. cit p. 389., који вели: que l'on combine en effet, ces deux idées, 1-o que l'article 113 n'a été écrit que pour exclure l'application de la contrainte par corps; 2-o quo ar ai!leur une des conséquences les plus caractéristiques de la validité du titre se trouve indiquée; ne faut — il pas en conclure que un titre est valable, et doit être traité comme tel, à tous les points de vue autre que la contrainte par corps?

чисто грађанске природе и да је због тога за њу надлежан само редован грађански суд. Заступници овог мишљења изводе овај закључак из тога што законодавац у чл. 112. *code de com.* такође сматра као *просту обавезу* и оне менице код којих је подметнуто (лажно) име, занимање или домицил, а у чл. 636. ист. закона изречно се каже да је за оваке менице надлежан грађански суд. Па кад је одмах у следећем члану 113. опет употребљен израз „проста обавеза“ онда се другаче не може разумети него да је и за обавезу удатих жена нетрговкиња надлежан редован грађански суд. Иначе би то био чудан језик законодавчев кад би он употребио исти израз за два различна појма.⁴⁵⁾

Ми мислимо да у смислу овога другог мишљења треба разумети обавезу војника и сељака, јер кад наш законодавац није у материји меничног права допустио ни за кога принудни притвор, онда је он, оглашавајући њихову обавезу за просту, имао намеру да овака лица сачува од строгости меничног јамства и кратког поступка, услед чега за њихову оваку обавезу не може бити надлежан трговачки суд.

Али, овде не треба заборавити да ово важи само онда кад је реч специјално о обавези војника и сељака, јер ако покрај њих има и других менично способних садужника, онда се меница само наспрам њих као трговачка обавеза има сматрати.⁴⁶⁾

Још једну погрешку наш је законодавац учинио а она се састоји у томе: што у § 77. каже: „менице издате од сељака војника“ те би се могло узети да ово важи само за случај ако су именована лица потписата као издаваоци. У место тога требало је рећи; „потпис сељака војника и т. д. стављен на менично писмено вреди као проста грађанска обавеза.“

Право, 1894. св: 4.

⁴⁵⁾ У овом смислу изражавају се: Nougnier № 65; Bravard-Demangeat Traité p. -- Lyon-Caen et Renault, Traité № 498 и касација под 6. и 20 марта 1888. год.

⁴⁶⁾ Lyon-Caen Traité, p. 332.

ЗНАЧАЈ РЕЧИ „ПРИМЉЕНА“

У АКЦЕПТАЦИЈИ МЕНИЦЕ

У нашим правничким листовима: „Пороти“ и „Праву“, налазе се два решења опште седнице Касационог Суда¹⁾ којима се расправља исто питање: *уговор о акцептацији менице*, а посебице форма у којој се тај уговор закључује.²⁾

То исто и ми узимамо за предмет ове расправе, ходећи свестраније да испитамо разлоге, који се налазе у поменутим одлукама, да би показали у колико су оне на закону основане.

Предмет је, мора се признати, од огромне важности, јер је ту реч и о важности или неважности једне исправе, али исправе која новац замењује, реч је ту о једној установи — меници — на којој почива целиокупно стање нашег трговачког света. Па за то је потребно да се питања оваког рода дубље, темељитије и опширније претресају, за то је и основано што ћемо се ми на овом месту претходно запитати: шта је то уговор о акцептацији и у каквој се форми он закључује? Је ли његова егзистенција и његова исправност од битног утицаја по вредност и еги-

¹⁾ Решење опште седнице касационог суда од 1. септембра 1881 год. Бр: 4193. („Порота“, бр. 25 и 26 стр. 410. г. II).

Решење опште седнице касационог суда од 7. децембра 1884 год. Бр. 1494. („Право“, година I. бр. 4. стр. 120)

²⁾ Види: »Једно питање из меничног права« у бр. 8. „Бра-ничка“, год. II. стр. 267.

стенију самог меничног писмена или не, која питања у осталом и јесу предмет поменутих репења, што намеравамо проучити

Уговором о издању менице заснива се једна обавеза, конституише се један дуг. Али тај дуг добија нарочиту намену: он ваља да постане оруђе за циркулацију. У тој цели признање о његовом постојању добило је израза у нарочитој писменој форми. Али конституисана обавеза ваља једном да се изврши, признати дуг треба да се плати. Дужник (трасант) ваља и о томе да се постара и он то, збиља, чини дајући повериоцу (ремитенту) на самом меничном писмену обећање да ће или сам обавезу испунити (сопствена меница), или га упућује на неког трећег (трасата) да овај закључену обавезу испуни (вучена меница).

Па има ли то треће лице — трасант — каквог удела у самом уговору о издању менице? Очевидно нема. Мандат, који му се упућује, постаје му познат тек услед презентације меничног писмена, па за то му до воље стоји хоће ли се налога примити, хоће ли понуђени посао извршити. А то и јесте узрок што му и закон у § 95 признаје *ius deliberandi* за 24 сах., што му т. ј. даје право да за толико времена размисли хоће ли примити упућени му менични налог. Али, примили се једном понуђеног мандата, пристане ли да изврши означену обавезу: то се његова обавеза трговачка као и трасантова, инкорпорише с ранијом и трасант шта више постаје главни дужник, главно лице, на које пада извршење меничног дуга. Јер, с једне стране у акту његовог пријема подразумева се и то, да га властодавац (трасант) снабдео потребним средствима да изврши дати му налог (§ 85 у свези с § 87. al. 1. трг. зак.), а с друге стране ремитент је тиме упућен, у првом реду, да од њега тражи извршење меничне обавезе. (§ 91).³⁾

Еле, акцентанција се не тиче само ремитента, који њоме добија једног дужника више, него и тра-

³⁾ Види о овоме опширије у мојој расправи: „Вучена Меница“. Гл. V. Прилог „Браничу“ за 1887 год. и засебно одштампана.

санта (§ 87 и § 90 трг. зак.) па и преноситеља (§ 90. трг. зак.). Следствено, тако важан акт требало је законом регулисати, ваљало га је регулисати свечаном формом, и законодавац је то одиста учинио давши оваку одредбу у § 92 трг. зак. »Пријем менице треба да се означи са овом речи „примљена“, под то треба ставити име и презиме пријемника... Ту се има записати датум ако меница гласи на један или више дана или месеца по виђењу«.

Доневши у кратким потезима опште појмове о самој природи акцептације, на реду је да пређемо на само претресање цитираног параграфа нашег трговачког законика. Међу тим, ваља нам још одмах казати, да се зарад правилног решења постављеног питања врло често морамо обраћати његовом оригиналу, чл. 122. Француског *Code de Commerce*, који садржи исте прописе које и наш § 92. трг. законика.⁴⁾

И заиста, ако упоредимо ова два законска наређења видећемо да се, и у једном и у другом, налазе ова три неопходна захтева за форму пријема меничног:

1. *Писменост* — услов који је код меница општи како за њу саму, тако и за све споредне обавезе.

2. *Напис* или употреба израза, који показују да ће се исплатити сума у меници означена. Законици напомињу израз „примљена“. и

3. *Потпис* трасатов или његовог пуномоћника.

Према томе мотиви који су изазвали наређење art. 122. важе и за наш § 92. и зато ћемо на овом mestu изнети историјски постанак наведеног наређења француског законодавства.

Пре него што је у Француској промулгован трговачки законик постојале су у Француском законодавству многе уредбе — ордонансе — за регулисање приватно-правних одношаја међу грађанима. Од тих уредаба за на нас је најважнија она од 1673. године

⁴⁾ Art. 122, „акцептација једне менице мора бити потписана. — Акцептација је исказује речју примљена. — Она носи датум, ако је меница на један или више дана или месеца по виђењу“....

пошто је француски трговачки законик управо пре-чишћена, поправљена и допуњена поменута уредба. Па тако је и с чл. 121; и он има своју клицу у истој ордонанси и то у гл. V. чл. 2. који гласи. „Све ће менице бити акцептоване написмено и безусловно. Укидамо обичај усмене акцептације или речима: „*видео неакцептирајуки*“, „*акцептирао да би одговорио на време*“, као и сваку условну акцептацију која ће се сматрати као непријем и бити повод протестовању менице.“ Па шта се може извести из ових речи? То, да је пре ордонансе постојала и усмена акцептација, која се могла сведоцима доказивати, но од чега је она формално одступила уводећи писменост за утврђење уговора о акцептацији.)

Али, док се ордонанса искључиво бави писменошћу акцепта и забрањује условно примање меница Француски и наш трговачки законик, усвајајући и сами исте одредбе, иду и даље путем одступања од усменог доказивања⁵⁾ и уносе у акт акцептације још и потпис — ту карактеристику свију данашњих исправа.

Да видимо који су разлози изазвали ову трећу одредбу.

Из цитираних ордонанса видели смо да су писменост акцепта и означавање пријема речју „примљена“ већ њоме утврђени. Незгоде, које су се сваки час појављивале од усмене акцептације уклоњене су или ипак у практици се показало да овака форма

⁵⁾ Bedaride — De la lettre de change, t. n 207 — Bravard Veyrieres Manuel de droit commercial p. 256 — Bravard et Demangeat, Traité de la lettre de change, p 220.nota 2.

⁶⁾ Немачки законик од 1848 год. усвојио је исто правило (види § 21. al. 1). — У Енглеској по сведоћби више писаца меница се сматра као акцептирана, ако ју је трасат задржао више од 24 сахрана, и кад се из околности може извести така намера. (Види чланак Foelix et Straffort — Car. у Revue étrangère et française de la legislation, t II. p. 435 и 495) — Па ипак Colfavru у делу: Le Droit commercial comparé de la France et de l' Angletere p 230. тврди: сваки акцепт ваља да буде писмен и стављен на саму меницу, бар то важи за менице: inland bills of exchange на супрот foreign bills of exchange.

није довољно прецизована, и да сама реч „примам“ без потписа пријамника није довољна, што је давало повода многоструком разумевању, па наравно и тешкоћама при решавању конкретних случајева. Редактори Француског Code de Commerce, осетили су и сами ту слабу страну дотичног члана ордонансе и допунили су је наређењем о потпису. Јер, говорили су они, приликом дискусије о овом члану: сваки час се може десити да какав банкар, збуњен великим послом, нехотично напише „примам“ на са свим другу меницу, а не на ону, коју је у ствари хтео акцептирati; кад дође до потписа а он се присети своме јаду, одустане од започетог посла; врати меницу, али — заборави да избрише реч „примљена“⁷⁾).

По редакцији ордонансе могло би се тврдити да је само та реч довољна за конституисање трасатове обавезе, и ремитент би му се могао обратити за наплату; на против, по редакцији чл. 122 и нашег §-а 92 покрај изречне одредбе о потпису, таквог тумачења не би могло бити.

Према овоме, што смо навели, јасно се види да је у ранија времена баш та реч „примам“, »признајем« сачињавала суштину меничне обавезе, али да јој је наређењем о потпису, законик одузeo тај карактер, и онда је са свим оправдано питање: шта је руководило француског законодавца да у форму акцептације унесе и ту реч кад она сама за себе нема оног значаја — обавезно дејство — које јој је раније признавано.

Да би дали тачан одговор и на то питање, вратимо се опет историји овог параграфа.

Секција законодавног одбора, којој је била поверена израда трговачког законика, препоручивала је у своме пројекту, да се у акцептацији означава сума за коју је трасант меницу примио, а нарочито у случају ако је меница примљена за сву суму на коју она гласи.⁸⁾ Разлог, који ју је руководио при томе, био

⁷⁾ Le baron Loeré liv. I L'esprit de Code de Commerce, t. I. p. 407. — J. Bédarrige, de la lettre de change, t. I p 318

⁸⁾ Види Législation civ. com. et crim. de la France. — Code de Commerce, Procès verbal du 27 janvier 1807.

је тај, што би се тиме онемогућила свака превара изменом цифара.⁹⁾

„Па ипак је решено да се изостави овако наређење из пројекта, што би се извршивање оваког прописа могло осигурати само тако, ако би јој неиспуњење било условљено ништавошћу дотичног акта или би то било незгодно за оне, који не би били довољно познати с одредбама трговачког законника“¹⁰⁾.

Али признавши у чл. 120. (наш § 94.) да акцептација не сме бити условна, допуштајући акцепт и на ограничену суму (исти члан 8) забрањујући заједно с ордонансом формуле, које су пређе постојале односно акта пријема и непримајући пројект по коме би ваљало уносити у акцепт и меничну суму, редакторима закона учинило се као неопходно потребно да акцепту даду извесну форму, из које ће се на првих видети, да је меница примљена за целокупну суму а потписник постао безусловни дужник. Том смеру могла је са свим згодно да послужи реч, која је иу раније била позната; реч, која — са свим законским баш сходно самој меници, томе *писмену од мало речи* — изражава прави појам акцептације; реч, која одисти означава потпуни и безусловни пријем; реч — *пријемљена*.

Према овоме, што смо навели јасно излази да су и сами редактори француског чл. 122. *Code de Commerce* налазили да *суштина уговора о акцептацији лежи у пошишу пријамника, а да реч „примам“ или „признајем“ означава само бвзсловни и пошиуни пријем целе меничне суме.*

На основу таког стања ствари новији аутори француског трговачког права отворено признају да потпис трасатов на меници и без нарочитог означења »примам«, ствара несумњиву претпоставку о његовом безусловном пријаму целе меничне суме, и да је према томе то означење, та реч прави рудименат у акту акцептације, један заостатак из ста-

⁹⁾ M. Cretet у Proces verbal du 27 janvier 1807.

¹⁰⁾ Locré, t. I. p. 408. који се појавиа на Regnaud de St. — J. d. Ang. и L'archichancelier из Procès verbal du 27. janv. 1807.

ријег доба „који ваља да постоји само за то што постоји“ изводећи закључак: *да реч „примам“ или ма која друга која исто значење има не мора бити написана баш руком акцептантовом¹¹⁾.* Главно је да је има па макар ко да ју је написао јер је тиме ипак задовољен захтев једног формалног законског наређења.

А како је у нас? За одговор нам се ваља обратити правосуђу¹²⁾ где ћемо наћи следеће:

1. Реч „примљена“ представља садржину меничне обавезе.

2. Меница није пуноважно акцептирана, ако реч »примљена« није написана руком акцептантовом.

3. Меница, на којој је реч „примљена“ написао когод други ништава је(!) Јер :

¹¹⁾ Решење француског касац. суда у Паризу од 9. нов 1825: *Aucune disposition de loi n'a comblé la lacune de l'article 122 ni exige que mot accepté soit écrit de la main de l'accepteur*.

Nouguier, op. cit. No 481. вели: „У осталом није нужно да акцептацију напише трасат: довољно је да је потпише. — Auguste Laurin, *Coursaire de élémentDroit Com.* 1844 на страни 442. вели: „у осталом, ремитент ће моћи додајући реч „примљена“ — Ruben de Couder, *Dictionnaire* p. 163. No. 379. »реч примљена или њен еквивалент може бити исписана руком неког тресећи а не акцептантовом“. — Bravard et Demangeat, *Traité de la lettre de change* p. 231 »Сам ремитент ће да напише изнад потписа трасатовог реч, која изражава акцептацију: он је на то довољно овлашћен потписом који му је трасат бланко дао. — У истом смислу J. Bedarride, *de la tettre de change*, t I No 211. — Alauzet, No 1307. и најновији писци: Lyon — Caen et Renault *Précis*, t. I No. 1144. A. Boistel, *Cours de Dr. Com.* No. 78.

¹²⁾ Види наведена решења у „Пороти“ и „Праву.“

У наведеним решењима првостепени суд изречно вели: „пошто се по § 92 трг. зак. за битност акцепта захтева да акцептант уз свој потпис својом руком стави и реч »примљена« — то онда и Меница на којој овог битног захтева нема према пропису § 81, трг. зак. не вреди т. ј. нема *никакве меничне важности*.“ Апелациони суд ово прихвата напомињући да он ово мишљење дели с тога „што се таком разумевању § 92. не противи ни стилизација ни смисао истог закон. наређења.“ Најзад општа седница Касац. Суда на супрот своме одељењу налази да су ови разлоги закону саобразни и пресуду апелац. суда оснажава.

а., § 92. трг. зак. за битност акцепта *'захтева'* да акцептант уз свој потпис, стави својом руком реч *«примљена»*. (Првостепени и Апелац. суд).

б., § 81. оглашава меницу за неважећу на којој нема којега битног захтева (Првостепени Суд).

Као што се види наше је правосуђе (раније) онако како је изнесено у наведеним решењима опште седнице Касационог Суда потпуна противност и правосуђу и теорији француског трговачког права, привременом што је наш § 92. § 81 и с малим изузетком и § 80. трг. зак. превод одговарајућих чланова француског трговачког законика.

Одступање ово, у колико се види из разлога решења, заснива се једино на неправилном схваташтву што га има реч *«примљена»* њој се ту придаје сваколика вредност: она се сматра као садржина, као суштествени састојак меничне обавезе; она одређује не само квалитет, него и квантитет меничне обавезе она је чак и битни састојак и уговора о издању менице, а не само уговора о акцептацији; она је толико важна да од њеног постојања зависи и вредност дотичног меничног писмена! Речју, она је *све и сва*, те се према томе њен недостатак не може ничим попунити нити туђом руком написати, — јер закон тражи вели се у пресуди, да је акцептант сам својом руком напише!

Пре него што би донели суд о наведеним закључцима нашег правосуђа, да прочитамо текст § 92. трг. законика, који гласи: „Пријем менице треба да се означи речју *«примљена»*, под то треба ставити име и презиме пријемника; ако овај не зна писати онда треба да има осим оног, који га је *потписао* (дакле само потписао) још два сведока. Ту се има записати датум, ако меница гласи на један или више дана или месеца по виђењу“, и т. д.

После тога да се запитамо: из чега се може извести да закон баш захтева да реч *«примљена»* буде написана руком трасатом? Покрај свеколиког истраживања ту се не може наћи изречен захтев, а ако би се хтели ослонити на извођење, онда би из онога што законодавац, кад је реч о пријему менице од

страни неписменог акцептанта, говори само о томе ко ће таког акцептанта *потписати* ни мало се не бринући о томе ко ће реч *«примљена»* написати, руком могли би из тога факта извести да законодавац тражи само несумњив потпис акцептантов, а што се тиче речи *«примљена»* пушта на вољу акцептанту да је напише или да остави ремитенту или коме другом да то учини кад се потреба укаже. Иначе ако је реч *«примљена»* одиста суштина акцепта, као што веле наши судови, како би се могло тумачити да законодавац обраћа сву пажњу на потпис, као споредно а да заборавља оно што је у акцепту главно?

Још један разлог иде против тумачења наших судова. Као што се из § 92. трг. зак. види, ту се каже: „пријем менице треба да се *означи* речју *«примљена»*. И заиста какав се значај може дати речи *означити* ако не онај исти који има и реч *обележити* а кад се у закону, даље вели: „под то треба ставити име и презиме“, онда реч означити ништа друго неће да каже до то да изнад имена и презимена акцептантовог вაља ставити један знак, један белег, који ће наговештавати да је потписник — пријемник акцептант¹⁸⁾.

¹⁸⁾ Систем немачког меничног права и сувише очито доказује да је ово најочито означавање којечини акцептант излишно. И заиста, кад узмемо на ум да само онај на кога је меница повучена — *трасат*, може меницу акцептирати, онда шта друго може и значити потпис трасата на меници ако не то да је он примио налог који му је у виду менице упућен, да је, дакле, без условно и без икаква ограничења примио суму на коју меница гласи. Брањоци речи *«примљена»* наводе и друге разлоге за њено оправдање Таčо, веле они, могао би неко бити обманут да ће његов потпис важити као потпис сведока или јемца, а не главног дужника за каквог се акцептант сматра, а међу тим да се доцније од таког потписника тражи наплата меничне суме као од акцептанта. По нашем мишљењу такав случај не може да се претпоставља, јер се не може замислити да ће озбиљан човек ставити свој потпис на једну тако строгу обавезницу као што је меница а да је не прочита. Међу тим чим је прочига видеће да се том меницом њему упућује налог за исплату речма: *и ставите исту у рачун на* (рецимо) *г. Ђорђа Николића*, и онда, ако само неће да

Према томе, да је законодавац имао намеру да реч „примљена“ буде увек написана руком акцептантовом, онда не би употребио једну реч тако широког значања као што је реч означити, него би узео *исказати*, *израдити*, *изјавити*, и др. које би много јасније и тачније показивале ту намеру. Али законодавац није хтео да употреби таке изразе за то што и сам сматра да се изјава волје акцептантове не огледа у речи примљена, већ у његову потпису.

Јасно је, дакле, да се из same стилизације § 92. може закључити да реч „примљена“ може сваки ималац менице ставити изнад потписа трасатовог ако се узме у помоћ и стилизација § 80. трг. зак. онда овај закључак постаје неоспорим. И заиста, онако исто као што се у § 92. каже да се акцептација *означава* речју примљена, тако се и у т. 1. § 80. каже да свака меница мора имати: „*означење да је меница*“, а у тач. б. тражи се да меницу издавалац *пошиши* „с његовим именом и презименом или фирмом“. И сад, кад нико не тражи да издавалац сам напише реч „*меница*“ и остale битне захтеве и ако се и ту употребљава исти израз *означити* (означење), онда по ком разлогу тражити од акцептанта да означење

прими тај налог, ако т. ј. неће ту меницу да акцептира, он се неће на њој пошипсивати, а ако то учини у другој намери он ће ту своју намеру и сувише видљиво испољити. Пок. Ђока Ђорђевић бив. професортргов. и мен. права, у одбрануоваког свог мишљења износио је то да ће ремитент, ако му се остави право сам да испишује реч „*примљена*“ ову реч увек стављати над именом издаваџца менице, кад год је овај бољег имовног стања, и на тај начин мењати улогу појединим меничним обавезницима. Али ни такав приговор не може да опстане, прво; што по закону само онај који је за трасата означен може да буде акцептант, а друго: ремитент нема потребе за ову мистификацију, пошто трасант одговара солидарно с акцептантом те му је са свим равнодушно ако је трасат елабијег стања од трасанта.

Нема, дакле, ни једног разлога зашто се не би бланко потпис трасатов сматрао као пуноважни акцепт менице, па с тога све напредније земље као што су: Немачка, Аустрија, Италија, Белгија и Енглеска, не траже реч „*примљена*“ већ само потпис трасатов (Немачки § 21 од. 1. Белг. чл. 12 т. 18. Талиј. чл. 262. Чили чл. 678.) за пуноважан акцепт менице.

„примљено“ мора сам написати? Откуда долази то да се једној речи двоструки значај даје у истом закону, откуда се може допустити да и саму меничну суму може написати не само трасант него и сваки други, а реч „*примљена*“ само акцептант? Зашто тражити од акцепта, као акцесорије, оно што се од главнога, од same менице не тражи. Зар је акцептација важнија него ли меница сама, зар је акцесија значајнија него главна ствар. А § 81. трг. зак?.. Не, не, томе разликовању нема места, јер се ни с граматиком, ни с логиком ни с здравим разумом не слаже, истога ми износимо закључак: *да се заправну важност акцепта тражи само оригинални пошипс трасатов, а реч примљена може али не мора бити написана његовом руком*. Главно је да те речи увек има.

*

У наведеним одлукама наших судова, постављено је и то правило: *да меница на којој је неуредан акцепт нема меничне вредности*.

Аргументација на основу које се дошло до овог закључка налази се у оснаженој пресуди првостепеног суда, у којој се изречно каже: *Акцептација* се сматра као битни састојак менице, а *неисправни пријем као неважећи* па на основу тога се изводи закључак „*и меница на којој овог битног захтева нема, према пропису § 81. трг. зак. не вреди*, т. ј. нема меничне вредности.

Погрешна аргументација увек доводи до погрешног закључка, па тако је и овде. Акцептација није битни састојак менице па за то она не може ни утицати на важност њену.

Ваља само бацити поглед на § 80 трг. зак. у коме су побројани битни захтеви вучене менице па да се види да законодавац у ни једној тачки тога парagraфа не вели да меница *мора* бити акцептована. Истина у тач. 7. § 80. каже се да код сваке вучене менице треба означити лице које има меницу платити, треба, дакле, ставити *адресу* његову али као што се зна, адреса још није пријем, јер адресу ставља сам издавалац пријем меничног налога треба да

изврши сам трасат. Очевидно је, дакле, да се ни у тачки седмој нити у којој другој § 80. не говори о самом акцепту као битном захтеву менице, и онда је противно тврђење у наведеним одлукама произвољни изналазак наших судова, који не само да је противан позитивним наређењима нашег трговачког законика, него и самој науци меничног права где се зна да се уговор о издању менице закључује само између трасанта и ремитента на тај начин што издавалац издаје менично писмено а ремитент њему вредност у меници означену. Истина издавалац, приликом издања вучене менице, као што је напред речено, означава и адресу лица коме се ремитент има обратити за исплату меничне суме, или зар се из тога може већ извести да је то лице чије је име, чија је само адреса на меници стављена, у томе уговору учествовао и пристао на исплату менице. За цело не. Јер тек кад ремитент поднесе меницу трасату на пријам, знаће се поуздано да ли ће овај меницу акцептирати или не.

Према овоме, акцептација менице јесте засебно изјашњење на меници, засебни уговор који се закључује између ремитента и трасата, а којим се ствара једна нова обавеза као супергарантија да ће меница бити о року исплаћена. Тај нови уговор има своје почело у уговору о издању менице, јер је тада уговорено да се ремитент о року обрати неком трећем лицу — именованом трасату — за наплату, па с тога је природно да и важност обавезе трасатове као доцније, зависи од исправности уговора о издању менице. Али по ком основу и по каквој логици може неко тврдити да исправност доцнијих изјашњења може утицати на судбину онога што је раније као исправно свршено!

Јасно је дакле, да акцепт који није учињен онако како прописује § 92. трг. зак. не може утицати на важност обавезе трасатове и осталих меничних обавезника, а да је то тако и никако друкчије, види се из тога, што по принципима меничног права вучена меница *не мора ни да се подноси трасату на акцепт и да има меничне вредности*.

Да докажемо ово тврђење.

Свршеном акту акцептације претходе неке претходне мере, и међу овима на првом кораку сусрећемо се са тражењем акцепта или поднашањем менице на пријем. За то нам се ваља одмах упитати: какво је то тражење; је ли оно право или дужност за имаоца меничног писмена? Закон, истина не вели ништа изречно о томе, али у науци постоји једногласно тврђење, да је тражење акцепта *право а не дужност*.¹⁾ И збиља, зар се и може друкчије замислити, кад је та одредба о акцептацији једино у корист ремитентову и установљена? Закон, као што рекосмо, ту корист изречно не назива правом његовим, али му је не ставља ни у дужност. А то је са свим појамно. Једно оруђе за циркулацију, једно писмено које новац замењује, једна обвеза таког рода ваљала је да

¹⁾ Ruben de Couder, Dictionnaire de Code de Com. стр. 155, п-о 313, т. V. вели: У опште ималац менице није ничим обvezan да мора набавити акцептацију ма да је готово увек у његовом интересу да то учини. У истом смислу: Bedarride, op. cit. t. I. п-о 173, — Lyon-Caen & Renault, op. cit. t. I. п-о 1133. — A. Boistel, op. cit. p. 534. — Loeré, t. 18. стр. 56 и даље, 61. — и т. д.

У немачком закону (види § XVIII, ал. 1) изречно је признато да ималац менице има право на тражење акцепта.

W. Brauer, у делу: Die Allgemeine dantche Wechselordnung erläutert von — овако вели о тој одредби: „Ремитент једне менице има просто право а не обвезу да је поднесе на акцептацију: саршено од њега зависи које ли он то учинити у интересу веће сигурности меничног писмена. По уледу на правило, по коме се у Хамбургу од вајкада поступа, предлагано је у законод. одбору да се ремитенту стави у дужност поднашање менице на акцепт, из јединог мотива, што ће се тиме солидност мен. послова учврстити — aus dem Grunde dass dadurch die Solidität des Wechselgeschäfts gewinne — Али је на то с разлогом одговорено да је немогуће имаоца менице потчинити томе у интересу преходника, што така обвеза повлачи штету (губитак рекурса) у случају небрежења, а та штета зацело превазилази у многоме ону корист, коју би он могао имати ако би дознао поднашајући меницу на акц. за судбину издане менице пре него би јој дошао рок плаћања.

У Енглеској је са свим признато начело да се меница *мора поднети на акцепт само* ако је по виђењу или на неко време по виђењу. Сравни Foelix et Straffort-Carey, op. cit. t. II. p. 435.

буде огарантована тако, како ће њено извршење бити несумњиво. Па у тој цељи закон и даје ремитенту начина, како ће за испуњење своје тражбине учинити одговорним два или више лица, али он му није определио ни рок кад се има тим овлашћењем користити нит је одредио штетне последице ако се њиме не би послужио. *Он му dakle није право ставио у дужност*, а то није ни могао учинити што се у принципу општег права јасно вели: *jure suo uti nemini cogitur.*²⁾

Ремитенту, dakле, до воље стоји хоће ли се својим правом користити или ће га се одрећи.

Међутим, одрицање имаоца менице односно права на тражење акцептације може бити од штетних последица не само за њега, који тим поступком губи једног дужника, него ту штету могу осетити још већма преноситељи, што на њих може пасти исплата мен. суме по §§ 116. и 140. трг. зак. Одбијајући од себе одговорност за извршење мен. обвезе, они ће несумњиво изнети оваке разлоге: „Акцептацијом трасат постаје главни дужник из кога се ималац менице вала првенствено обратити а ако она није учињена трасат остаје ван меничне обвезе, па онда за њега не може ни да постоји пресумција из § 87: те нити има право нити има дужност да се одупре вољи трасатовој, (ако би га овај већ био снабдео покрићем) да исто покриће одузме о њега. Међутим ималац менице бринући се о исплати њеној може противствовати о року, а како је покриће већ одузето од трасата то би несумњиво преносиоци — на основу § 140 — постали нишан акције имаоца меничног писмена и то баш оног лица, које их је и довело у тај неизгодан положај! Кад је имао право да се обрати трасату за акцепт, то зашто се није користио њиме, за што није ограничио трасата у располагању покрића те тако да ослободи од даље одговорности преноситеље за један дуг, који су они у самој ствари већ исплатили?.. Право је, dakле да ималац неакцептоване

²⁾ § 22 грађ. зак. „Ко има како право од њега зависи употребити га или не употребити га“

менице сам и сноси штетне последице своје нехатности, а не да за своју кривицу друге чине одговорним!“

Па ипак, ма колико да се чини да је овака одбрана преносилаца на разлогима основана — разлоги ови не би се могли одобрити. Ималац неакцептоване менице, побијајући их, имао би само да рече: Шта ме обвезује да се бринем о положају трећих лица ако се не будем користио својим правом? Да није закон? Ја ту обвезу не видим из његових одредаба он нити наређује да се акцепт *mora* набавити, нити каже *kad* се протест због непријема мора учинити¹⁾ а тиме ми је допустио да се *неограничено* могу користити својим правом. Или да није какав уговор? Али из менич. писмена не видим да је ико закључио какав уговор односно акцептације. Мој се поступак dakле оснива на праву које ми закон даје, а које није никаквим нарочитим уговором модификовано, па за то, ако је он од незгодних и штетних последица за кога, нисам одговоран јер — *qui jure suo uti nemini facit iuriam*. Најзад, зашто ми пребацивати погрешку коју сте и сами учинили, нашто ми пребацивати нехат кад сте и сами нехатни били? Ја сам се на вас угледао. Сви ви, преносиоци били сте у моме положају, имали сте меницу у рукама, па онда зашто нисте и сами тражили акцепт од трасата? Пазите, dakле, добро, да осуђујући мене — себе не оптужите!

А би ли имао каку одбрану издавалац менице ако би му се обратио ималац менице протестом за исплату? Никакву. Јер ако у трасата постоји покриће, ревендикацијом овога, лако ће одговорити својој обвези, а ако трасата није снабдео покрићем, он ће због пренабрегавања својих дужности платити поред меничне суме и трошкове протеста и курса — јер је правило да се нико не може обогатити на штету другога.

Додајући овим разлогима још и одредбе трговачког законика, из којих се јасно види да законо-

¹⁾ Читај закон, III. „О пријему.“

Чланци и расправе

давац за менице у којима рок исплате није утврђен него се имају исплатити на неколико дана или месеци по виђењу, изречно тражи да морају бити примљене,¹⁾ а за друге случаје (менице одмах по виђењу) никако и не тражи пријем — можемо с најтврђим убеђењем рећи: да је законодавац оном неодређеношћу времена за подизање протеста због непријема, признао сем нарочитих изузетака потпуну слободу ремитенту, да се својим правом односно тражења акцепта може користити или некористити.

На основу тога изводимо закључак да по нашем трг. законику: *Меница не губи своју мвничну вредност ако на њој нема акцептације, или ако је и има, али је неисправна²⁾.*

Ималац таке менице у праву је, дакле, тражити да му се она о уговореном року исплати. Али у колико је његов положај у погледу тражења акцепта, био независнији, у толико је ограниченији у тражењу исплате; јер у § 187 трг. зак. вели: „Притејатељ менице дужан је захтевати да му се ова исплати оног дана, кад јој је рок исплати опредељен.“ Но тражећи исплату неакцептоване менице он ће бити без сумње одбијен са свију страћа, што трасат неће хтети да плати једну меницу, (и ако можда има покрића) коју није акцептирао, а трасант ће га одбити позивајући се на мандат, који је он у самој меници упутио на трасата. Па шта ће онда ремитент чинити? § 138. даје му срећво да се у такој невољи помогне, прописујући оваку одредбу: Ако се у одређени дан меница не исплати, мора се одмах првог дана за овим протестом, који се зове протест због непријема, доказати како је исплата изостала.“ Па

¹⁾ § 136. „дужан је тражити да му се иста плати или прими“ како је кад меница одмах по виђању или на неко време по виђењу.

²⁾ Ово последње отуда што се неуредна акцептација равна никаквој. — Овако тумачење налазим и у цитираним решењима опште седнице Касац. суда, и то у противразлогу Апелац. суда. Пресуда од 18 Јануара 1880 г. Бр. 233 (Г од.). — Види и у Demangeat. пресуду: La cour de Montpellier 31 маја 1859 у истом смислу.

учинивши то, користиће се и § 140. који вели: »Притејатељ протестиране због неисплате менице може тражити да му је плате, посебице или издатељ или који од преноситеља, или скупа издатељ и сви преноситељи.«

Овакав поступак притејкаоца менице са свим је оправдан и на закону основан, јер је он у њему обухватио оба акта: и тражење пријема и тражење исплате, а то му је дозвољено пошто му закон не одређује рок у коме има поднети меницу на акцептирање^{1).}

Најзад, ималац једне неакцептоване или неисправно акцептоване менице неће изгубити право своје наплате од стране трасанта, баш ако није подигао на време ни протест због неисплате, само ако трасант не буде могао доказати да је трасат био снабдевен сумом потребном за исплату дотичне мен. обвезе^{2).}

¹⁾ Dictionnaire de Couder, t. V. p. 158: „Сем случаја ако се нарочито уговори време за које се акцепт мора набавити, акцепт се може тражити у свако време, па и у очи самог дана исплате. — А ако дође и сам дан исплате, а акцепт није набављен, то се право тражења овога слива у једно с правом тражења наплате.“ Savary, Parfait négociant, Parége, 16. — Pardesus, n-o 359, Nonguirer, n-o 456. — Ruben de Couder, ibidem.

²⁾ Види: „Збирка суцких решења и чланака о праву“ књ. III. бр. 4 стр. 27—32. Решење опште седнице Касац. суда од 3 Авг. 1877 г. Бр. 1699 којим се оснажава пресуда пож. окр. суда. Противразлог овог суда овако гласи:

„Главни је разлог Касац. суда у овој примедби што тужилац није протестовао менициу, те са тога да је изгубио права наспрам туженога као жиранта. При изрицању пресуде имао је суд ово у виду, али је држао, при чему и сад остаје, да тај разлог или боље „непротест“ менице не може да напомени тражњи тужиочевој наспрам туженога.

Да је протест главно срећво да задржи лица на меници потписана, у јемству, то је истина, али то вреди као опште правило наспрам пријемника и жиранта, а наспрам трасанта — издавача менице, то није безусловно правило, јер по § 146 трг. зак. непротест менице шкоди притејкаоцу менице наспрам издаваоца, ако овај не долаже, да је пријемника о року снабдео с новцима. Тако да је о томе могао би издаоца наспрам притејкаоца да ослободи плаћања. За ово јамчи садржај поменутог

Меница, дакле, вреди т. ј. не губи своју меничну вредност услед тога, што је акцепт на њој неисправан или што га никако нема, или што није протестована због непријема, само ако су задовољени прописи осталих законских наређења. За то наведена пресуда првостепеног суда није на закону основана^{2).}³⁾

„БРАНИЧ“ ГОД. 1889. БР. 10. 11.

•••

§ 146 реч. закона, кога се смисао не може да ограничи само на одношаје између издаваоца и пријемника, као што Касациони суд наиваћа, кад тај пропис изречно вели: „исто тако губе ово право притежаоц и преноситељ према издаваоцу самом, ако овај докаже, да је пријемник био снабдевен са новцима о року плаћања,“ дакле овде се изречно помињу односи притежатеља менице, јер одношаји издаваоца и пријемника расправљени су и одређени у § 87 трг. зак.“

У истом емислу и практика француских судова, види: Rennes, 21 јун 1841 Cour de Cassation, 27 janvier 1863 у Ruben de Couder, Dictionnaire t. v. p. 156 н-о 325.

²⁾ У њој се вели: така меница не вреди тј. нема никакве меничне вредности, и на основу тога пресуђује да се тужилац одбије од тражења. Види: Одлуку опште седнице Касац. суда од 7. Дец. 1884 г. Бр. 1494 („Право“, бр. 4. год I.)

³⁾ Интересно је да и дан дањи у трговачком суду колегијум сматра да једна меница нема вредности само за то што акцептација није извршена у форми коју прописује § 91 трг. зак. Тако у решењу тога суда до 28 јула 1905 год. Бр. 17.480 вели се:

Из поднете менице види се да поред имена акцептантовог који је неписмен, нема крста што је противно § 80 трг. зак. (!) те се онда не може сматрати ни да има меничне обавезости, и потрежилац се има одбити од тражења забране како према акцептанту тако и према трасанту — издатељу § 81. трг. зак. а према овоме још и тим пре, што не подноси протест због неисплате. С тога решава да се молитељ одбије. Овим је документовано апсолутно незнაње мен. права.

А В А Л

или

НАРОЧИТО МЕНИЧНО ЈАМСТВО

•••

Меница је исправа, која је намењена циркулацији. Она треба да иде из руке у руку, и као таква њена исплата треба да буде потпуно осигурана. И заиста, кад погледамо на давање покрића и на акцепт, видимо да законски прописи, који се односе на ово имају за смер да се исплата менице осигура.

Ну, и ако је ово двоје довољно да се испуњење меничне обавезе обезбеди, често пута деси се случај, да менични ток застане. Меница не може даље да се пренесе, било с тога што лице, на које треба да се пренос учини, не познаје ни акцептант, ни издаваоца било што не верује у њихову моћ плаћања. Ето такав је случај морао законодавац себи са свим оправдано поставити, и он га је решио на тај начин што је поставио наређење у § 88. тргов. законика, по коме „и преноситељи јамче један за другог да ће меница примљена и у одређено време бити исплаћена“^{1).}

Али законодавцу није то довољно било; он је претпоставио случај, да индосатар неће бити задовољан ни с толиком гаранцијом, па је у § 117. дао оваку одредбу: »Исплата менице осим пријема и преноса може се обезбедити и нарочитим меничним јамством.«

¹⁾ Види и § 116. истог закона.

То нарочито менично јамство назива се иначе *авал*²⁾.

На први поглед чини се да између авала, акцепта и преноса нема никакве разлике, јер према наведеном § 117. све троје има један смер, а то је обезбеда меничне исплате. Па ипак, онако исто као што се акцепт од преноса разликује, тако исто и авал, са своје стране, одликује се како од акцепта тако и од преноса. Јер, прави смисао преноса, ради чега је он и установљен, неоспоримо је тај, да се може меница преносити из руке у руку. И заиста, кад се узме на ум, да је меница, сама по себи, једна исписана хартија без стварне вредности, која се не може делити (це-пати), па према томе не може ни употребљавати за исплате, ако се сума плаћања не би слагала с оном која је у меници изложена, онда је морао да се из-измисли начин, како ће се сопственост менице пре-нашати. Ту корисну улогу, као што рекосмо, врло згодно врши установа *жира* (*in dosso*) и то је њена права и директна улога. А што пренос уз то гарантује и исплату менице, то је само последица уговора о преносу, који, као што нам је познато, и по општем праву повлачи ту последицу, те се ни овде није могло одступити. У осталом, да онај, који преноси на другога какву ствар, треба за њу да јамчи, то је тако очигледно и природно, да то, чини се, не треба ни наглашавати нарочито, па ипак да се тако разуме.

Авал на против није последица никаквог другог уговора; он је сам за себе један специјалан уговор, који има само једну директну и главну цељ, а то је да осигура меничну исплату. И заиста, кад авалиста ступа у меничну обавезу, он, без икаквих других обзира и обвеза, долази да добровољно обезбеди исплату дотичне менице.

²⁾ Ovaj *aval* — којему нешто слично налазимо и у старијој „*subscriptio*“, која је настожала у том, да је неко трећи, који је кано intercedirati, sup dpisao Secundu i Tertiu — razvio se je izprvice na sajmovih, te je bio nekim prelazom k наledji mjenice, Vrban i Č Mjenb Zak. s. 450.

Исто тако је јасна и очевидна разлика, која постоји између авала и акцепта, који се такође сматра као средство за обезбеђење исплате код меница.

Јер шта је акцепт? Је ли то јамство, које се нарочито уговара, и без којег једна вучена меница може бити и не бити? Не акцепт је *законско јамство* јамство без којег вучена меница, ако само хоће тај карактер да одржи, не може да буде, и које ималац менице може увек да тражи, а ако му се не да, да захтева обезбеђење на други начин.

На против авал је *конвенционалне* природе. Њега може бити и не бити, и све зависи од споразума уговарајућих страна. Сем тога авал се одликује и другим карактерним особинама. Тако, н. пр. онај који већ има меницу у рукама, не може да захтева авал (акцепт може тражити, ако није дат); њега може тражити само онај, коме се нуди меница али ако ју је примио у сопственост без авала, онда је он изгубио сваки законски основ да га тражи.

Још нешто. Акцептант се означавајош при стварању менице (овде се искључује акцептант за част) и нико други сем оног, чија се адреса налази на меници, не може меницу да акцептира. Са свим је друкчије код авала. Ту лице, које треба да постане јамац, није на меници ни по имену нити ма по чему означен, индивидуализовано. Авал, дакле, може бити свак' ко хоће, а долази у врсту оних, који имају пасивне меничне способности.

Као што ћемо доцније видети и авал је *солидарно* обавезан; али се он разликује од *солидарности*, као врсте меничног обезбеђења. И заиста, солидарност меничне обавезе није последица нарочитог уговора, она је законска последица других уговора и обавеза јер у § 116. каже се: „сви они, који су меницу потписали, њу примили или пренели, обавезни су један за другог, јемствујући према њеном притељатељу.“ Са свим друкчије стоји с авалом, јер ту је реч о једном уговору, који поража обавезу одређену и која се специјално састоји у јамствовању за исплату менице.

Из овога што смо довде навели види се да се *авал* зове онај менично-правни посао, по коме се на основу дотог *супоташа*, узима на себе обавеза да се исплати менична сума, у случају кад она о року не буде исплаћена од стране оних, који су дужни то учинити. Авал је, дакле, једно менично-правно изјашњење, којим се додавањем нове гарантије, ојачава солидност менице³⁾ На тај начин он повећава кредит, олакшава промет, изазива поверење у трговачке ефекте а тиме корисно и плодно утиче на развој трговине и индустрије.

Четири су главна питања, која се имају расправити односно авала, и то: у ком се случају дајеaval; ко га може дати; каква је форма авала, и најзад какво је дејство његово. Ми ћемо на овом месту проучити редом сва наведена питања:

1. У којим се случајима тражи и даје *авал*. На ово питање ми смо у главном већ одговорили, нагласивши да је прави и једини смер његов да огарантује исплату меничне обавезе. То гарантување може

³⁾ Der *Aval* war ursprünglich der *a vallo* (*locu inferiori, am Fusse*) des Wechsels *Mituterschriebene*. Goldsmith, Grundriss, s 230. — Le mot *aval*, disait Jousse, est un terme parti culièrement en usage dans le commerce, qui signifie faire *valoir* — Bédarride, De la lettre de change, 2 edit. t I. p 535. — Ceci posé, il est facile de s' expliquer le sens du mot *aval*, considéré en lui-même. Il vient des mots à *valoir*, Bravard Véyrieres Demangeat, Traité de la Lettre de Change, p. 309. — Реч *aval* (*avalum, avallus* франц. „aval“, италијански „*a vallo*“) наводи се по неким од старе француске речи „*val*“ што значи доле, ниже, испод, те показује на становитој исправи место за потпис испод другога потписа. *Aval* est *locus inferior*. Други опет држе да ту реч ваља извести од „à *valoir*“. У мјенбеном промету значи „aval“ да на мјеници испод становитог имена или фирме стоји друго које име; с тога и значење „*firmare a vallo*“ потписати испод другога већ постојећега потписа, премда је се испрвице овај „*firmare a vallo*“ протезао само на онај потпис, који је стављен непосредно испод потписа издатникова, који се је потписао на дну мјенице *Vrbanić Mjenbeni Zakon*, стр. 450. у ноти 1. — Le mot *aval* est évidemment une contraction de la préposition et du verbe *a valoir*; de ce mot la pratique a tiré le verbe *avaliser*, pour désigner le fait de donner son *aval*. Auguste Laurin, Cours élémentaire de Dr. Comer p. 43.

наравно, да се појави у разним приликама; тако, *трасани* може понудити авала како би лакше нашао ремитента за меницу коју издаје, а *преносач* опет може понудити авала у случају кад би хтео да пренесе меницу, а индосатар не би се задовољио његовим потписом и потписом осталих обавезника дотичне менице. У другој тачци § 90. тргов. зак., каже се да „јемац за издаватеља и преноситеља одговара заједнички само с оним, за кога је јамчио“, па би се као могло извести да закон и не предвиђа случај јамца за акцептантана, али нам практика показује да има *авала и за акцептанта*, и овај се појављује увек кад год је акцептант непознат ремитенту или овај нема поверења у њему⁴⁾.

2. Ко може дати *авал*. Знамо већ да је *авал* једно менично изјашњење, а знамо и то, која су то лица што по §§ 76.—78. могу чинити пуноважна менична изјашњења. Према томе и *авал* могу дати само она лица, која имају пасивну меничну способност. Решење овог питања, као што се види, лако је; и заиста једина тешкоћа, која се односно тога појављује јесте случај кад жена даде *авал* по меници, коју је њен муж издао или пренео⁵⁾.

⁴⁾ Наравно оваки су случаји ретки, али су ишак могући. Види: Bravard sur Demangeat, Traité de Dr. Com. p. 309 Он цитира старијег писца Pothier, Traité du contrat de change № 122. Raban von Canstein, у делу Das Wechselrecht Oesterreichs, S. 314 каже Der *Aval* im weiteren Sinne. Darunter versteht man ein Doppeltes: die Mitunterzeichnung einer Wechselverpflichtung als... *Mitaceptant*. Још јасније он ово тврди у ноти 33 (стр. 315.) Die *Mitunterzeichnung* kann auf verschiedene Art erfolgen. Entweder derart, das eine gemeinsame Erklärung im Plural (z. B. wir acceptire) oder dass eine einzelne Erklärung im Singular (z. B. ich acceptire) von mehreren derart unterschrieben wird, dass die Unterschriften nach der Stelle wo sie angebracht sind, als zu dieser Erklärung gehörig angesehen werden müssen...

⁵⁾ Што се тиче жена, то се оне, односно меничне способности, по позитивном европском праву могу делити у три скупа: у први скуп спадају *трговкиње*, оне су свагда мјенбено способне; у други скуп рачунају се *пунолетне* али *неудате жене*, осим у Француској, оне су по правилу мјенбено способне; у трећи напокон скуп броје се жене удате; у Францу-

Према § 78. тргов. законика жене удате без допуштења свога мужа не могу предузимати меничне обавезе, спрам чега за пуноважну обавезу њену потребно је да она, ако, наравно, није трговкиња, има или нарочито писмено овлашћење, или да је и сам муж један од обавезника дотичне менице. Да узмемо случај да овлашћење не проистиче из нарочитог акта, а опет ништа не показује да и муж има удела у тој обавези. Шта из тога треба закључити; да ли ту има обавезе за жену или се она може позвати на опште право и огласити за ништаву своју обавезу, па ће платити меници? Нема спора да одрицање дате обавезе ништи кредит, а и противно је правичности, јер најзад, ваљало је размислити о последицама обавезе пре него што је предузета, а не сад кад је она доспела до свог испуњења; а после, многи су постали саучесници дотичне обавезе само зато што су имали њену гарантију, а кад им се ова одрече, они остају преварени. Ваља ту, dakle, прибјећи принципима правним те на основу њих решити питање. Еле, у овом случају, истина нема писменог овлашћења, али зар саучешће мужевље у овој обавези прећутно не излази из тога што је обавеза његове жене учињена у његовом интересу и зар се афоризам *is fecit cui prodest* не може овде истински применити. У осталом, ако се баш загледа и у § 3. трговачког законика, у коме је постављено начело одобравања мужевљег о томе, да жена може водити трговину, види се да и ту није наређено да се то „саизвољење“ даје баш у нарочитој форми: следствено, просто ћутање мужевље равна се писменом овлашћењу⁶⁾.

екој оне нису менично способне, у осталих држава могу се оне мјенбено-правно обавезати или приволом мужа (н.пр. у Прусији, Белгији, Русији и т.д.) или без те приволе; према томе да ли по односних законих могу управљати својим иметком неодвиено од воље свога мужа. *Vrbanic* стр. 77.

⁶⁾ Тако решава ово питање франц. писац *Auguste Laurin* Види његов *Cours élémentaire de Droit commercial* p. 454. и 455. *Or, pourquoi n'appliqueraiton pas à un acte de commerce determiné ce que l'article 4 dit de l'exercice de la profession co-*

Покрај ове погодбе по којој лице, што хоће да узме на себе обавезу нарочитог јамства, треба да има потпуну пасивну меничну способност, има и друга једна погодба, која, у осталом, проистиче из самог карактера овог менично-правног изјашњења. Авалу је, као што знамо, прави смер да створи нову гаранцију за испуњење меничне исплате, и с тога у овој јамству не може ступити ни једно од оних лица, која су раније по тој меници обавезана или као издавалац или преносилац или акцептант. Јер, шта би се допринело сигурности меничне исплате тиме, што би једно лице двапут јамствовало за једну исту исплату. Авал управо и долази зато, што су се ранији потписи показали као несигурни, па с тога нову гаранцију треба тражити у новим обавезницима.

Ето, из тих само разлога законодавац је у § 118 тргов. законика и поставио наређење, по коме се „јамство ово даје од трећег лица.“⁷⁾

Према овоме несумњиво је да издавалац, преносилац и акцептант не могу датиaval по истој меници.⁷⁾

Међу тим није редак случај да се означени трасат не прими улоге, која му је намењена по извесној меници, или, другим речма, одбије акцепт поднете му меници. У овом случају настаје питање, може ли тај трасат ступити у дотичну меницу као *aval*. Како не! Између акцепта и авала има значајне ра-

immerciale en general? Али други старији писац као *Bavard* *sir Demangeat* и *Bédarride* налазе да *aval* не овлашћене жене нема вредности чак ни онда, кад она има свог оделитог имања, ако је наравно потпис опозван онако како то прописује опште право.

По аустријском и немачком меничном праву жене су у опште способне за менично-правно обавезивање, ако имају 24 године живота, јер је ту постављено опште начело по коме је „*wechsselfähig ist jeder, welche sir durch Verträge verpflichten kann*“

⁷⁾ *Donec, la loi par la qualification de tiers, designe tous ceux qui n'ont encore contracté aucune obligation à l'endroit du titre qu'ils prétendent garantir. Elle exclut donc la faculté de signer un aval le tireur, l'accepteur et les endosseurs Bédarride. De la lettre de change, № 351. t. I*

злике и по величини примљене обавезе и по правима, која дотичним лицима припадају ако исплате меницу. Јер, кад трасат прими меницу, онда се, по § 87 трг. зак. самим тим претпоставља да је примио покриће или суму, која је потребна за исплату менице. Законска пресумција стоји, дакле, против њега и он мора платити меницу под утицјима веома бледе наде, да ће му издавалац или који од преносача наknадити овај издатак. Са свим је други случај код авала. Ту лице, које ступа у обавезу, даје јемство, које као таково не даје пресумцију о провизији; а настане ли случај да он мора исплату извршити, онда он, покрај оних права, које му обилато даје право имаоца менице, може да се користи и са *bene dicendum cedendarum actioni* из § 833. грађанског законика.

Јасно је, дакле, да *tracass*, који није хтео акцептирати меницу, може по њој дати *aval*.⁸⁾

Исто тако налазимо код „посредовања пријему“ законско наређење, по коме се тражи да посредник буде „ко други,“ дакле ни једно од оних лица, које је дотле ступило у исту меничну обавезу под видом каквог другог меничног изјашњења. Али ипак и ту се признаје да трасат, који је одбио пријем менице по наредби, може ову акцептирати за част издаваоца или кога од преноситеља.⁹⁾ Шта више опште је мишљење, да би и сам *ималац менице* могао примити меницу за част кога од његових претходника. Разлоги, који се наводе у корист оваког ми-

⁸⁾ Ainsi l'aval ne peut être donné ni par le tireur ni par un endosseur ni par l'accepteur; au contraire, il pourrait très-bien être donné par la personne indiquée sur la lettre de change comme tiré ou comme recommandataire, tant que cette personne n'a pas accepté, Bravard sur Demangeat, Traité, p 311, note 1. Исто тако Bédarride, „Ils peuvent donc, s'ils la refusent, donner un aval de garantie à la lettre de change ou au billet qu'ils ne veulent pas accepter.“ op. cit. t. I. 352 — Auguste Laurin, Cours élémentaire de Dr. Com. № 762 a.

⁹⁾ Ils pourraient accepter par intervention, on ne saurait les empêcher de réaliser cette même intervention en donnant leur aval Bédarride, op. cit. t. I № 352

шљења, заснивају се на томе, што ималац може своје право употребити како хоће, и, кад он жели кога од својих пријатеља сачувати од непријатности да његова меница буде протестована због непријема, онда он то може учинити сам, нарочито што његово право тим актом не постаје ни мало сумњиво, јер он као платац за част има, према § 135. трг. зак. права на накнаду наспрам свију оних лица, која су с обавезом претходила његовом хонорату, а према § 98. истог законика он, као »притежатељ,« задржава сва права против издаватеља и преноситеља.

Код авала се, напротив, не могу ови разлози применити, пошто ималац менице не може бити *aval*. Јер, акцепт се не даје само у погледу на исплату; он увек има акутну и корисну сврху, услед чега се и може разумети то да ималац менице интервенира у случају одбијања пријема. Авал, напротив, ништа не може да спречава, ништа да му претходи, па ни сам протест због непријема. Он се даје једино ради осигурања меничне исплате о року. Према томе од две ствари само једна може бити: или ће ималац задржати код себе менично писмено, или ће хтети да га пренесе. У првом случајуaval је непотребан, јер ваља да неће хтети да јамствује за меницу, по којој је сам сопственик и по којој не мора тражити исплату. А у другом случајуaval је још непотребнији јер, потписујући се на меници као преносник, он постаје солидарни јамац. И онда, шта би тој обавези припомогаоaval; зар би је он повећао?¹⁰⁾

3. *Форма у којој се aval даје.* Једна од првих погодаба, које се за форму авала траже, без сумње је *писменост*,¹¹⁾ која у меничном праву чини општу по-

¹⁰⁾ J. Bédarride, De la lettre, t. I No. 352 in fine. — Demangeat. Traité, p 31 nota 1.

¹¹⁾ Die Schriftlichkeit im Wechselrecht entspricht gewissermassen dem Eintragungs — und Vertrauens — Prinzip im Grundbuchsrecht. Vgl. Strohal Eigth. an Immob. S. 1 ff — Brunner (End. Handb. II S. 168 ff) nennt mit Rücksicht darauf, dass die Schrift ähnlich wie der Eintrag in den öffentlichen Grundbüchern »unbedingt massgebend« ist, die Inhaber — und Ordrepapiere und damit auch die Wechsel: »Papiere öffentlichen Glaubens« Пореди von Canstein, Lehrbuch des Wechselrechts, s. 82 у ноти 15.

годбу како за саму меницу тако и за све остале уговоре који уз њу иду, као што су акцепт, пренос и т. д.¹²⁾ У осталом ова је погодба предвиђена самим законом, јер се у § 118. трг. законика изречено каже: „јамство ово даје се од трећег лица, које се као јемац потпише или на самој меници или изда особито за то писмено.“

Ну покрај тога што је овим законским наређењем утврђено начело писмености, њим је још усвојено два вида авала: *на самој меници и на одвојеном писмену.*

Знајући да је смештавајући авал да меничном писмену да нову снагу и да му повећа кредит, нама се са свим оправдано намеће питање: па зар авал, стављен на саму меницу, није већ сам по себи знак неке несигурности, некаквог крлеже, који изазива сумњу и на тај начин шкоди промету дотичног мен. писмена? Најзад ако баш много и не шкоди у дотичном случају, пошто је ту дошао авал, он онима, за које је авал дат, много шкоди за њихове будуће менице или оне што су већ пуштене у циркулацију.¹³⁾ Да бисмо одговорили на ово умесно питање ваља нам се обратити изворнику меничног законика, француској *Ордонанси* од 1673. год. У тој ордонанси, дакле, налазимо да је њеним чл. 33. био допуштен авал само на меничном писмену, а никако и на одвојеном акту. Али убрзо се увидело да такав авал више шкоди него што помаже, и тако је практика трговачка врло брзо утврдила авал на одвојеном писмену.¹⁴⁾

¹²⁾ Ch. Demangeat, op. cit p 312, вели да може бити и усменог јамствовања за меницу, само што таква обавеза не би била *aval*, али би имала вредности као обично јамство.

¹³⁾ Savary, такође један од најстаријих писаца, покрај ових разлога вели: „али је примећено да су авал и меницу обично стављали они, који нису имали имена, те је то био мамац за лакше пренашање меница.“ Видети Emile Olivier, *Revue pratique*, t. V. p. 226 и Demangeat sur Bravard, op. cit. p. 314.

¹⁴⁾ Nous en avons le témoignage de Pothier; вели Bédarride, докторант да је неготијант трес експериментирао да се авал у овој форми волује па људи ће је било више у складу са јамством.

Имајући на уму ову практику, комисија, којој је била поверила израда француског трговачког законика, избацила је авал на меници и усвојила авал на одвојеном писмену. Али се ужасни протести подигше против такве редакције. Многи судови и правници¹⁵⁾ тражаху да просто остане онако како је било у ордонанси, док судови у Rouen, Bruxelles, Angers и Gand предложише да се узме и оно што је предложила комисија и оно што наређује ордонанса. Ово друго мишљење је претегло и тако је постао чл. 142. франц. тргов. законика,¹⁶⁾ који од речи до речи гласи онако исто као и наш § 118.

Карактеристика свију меничних изјашњења јесте нарочита форма у којој се свако од ових изјашњења даје. Међу тим закон, допуштајући да се авал може дати на поменута два начина, није у исто време прописао строгу форму ни за једну врсту авала.

Ну, према ономе, што је у § 116. трг. законика казано, да „сви они, који су меницу потписали,“ одговарају један за другога ономе у чијим се рукама

usage, et qu'il se faisaient par un billet séparé Пореди De la lettre de change, № 356 t. I

Исто то Dalloz (види његов Répertoire № 503) тврди овим речма: „Употреба авала на одвојеном акту уобичајена је на много места и у време редакције Code de Commerce била је општа; нарочито на пијаци париској, готово су сви авали давани на одвојеном писмену тако, да се није ни мислило сматрати такве обавезе као просте.“ Ch. Demangeat Traité, p 314 not. 2.

¹⁵⁾ У седници државног савета од 29. јануара 1807. T. Bigot-Prréamenc приметио је да су судови протестовали против пројекта. Услед тога г. Begouen предложи ову редакцију „la lettre elle-même ou par acte séparé,“ што је и усвојено. (Locré Legislation de la France t. XVIII p. 65 и 66). — Доцније у Трибуналу секција законодавна предложила је да се из комисијског пројекта избрише: „l'aval par acte séparé“ наводећи ове разлоге: „Установа авала на одвојеном акту штетна је, јер све што доприноси гарантији меничне обавезе, треба да буде познато, нарочито што закон јестављава солидарност и за авала.“ Секција је пропала с овим предлогом, а остала редакција комисијска. (Locré, op. cit t. XVIII, p 126, 135 и 138).

¹⁶⁾ Он гласи: Cette garantie est fournie, par un tiers, sur la lettre même, ou par acte séparé. Le donneur d'aval est tenu solidairement, et par les mêmes voies que les tireur et endosseurs, sauf les conventions différentes des partie.

меница налази, утврђено је, да се авал, стављен на менично писмено, може изразити на какав се год хоће начин. Свака форма, ма колико да је кратка, важи, па и прост потпис довољан је за правоважност овог изјашњења. Јер, одиста, каква је намера могла руководити онога, који је, иначе непознат, ставио свој потпис на меницу? Акцептант није, јер се из меничног писмена види да је оно на другог упућено, а није ни издавалац, јер тога већ има, пошто се издавалац потписује у моменту кад меницу издаје, пре свакога другог. Није ни пренос, јер по § 110. трг. зак. бланко пренос може бити само на полеђини менице.

Ако, дакле, потписник нарочито означи да он потписује „као авал“ (*per aval*) „као јамац“ или то означи каквим равнозначећим изразом, онда је ствар сама по себи јасна, али ако он уз свој потпис ништа не каже, онда се *из самог места*, где је потпис стављен,¹⁷ па било то уз или изнад или испод потписа онога за кога се даје јамство,¹⁸ лако може закључити јамствује ли он за акцептанта или издаваоца; а ако је потпис тако неспретно стављен, да се по њему не може закључак извести, онда је његова кривица што није тачно изразио своју намеру, и зато, у сумњи, вала претпоставити да је авал дат за акцептанта.

¹⁷ Da hiebei in der Regel nicht besonders ausgedrückt wird, für welchen Wechselverbündeten der Avalist mit unterzeichnete, so ist die örtliche Stellung seiner Unterschrift auf dem Wechselfpapier von Belang. Пореди Dr. Oskar von Wächter, Encyclopädie des Wechselrechts. s. 107. § 2.

¹⁸ Die einfachste Form der Mitunterschrift darstellt, sei es nun, dass sie neben, unter, über die erste Unterschrift gesetzt ist. Пореди Dr. Theodor Theumann, Das Österreichische Wechselrecht, t. 215 note 1. — Von Canstein, Lehrbuch, s. 315 note 33.

On appelle *aval* le cautionnement que subit une personne, soit pour le tireur, en mettant sa signature au bas de la lettre de change, soit pour un endosseur, en la mettant au bas de l'endossement; soit pour l'accepteur, en la mettant au bas de l'acceptation. Пореди Pothier, (Contrat de change) y Demangeat op. cit. p 312 note (4).

Исто тако Bédarride, op. cit. t. I № 362.

Није ли овај још потписан, онда је ствар још лакша, јер је тада несумњиво да је авал дат за трасанта.¹⁹

Овде нам вала још напоменути да о „авалу“ и „авалисти“ може бити речи само онда, ако на меници има најмање два потписа, и ако оба нису потписата као јамци, дакле ако је један од њих представник дотичног изјашњења. Тај потпис, наравно, не сме бити какав несигуран знак, штамбиль или тако што. Међу тим са свим је свеједно је ли потпис лажан (подметнут) или је потписник менично неспособан, као што на важност авала ништа не утиче ни то, је ли тај први потпис, коме авал припада, од кога непозваног или случајно прецртан.²⁰

Ми смо до сад непрестано замишљали авал стављен на *recto* једне менице, али *quid*, ако се потпис стави на *verso*?

Како је у нашем меничном праву признат бланко пренос, и како је његова форма задовољена, ако се на леђа менице стави само потпис преносиоца, то је са свим равнодушно како ће се дотични потпис узети, и с тога није редак случај да се под преносом авал прикрипа.²¹ Међу тим, и ако се чини да је, према овоме, са свим све једно хоће ли авал, стављен на полеђину менице, бити нарочито означен речима „*per aval*,“ „*јамац*“ и т. д., ипак није тако. Јер авал

¹⁹ Von Canstein, Lehrbuch, s. 320, note 48. — Auguste Laurin, „la simple signature serait même suffisante,“ o. cit. № 764. — Bédarride, De la Lettre, „La doute et l'ambiguité que laisserait la rédaction s'interpréterait contre lui.“ t. I № 359.

²⁰ Види von Canstein, Lehrbuch s 316., који се позива на Dernburg 763, Rehbein 123 № 2 Lehmann 476 № 4 O. H. G. 15 s. 346. — Goldschmidt, Grundriss s. 213.

Vrbanić, Mj. Zak, стр. 452 вели: „да ће авалист бити обвезан и онда ако први потписатељ буде особа мјенбено неспособна, или ако његов потпис буде лажан или кривотворен.“ — Wächter, Encycl, s. 109 (6) Der *Aval* des *Acceptes* gilt, auch wenn letztres gefälscht wäre

²¹ То бива нарочито код меница које се код кредитних завода и штедионица есконтирају. Операција се врши на овај начин: Извесном је лицу потребно новаца, али ако му његови добри пријатељи не могу одмах сами да изброје потребну суму, могу му дати своје јамство, на основу кога ће он лако дићи зајам из каквог новчаног завода. Ну заводи траже меницу са

сам за себе никад не може постојати; он је увек само пратилац неког другог меничног изјашњења и, према томе, ако би се нашао какав бланко потпис на полећини менице, која није „по наредби“ и на којој нема никаквих преноса, онда, и ако је он можда дат у намери нарочитог јамства, карактер таког потписа не би се могао одредити. Јасније речено тај потпис није *жиро*, јер први пренос мора проистицати од ремитента; он није ни акцепт (или његовaval), јер се овај ставља само на предњу страну менице, а не може се сматрати ни каоaval за трасанта, пошто му оскудева сваки месни однос с њим.²²

Наш законодавац ништа није одредио ни за случај, ако менични јамац није ничим дао познати, за кога важи његово јамство. Угарски закон, на-против, расправљајући питање о меничном јамству на особити начин,²³ има у чл. 67. оваку одредбу: „Менично јамство, које оснива солидарну меничну обвезу односно плаћања, важи и онда, ако онај, за кога је јамство дато, нема пасивне меничне способности. Ако није јасно назначено за кога је јамство дато, то се сматра, да је јамство дато за акциетанта, а ако меница још није акциетована, онда за издаваоца.“

свим њеним формалностима; с тога ако би се дотични потписао на меницу као издавалац, па покрај себе поређао потписе својих пријатеља као авале, форма менична не би била задовољена и завод би таку меницу одбио. Шта да се ради? Ништа друго него онај, коме треба новаца, да се потпише као главни дужник (акцептант), а од пријатеља један да прими на себе улогу издаваоца, трећи ремитента а у исто време и жиранга, који изјављује да меницу пренаша на новчани завод. На тај начин они, прикривајући своје јамство под видом трасанта или жиранга, задовољавају форму и њом постизавају смер.

²² Wächter, Encycl., § 2 s. 180. — Von Canstein, Lehrbuch s. 521. Das allein Indossament eines Dritten, der nicht als Wechsel-eigentümer legitimirt und als soleher zur Indossirung berufen ist; durch ein solches Indossament würde auch eine Lücke in der Indossantenreihe entstehen.

²³ Urbanić, op. cit. Naš zakon, polazeći kako se čini sa istoga stanovišta, ne spominje nigdje podpisa „per aval“, ali mjesto toga govori na po se o mjenbenom poručanstvu, teže u tom pogledu razlikuje od mnogih drugih mjenbenih zakona

Овако мишљење постоји и у литератури меничног права других земаља.²⁴

Ако јеaval дат *на одвојеном писмену*, онда се за важност тога писмена не изискује ништа више него оно, што се и по општем праву тражи за писмену обавезу. У њој, дакле, треба да се означи каква се обавеза предузима, за кога од менично обавезаних, за колику суму и по којој меници. Ван спора је да тако писмено, ако није од гласти потврђено, треба да је и написано и потписано од самог авалисте, а да ли ће се њему у овом последњем случају дати облик обичног писма или какав други, то је са свим равнодушна ствар.

Као што се види, та је форма са свим обична, а што се такво јамствовање назива авал, и што је, као такво, регулисано нарочитим одредбама, то је због тога што сачињава гарантију за меницу. У том реду мисли дошло је се на питање: да ли се авал не може дати за будуће менице? Наравно, ово се питање не би могло породити да је законодавац допустио да авал може бити само на меничном писмену; али кад је већ допуштен авал и на одвојеном писмену, и кад је у опште признато да јамство може постати пре него обавеза, или, другим речима, да се оно може дати за сигурност будуће обавезе, онда зашто се и овде не би применило правило: *fidejussor praecedere obligationem et sequi potest*.²⁵

4 *Дејство авала*. У другој тачци § 118. трговачког законика исказан је облик обвеле авалиста овим речма: „Овај јамац обвеле је заједнички и оним истим начином, кло што су обвезани издавање и преноситељ, ако до тиче стране које нису дружије уговориле.“ Из овога је јасно да закон не чини, односно обавезе, никакву разлику између авала датог на меници и

²⁴ Види Ст. Вељковић, Објашњење тргов. зак., стр. 440.

²⁵ Demangeat, Traité p. 319 наводи и решење касационог суда од 11. јула 1859 год, у коме се изречно признаје, да се авал може дати за менице које нису још повучене. Упореди даље Lyon-Caen et Renault, као и писце које они наводе. Dr. Com. № 1171 — Auguste Laurin, op. cit. № 765. — Bédarride и т. д.

авала на одвојеном писмену. И у једном и у другом случају обавеза је солидарне природе, а трговачка јурисдикција и све остале строгости, које из меница проистичу, важе за потписнике и једног и другог вида авала.

Једина разлика, која би се, изузимајући форму, могла поставити између једне и друге врсте авала, састоји се у томе, што се авалом датим на одвојеном писму може у исто време јамствовати за неколико меница, док авал на меницу стављен важи само за њу и ни за коју више.²⁶⁾

Сем ове разлике неки писци су чинили још једну разлику и називали авал на меничном писмену — *aval in rem*, а онај други *in personam*. Та је разлика заснивана на томе, што је, вели се, први авал дат у опште, јер он иде с меницом и припада свакоме имаоцу њеном, док је други дат лично ономе имаоцу коме је упућен. Ну ма колико да је ова подела²⁷⁾ сама по себи добра, ипак она у питању одговорности авалисте нема вредности, а покрај тога она се ни из закона не може извести. Законодавац је, у намери да учврсти меницу, увео авалисту у коло осталих дужника меничних,²⁸⁾ и нама се не чини да би се ту могла чинити каква разлика, сем ако то у авалу није нарочито предвиђено.²⁹⁾

А, као што гласе последње речи § 118. — *сем ако дошичне стране нису дружије уговориле* — таких нарочитих погодаба може бити. Погодбе те могу се од-

²⁶⁾ Bravard-Demangeat вели да је то узрок што се у Француској код банака чешће појављују авали на одвојеном писмену, оп. cit p. 318.

²⁷⁾ Њу нарочито заступа Bravard-Demangeat оп. cit p. 320 и 321.

²⁸⁾ Види опет § 116., 117. и 118. трг. закона.

²⁹⁾ Bédaride, у наведеном делу, односно овога вели: „ма којим начином да је авал дат, било да је потписат на меници или на одвојеном акту, он се увек идентификује са самим писменом меничним и постаје његови нераздвојена акцесија. Користи, дакле, које из њега проистичу, припадају по пуном праву имаоцу менице све док је он држи у својим рукама. Стр. 550. № 363. т. I.

носити на строгост, коју менични карактер авала налаже како у погледу недељивости обавезе, тако и у погледу исплате меничне обавезе.³⁰⁾ И тако авалиста може нарочито да уговори како он себи задржава *beneficium divisionis* и *beneficium discussionis vel ordinis*,³¹⁾ те на тај начин својој обавези дати карактер обичног јамства.³²⁾

Остаје нам још упитати се: да ли се ова ограничења могу примењивати како код авала на одвојеном писмену, тако и код авала на самој меници? Одредаба § 118. у том погледу не чини савршено никакву разлику, и према томе нема никаква основа постављати разлику онде где то закон не чини. У овом погледу дакле авал на одвојеном писмену и авал на меници потпуно се изједначавају.³³⁾ Само

³⁰⁾ По правилу авалиста, као солидарни јамац, не може тражити ни да се дуг претходно тражи од онога за кога је јамствовао, ни да се дуг равномерно подели. Али он може уговорити, ако се против њега предузму мере о року, да се исплата претходно тражи од издаваоца, индосантна или преносача за кога је дао јамство. Што се тиче права на равномерну поделу дуга, ту, ако овај израз узмемо у његовом правом смислу, може бити о њему речи само у случају ако је више њих дало обавезу за једног обавезника; ту се може врло лако закључити да ће поверилац поделити своју тражбину међу ове различне даваоце авала, као међу обичне јамце.

³¹⁾ Видети § 545. грађ. зак. и решење код њега и § 829 грађ. законика.

³²⁾ Касациони суд у Француској имао је се изразити једном приликом о значају израза које авалисти имају обичај стављати кад авал дају на одвојеном писмену. Тада израз гласи да да они јамствују до рока меничног и у случају неисплате до тога времена. Решењем својим од 10. маја 1858. г. суд је утврдио да такви изрази имају вредности и да се о њима мора водити строг рачун. Упореди Bravard-Demangeat, Traité, p. 316, note 1.

³³⁾ Ова је доктрина често заборављана. У првој редакцији фр. тргов. зак. чл. 119. био је овако стилизован: „Авал се даје на одвојеном писмену; погодбе које су ту изражене одређују му дејство.“ Државни савет у седници од 29. јануара 1807. године усвоји, на предлог г. Begouen, следећу редакцију: „Ово се јамство даје од трећег лица на меници самој или на одвојеном писмену. Давалац авала је солидарно одговоран и оним истим начином као издавалац и преноситељ, сем ако

што се то код авала на самом писмену готово никад не практикује.

Пошто смо довољно утврдили да авал као самостална и слободна обавеза може да буде предмет нарочитих уговора и погодаба, на реду је да ово начело развијемо потпунце и да покажемо у чиму се те погодбе и уговори могу састојати.

Тако:

а) Авал може бити дат само у корист издаваоца, или у корист акцептанта, или у корист једног или више преноситеља.

б) Он се може дати само за један део меничне суме.³⁴⁾ Само у том случају треба нарочито нагласити за коју се суму јамствује.³⁵⁾ Ну ако је, рецимо, акцептант ограничио свој акцепт на један део суме, питање је да ли онда авал, ако хоће, може јамствовати за суму, која би била већа од оне што је акцептована. Хрватски писац г. *Vrbanić* налази да тога може бити,³⁶⁾ док *Wächter* тврди, да се авал не може простирати на суму већу него што је она, за коју је се обавезао онај, за кога је авалист дао своје јамство.³⁷⁾

уговарајуће стране нису друкчије уговориле *кај је авал дат на одвојеном писмену*.³⁸⁾ И тако, могућност да стране модификују законске последице авала била је ограничена само код авала на одвојеном писмену. *Законодавна и унутрашња секција* су предлагале да се укине авал на одвојеном писмену; према томе отпала би и ова могућност нарочитих погодаба у опште. Али тај предлог није примљен. *Locré, Legisl. de la France*, t. XVIII p 66 и 126 у *Bravard-Demangeat*, p. 317 note 1.

³⁴⁾ На предлог државног савета да то не би требало одобрити, одговорено је да је у интересу трговине ставити односно овога потпуну слободу, јер онај који би, можда, пристао на половину обавезе, не би никад хтео јамствовати за целу, и тако не би дао никакав авал. *Bedaride*, op. cit. t. I. № 355

³⁵⁾ В, пр. менична сума износи 500 динара, те ако авал хоће да јамствује само, рецимо, за 300, он мора уз потпис казати: „јамчим за 300 динара“ и т. д.

³⁶⁾ *Vrbanić*, нав. дело, стр. 452, вели: „Nu ona može biti i većom od obveze pravoga podpisatelja, ali ne može nikada proširiti svote, na koju glasi mjenica; samo treba da i ova okolnost bude naročito iztaknuta.“

³⁷⁾ Ово долази од акцесорне природе авала. Н. пр. ко су потпише какав ограничени акцепт с додатком да јамчи за већу

в) Он се може дати само у корист једног извесног индосатара.

г) Он може бити дат под погодбом да се последице овог јамствовања простиру само на његово покретно или непокретно имање, и

д) Да ово јамство нема карактер солидарне обавезе.³⁸⁾

Из овога што смо до сад изнели може се већ закључити у чиму се састоји дејство авала, нуто дејство ипак се најбоље види из права и дужности, које из њега произистичу.

Дужност његова је јасна: он је солидарни обавезник (претпостављамо да авал није дат под ограничењима), и као такав одговоран је за исплату менице, чим она не буде извршена од стране главног дужника. И ту се неће гледати да ли је исплата тражена судским путем од акцептанта и онога за кога је дат авал, јер у томе се управо и састоји карактер меничних обавеза, што код њих не постоји ни *beneficium divisionis* ni *beneficium discussionis*. *Авалист је, дакле, дужан да плати меницу, чим се то од њега затражи.*

Извршивши тако своју обавезу, авалиста је дошао у један положај, који му даје извесна права. И заиста кај авалиста меницу плаћа, он тада чини само оно, што је требао учинити онај за кога је јамствовао он, је дакле, заузeo његов положај и ступио у одношаје, који тај положај доноси. Од тих одношаја он је већ прекинуо оне, који су налагали одговорност према *последницима* његовог супотписника, јер је меницу исплатио. Остали су само одношаји, који су његовом супотписнику давали право накнаде наспрам

суму (н. пр. целу меничну суму) јамствује само за онолико колико акцепт гласи, *Wächter*, *Encycl.* s. 109, note 8.

³⁸⁾ Види *Bedaride*, t. I № 35. и 368. *Bravard-Demangeat*, *Traité*. „Du reste cette dérogation aux principes est mitigée par un tempérament, qui en atténue la portée: c'est la faculté, pour doneur d'aval, de stipuler qu'il ne sera pas soumis à toutes les conséquences de la lettre de change, notamment à la contrainte par corps. Види стр. 315.

и решодника. И сад, шта њему смета да се тим правом користи у пуној мери? Савршено ништа.

Речју, авалиста је солидарни обавезник онога за кога је дао јамство, а исплативши менишу за њега, он ступа у сва права, која је овај по дотичној меници имао.

Обим тих права, са свим природно, одговара обиму дотичне обавезе, и према томе авалиста ће се сматрати као издавалац, као преносилац или пријемник, како је кад дао своје јамство за једног или другог од њих³⁹⁾.

Према томе, ако је авалиста јамствовао за *трасанта*, дужност му је не само да се постара за исплату, него и за акцепт менице; а, ако је протест одоцњен, ослободиће се тек кад докаже пресумцију из § 87. трг. зак. И обратно, авалиста стиче против акцептанта сва права која по меници има трасант, као што ће и акцептант имати право рекурса против авалисте, ако се нађе у положају који предвиђа последња тачка поменутог § 87.

Ако авалиста јамствује за акцептанта његова је обавеза плаћања апсолутна. Једина одбрана, којом би се могао користити, била би застарелост из § 167. трг. зак. Природно је да се и авалиста за акцептанта може користити против издаваоца оним правом, које § 87. даје акцептанту, у случају ако је плаћање учињено без покрића.

Најзад, ако је авал дат за индосанта, авалиста постаје и сам прави преносач, изложен свима неповољностима и овлашћен свима оним правима, која му овај положај даје.

Ну овде постоји једно питање, које је било предмет спора. На име: да ли се и авалиста ослобођава исплате ако протест није на време подигнут или накнада није тражена у роковима, који су прописани у § 141. и осталим тргов. законика? Неки, нарочито старији писци француски, заступали су гледиште да за авалисту не важе ове одредбе, јер да

³⁹⁾ Von Canstein, Lehrbuch, s. 321. — Wächter, Encycl. s. 109. — Theumann Öster. W. R. s. 215. и 216. — Auguste Laurin, op. cit № 766. и други.

је законодавац то хтео он би се у том смислу и изразио, нарочито што је већ у ордонанси изречно стојало да се протест мора изискати и нотификација учинити и у погледу на авал. Ну данас је и у немачком и у француском праву утврђено противно мишљење.⁴⁰⁾

Остаје нам још да видимо какав ја правни одношaj у којем се налази авалиста, који је меницу исплатио, наспрам онога, за кога је дао јамство?

Као одговор на ово питање имамо рећи само то да тај однос није менично-правни, већ грађанско-правни, услед чега се он има регулисати према одредби § 833. грађ. законика, у колико то не би било изменено оним узроцима, који су јамствовање изазвали^{41).}

„Правник“, св. 4 и 5. од 1894.

⁴⁰⁾ Gegen den Avalisten muss der Wechselinhaber, wofern er gegen den ursprünglichen Schuldner, für welchen jener mit eingetreten ist, Protest zu erheben hat, solehen gleichfalls erheben. Namentlich ist der Regres gagen den Avalisten des Trasanten oder eines Indosanten und der Anspruch gagen den Avalisten des Acceptanten einer bestimmt domicilirten Traite gleichfalls durch Protest bedingt, Wächter, s. 104 § 3 — Von Canstein, Lehrbuch, § 322 вели да поднашање на исплату и подизање протеста нису потребни само за јемце који одговарају за главног дужника и пријемника за част.

Bedaride у № 370. наводи решење касационог суда, које у том смислу гласи: Le silence du Code ne signifie que ceci, a savoir: qu'il subordonne la position du doneur d'aval à la qualite de la personne qu'il a cautionnée et que, s'il est tenu des mêmes obligations, il doit par une juste reciprocité jouir des mêmes droits. Qu'ainsi, lorsque l'aval a pour objet la garantie de la signature d'un endosseur, le tiers porteur est tenu de remplir envers le doneur les mêmes formalités et d'observer les memes délais qu'envers les endoseurs proprement dits.

⁴¹⁾ Wächter, Encycl. s. 110., § 4. Urbanić, Mj. Zak, стр. 453 и др.

ONUS PROBANDI

код покрића.

— Питање да ли постоји покриће или не, интересује не само ремитента него и трасата и преноситеље, јер од тога зависи хоће ли ремитент бити исплаћен а трасат и преноситељи ослобођени од меничне обвезе. Нарочито трасат, који је акцептирао меницу мора водити рачуна о постојању покрића ако неће да плати меницу својим новцем на основу законског правила, по коме се из пријема изводи да је покриће учињено. Међу тим је закон извршење меничне обвезе толико везао за покриће (тежећи одржанају праведног начела: да се нико не обогати на штету другог), да је трасату дао право да може одрећи његову егзистенцију баш и у случају ако је акцептирао поднесену меницу. За то је вероватно да ће се трасат у подобном случају увек користити овом законском привилегијом, а неминовна последица тога трасатовог поступка биће без сумње: *доказивање о постојању покрића*.

— Па збиља, да се запитамо: како се доказује покриће? или, другим речима, на кога пада *onus probandi*, терет доказивања у таком спору?

— Да би одговорили на ово питање ваља нам разликовати пре свега случајеве у којима се може породити такав спор, и у тој цељи наглашујемо да се може десити:

1. *Између трасанта и трасата.* Издајући меницу трасант је обећао да ће се постарати о њеној исплати

а одбијање плаћања од стране трасата, како вели *Pardessus*¹⁾ очигледан је доказ да издавалац није испунио обећање, јер није своме пуномоћнику поред мандата послao и срества за његово извршење. Па баш ако би меница била и акцептирана, положај трасантов се ништа не мења, и у случају одрицања да покриће постоји на њега пада дужност да докаже, како је за времена послao покриће. Ето у том се смислу наш § 87. трг. зак. изражава. Али по нашем мишљењу са свим је умесна напомена *Auguste Laurin-a*,²⁾ да у спору, између трасанта и трасата, о постојању покрића, ваља разликовати: је ли меница акцептирана или није. Па ако је трасат акцептирао, онда се збиља може претпоставити да је покриће учињено јер је вероватно да трасат иначене би меницу акцептирао; и за то кад он каже да покриће није добио онда треба то и да докаже. Шта више проучавајући овај § нашли смо, да је у противном случају са свим излишан први његов одељак,³⁾ јер он остаје без икаквог практичног значаја. И заиста, претпоставком која је у њему изражена, без сумње се ишло на то да се обрати нарочита пажња трасату коме је поднесена меница на акцепт, какве ће последице на себе примити обвезом коју предузима. И сад, ако је дозвољено трасату да, у интересу бржег мен. промета може поред тако значајне опомене одбити обвезу коју је на себе примио, ако није добио покриће; није требало тако далеко отићи те га ослободити и сваке друге одговорности. Строгост меничне обвезе ваља (ма то било и у најмањој мери), да осети и акцептант који није добио потребно покриће онако исто као што је у свој њеној сили осећа трасант, који је издао меницу а није добио одговарајућу меничну вредност од ремитента. Ето из тих разлога⁴⁾, а нарочито

¹⁾ *Pardessus*, op. cit. № 374.

²⁾ *Auguste Laurin*, *Cours élémentaire de Droit Com.* p. 46.

³⁾ § 87 al. 1. Прими ли се меница онда се сматра да је суза за измирење потребна у рукама пријемника -- У општем немачком меничном законику од Фебруара 1848. г. и нема ове одредбе. A. Renaud Wechselrecht, § 42 s. 144 и № (9)

⁴⁾ Laurin их не наводи.

на основу тога што трасат има против себе *законску претпоставку* мишљења да у таком случају *терет доказивања вала да падне на трасата*¹). Са свим је друга ствар ако трасат меницу не акцептира. Ту се онда имају применити одредбе општег права, те ће у сваком случају дужност доказивања пасти на трасанта; јер — *actori incumbit onus probandi, reus excipiendo fit autor.*

2. *Између трасанта и ремитента.* — Је ли трасат меницу акцептирао или не, то ништа не утиче на решење спора који би се заметнуо између издаваоца и имаоца менице, што се акцептацијом ни уколико не мења положај имаоца менице, па дакле његов се положај и не погоршава. Решење дакле овог питања

¹⁾ Односно дејства акцептације у односима међу трасатом и трасантом законик немачки има у 23 §-у ове одредбе:

„Акцептацијом трасат постаје мен. обвезан и према самом трасанту“. (Wechselseitig.)

„Напротив трасат нема против трасанта никакво право, које би произашло из менице.“ (Kein Wechselrecht).

Ево примедаба које чини односно тога научени коментатор немачког трг. законика W. Влајег (у делу: Die allgemeine deutsche Wechsel-Ordnung erläutert von...)

»Овај принцип, да је акцептант мен. обвезан и према самом трасанту налази се први пут у новим законима меничним, и био у опште критикован. Обично, трасат ће акцептирати само у следећим случајевима; или ако гаје трасант покрио или ако је меница вучена била за рачун некога трећег који је гарантовао исплату, или ако је трасат отворио кредит трасанту. Следствено неманичка што би се противило мишљењу да се акцептант може сматрати обвезан баш и према трасанту. — Ако би ко приметио да акцептант није имао намере да се обвеже и према трасанту, те према томе да му не може бити мен. обвезан, — така примедба не би била озбиљна: јер је то посао законодавчев да одреди домашај акцептације, а после, баш у трговини — акцептација се разуме, обично у томе смислу, што се у практици највећи број меница односе на какав дуг трасатов; трата је издана и акцептована услед неког уговора било да даде повериоцу извесну сигурност меничном обvezom, било да може пре рока реализовати своје примање помоћу есконта. У тој цељи једино се служе тратом, пошто се сопствена меница ретко тражи у трговини. И тако по намери странака акцептовати, то је само у другом облику потписати сопствену меницу. Ако је меница акцептована за рачун кога трећег или на кредит идеја о обвези према трасанту јесте у природи однос, а што се тиче менице која је

нема се обзирати на поједине случајеве; оно вала да буде апсолутно. И заиста на трасанта увек пада дужност доказивања у оваком спору. Међу тим један се случај нарочито издваја од осталих и зато би га многи сматрао, на први поглед, као изузетак од постavljenog правила. Да га промотримо. Ремитент је пропустио да подигнє протест у одређено време и тиме изгубио право на тражење обезбеђења од трасанта. Пред њиме је перспектива да ће му се један дужник извући испод дате обвезе, па за то ће потражити ма какав могући основ, да би могао подићи тужбу против њега. Па шта ће чинити? Позваће се на неправедно обогаћење трасантово услед тога што није снабдео трасата потребним покрићем. Ну, сад настаје питање на кога ће пасти терет доказивања — трасанта или ремитента, — а то и јесте камен спотицања у овом питању. На први мах чини се као са свим природан овакав одговор: ремитент се по-

по наредби трасантовој идеја та лежи у самом изразу; најзад у изузетном случају где има акцепта i p. *in blanco*, где срећва за исплату треба да буду уређена пре рока, вала сvakako признati да акцептант хоће да буде мен. обвезан баш и према самом трасанту но под условом да ће му се дати оно (покриће) чиме ћа да исплати меницу, — апсолутно као трасант који издаје меницу ремитенту очекујући да му се одговарајућа сума исплати. Признati обвезу према трасанту у случају безусловне акцептације, чини се у толико сходније и природније што има једне друге акцептације, акцептације за част трасантову, која вала да покаже резерву односно онога што се тиче односа са трасантом.“

»Ако је трасат акцептирао неокривен (*in blanco*) ипак је мен. обвезан спрам трасанта. Ма да му акцептација не одујима право на покриће, опет за то у начелу не може то право да оствари мен. парницом (*in Wechselprocesse*) јер основа трасантове акције лежи једино у акцептацији, и следствено, на вођење да покриће није учињено, не може се сматрати као срећво за одбрану, (*als negative Litiscontestation*)—«

»Трасант уговора наспрам трасата, — обично мандатом што му шаље, — једну обвезу; али то је једна обична обвеза грађанска а не менична. Такође и теорија о покрићу не налази се у нашем законику. Однос што се порађа у том погледу између трасанта и трасата регулисан је према општим начелима грађanskog права и према уговору, којије основ овом односу“. Наведено дело стр. 67—69.

звао у тужби на неправедно обогаћење трасантово у његову штету, па кад је навео тај факт онда ваља и да га докаже. Али законодавац у §§ 117 3 al. и 146 ставља то доказивање, са свим праведно, у дужност трасанту; јер збила ремитент, као и сви остали имаоци менице, дошли су до меничног писмена тек пошто су положили одговарајућу суму новаца, док је трасанту ваљало да стави само свој потпис, па да се користи сумом, која је у писмену означена. Па како ће се једини трасант, без икаквих жртава користити у прилици ако ремитент не подигне протест у време, то у случају спора на њега ваља и да падне терет доказивања да је покриће учињено: *Ili certant de damno vitando iste de lucro captando.*

— Разматрајући § 87. немогуће нам је обићи његов други одељак у коме се вели: *пријем служи за доказ о томе према преноситељима.* Ова је одредба веома нејасна па зато је морамо што подробније испитати. Пре свега њоме се није хтело рећи, као што се на први мах чини, да пријем служи за доказ односно покрића према преноситељима као заинтересованим личностима, да докажу како није учињено покриће, јер сваки преносилац има по § 140 al. 2 сва она права против издаваоца менице, која су дата ремитенту. Па кад ремитенту није стављено у дужност да доказује како није било покрића, онда што би преносиоцу? Напротив, ова се одредба има разумети тако да пријем служи као готов доказ у корист преноситеља према ремитенту да покриће одиста постоји, и баш за то она и није од практичке вредности, што преносиоци не би имали никакве користи од тога ако би доказали да је покриће постојало. Ево зашто. Буде ли ремитент небрижљив онда је изгубио право да се користи §-ом 140. али као што смо раније напоменули, покушаће да се користи § 146 al. 1. (читај текст!). А може ли се користити и према преносиоцима? Не, јер за њих не важи § 85 него само § 88. трг. зак., по коме преноситељи „јемче један за другога да ће меница *приљена* и у одређено време *плаћена* бити!“ Он дакле јемчи само за извршење мен. обвезе а не и за покриће као трасант, па

за то ће небрижљивог ремитента увек одбити, користећи се § 144. по коме такав ималац менице: „губи сва права према преноситељима“. A contrario, ако је ремитент подигао протест због неплаћања мен. суме онда на основу § 140. трг. зак. „може тражити да му је плате посебице или издатељ или *који од преноситеља* или скупа издатељ и сви преноситељи“ и тада ће им узаман бити доказивање да постоји покриће: преноситељи морају платити меницу без поговора, јер су они гарантовали (§ 88) да ће меница бити исплаћена у одређено време. — Преносиоцима је дакле дата једна повластица у случају небрижљивости ремитентове, ма да се они неће њоме користити што им је излишна, док је одузета трасанту који би се у ствари могао њоме користити ако је трасат меницу акцептирао. То је одиста непојамно и то тим више, што се одмах у трећем одељку § 87 изречно вели: „Али примила се меница или непримила то *онеш издашту*, у случају одрицања, припада доказати да су они на које је меница вучена била имали у рукама суму за подмирење њено потребно. Не узможе ли то доказати, мора дати јемство, ма да је протест и после одређеног времена изискат.“ Овака противуречност између другог и трећег одељка овог § фа за цело се ничим не би могла објаснити, док се не би обратили изворнику нашег трговачког законика француском *Code de commerce*. И заиста, ако поредимо наш § 87. са § 117. поменутог кодекса видећемо да је први потпуна копија другога у коме поменути други одељак гласи: *Elle en établit la preuve à l'égard des endosseurs*, но који се са свим као и у нас потире 3-ом ал. истог §-фа: *Soit qu'il y ait ou non acceptation, le tireur seul est tenu de prouver en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre était tirée avaient provision à l'échéance, sinon il est tenu de la garantie, quoique le protêt ait été fait après les délais fixés.* И тек ту налазимо да се ова противуречност може само историјски објаснити: по ордонанси од 1773. чл. 16. преносиоци као и издаваоци менице морали су доказивати да постоји покриће. Овако строга одредба

наишла је на још строжу критику¹⁾. још пре постanka *Code de commerce*; па за то су редактори овог законика побољшали положај преносилаца, наређујући да небрижљиви ремитент губи сва права према њима па баш да је меница и акцептирана, онако исто као што наређује наш § 144 у свези са § 139 трг. зак. У тој цели додали су трећој алинеји реч „seul“, да би се видело како дужност доказивања пада само на трасанта. Ну, идући тим путем ваљало им је још избрисати и други одељак, али, како вели *Riviére*²⁾, они то — *зaborавши*³⁾.

На основу овог објашњења слободни смо рећи да ову одредбу у § 87 нашег трг. зак. ваља сматрати као и да не постоји⁴⁾.

— Пошто смо напред видели да у конкретним случајевима увек мора пасти на некога дужност доказивања да постоји покриће баш и у случајевима где је акцептација већ свршена ствар, на реду је да се запитамо:

Какви су начини и срећства за то доказивање?

— У уређењу нашег трговачког суда, §-у 17 т. 6, меница се сматра као трговачки посао ма између којих лица био закључен менични уговор. Природна последица такве одредбе без сумње је да прода се у споровима, који из меничних уговора проистичу, имају употребити сви они докази, који су поменути у глави V. „о доказним срећствима у трговачким делима“. Али у сва времена вазда се упућивало на књиге и писма парничних странака као на најзгодније и најсигурније доказно срећство. И збилье ни издавање менице па ни пошиљање покрића не може бити извршено а да за собом не оставе ма камо који трговац, хтео не хтео, мора држати квог трага. Сваки трговац, хтео не хтео, мора држати

¹⁾ Pothier, *Contrat de change*, № 158.

²⁾ Riviére *Répétitions*, titre VIII. p. 253

³⁾ Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit com.* t. I., p. 614. — Auguste Laurin, op. cit. p. 427 и 429. — A. Boistel, op. cit. p. 570 и 571. — Louis Nouguier, op. cit. p. 282 283

⁴⁾ Т. ј. други одељак §-а 87, а не и трећи, па зато је оно решење нашег касац суда изнесено у Праву год. I. бр. 12 потпуно на закону основано.

свој дневник, у који дан по дан, месец по месец уписује све што купи, све што прода, што год наплати и исплати, а § 8 трг. зак. вели и „на кога је меницу вукао, ову примио, на другог пренео и у опште што је год ма по каквом основу примао или издао“. Па зар код оваке одредбе законске може трговац послати покриће пре него га буде увео у одређену књигу? Сем тога, брижљиви трговац води и „књигу касе“ у коју записује све што у њу уђе и из ње изиђе, па ће се ту зацело наћи трага послатом покрићу у готовом новцу; врло често он има и нарочиту књигу, у коју бележи све што се из трговине изнесе, и ту ће се без по муке наћи трага покрићу ако је послато у роби. С друге стране свака пошиљка мора бити уведена у трасатове књиге као унос, те је на тај начин сравњивањем књига обеју странака врло лако доказати је ли покриће учињено или не. Али то је кад се деси спор између трговца; међу тим сваки се час дешавају случајеви, у којима нема ни књига ни писама. На пример, шта ће бити ако се пред судију изнесе на решење спор између трговца и нетрговца, или баш између два нетрговца? Да ли ће се у првом случају поклонити вера писмима и књигама трговачке парничне стране? Да ли ће се у другом случају моћи да прибегне доказивању сведоцима?

— Прелазећи преко првог питања као већ решене ствари у трговачком праву, ми само упућујемо на неколико важнијих писаца⁵⁾, који су ову ствар темељније претресали не хотећи да се сами упустимо у говор о доказној сили трговачких књига, што би нас то одвело на са свим другу материју. Напоменућемо само да у горе постављеном питању ваља разликовати ко нуди доказивање књигама: трговац

¹⁾ A. Boistel, *Précis de Droit com.* стр 88—98. — Auguste Laurin, *Cours élémentaire de Droit com.* стр. 567—573 — Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit com.* стр. 108—111. — H. F. Riviére. *Ré-éditions érites sur le Code de commerce*, стр. 45—49

или нетговац. Па у првој хипотези књиге не могу имати доказну силу, што је са свим појмљиво, јер их противна страна није могла контролисати, те ако би се противно дозволило онда би значило оставити трговцу могућност да сам себи по воли ствара доказе.¹⁾ Са свим је друга ствар ако нетговац потражи да се изнесу књиге противне стране; књига је тада доказ против трговца и она представља у неку руку признање од његове стране²⁾.

— Друго питање о доказивању сведоцима још је контроверзно у науци. Спор је око тога је ли обвеза односно пошиљања покрића трговачког карактера или не. M. Nouguier не признаје тај карактер покрићу, па према томе и одбија свдоцбу сведока у споровима оваке врсте. Међу тим исти писац не износи никакве основе и разлоге, којима би поткрепио своје мишљење: а то је сувише јасан знак како је о овоме питању тешко говорити и претресати га. Па ипак, неки основи дају нам повода да приступимо са свим супротноме мишљењу. На првом месту у нас је у опште дозвољено доказивање сведоцима поводом сваког спора око трговачке обвезе. Али зар је пошиљање покрића одиста *обвеза*, те да би се овако доказно средство могло употребити? Без сумње јесте. Или, зар се што друго и може замислiti у томе факту што неко има код себе покриће, него то да има да изврши извесну *обвезу*, да плати један дуг и даље, зар се пошиљањем покрића трасант *не ослобађа једне обвезе?* Сем тога та је обвеза трговачке природе и за самог нетговца, јер је меница трговачки посао ма између којих лица“, а „све што се као акцесија везује за меницу, вели Bedar ride,³⁾ произлази

¹⁾ Auguste Laurin, Cours élémentaire № 933 и 934.

²⁾ Исти.

³⁾ J. Bedar ide de la lettre de change стр. 233. — Ch. Demangeat Traité de la lettre de change (1865) вели: »Акцептацијом трасат не постаје само лични дужник, он постаје трговачки дужник. Заиста, акцептација као и све обвезе које се образују меницом, сматра као трговачка обвеза.«

из саме њене природе, те се све спаја у једну једину целину. А ко ће још одрећи да трасатова обвеза није акцесија менице?“ Следствено, додаћемо, и обвеза односно пошиљања покрића између трасанта и трасата трговачког је карактера, па за то се у подобном спору могу употребити сва доказна срества из § 75 трг. зак. а међу њима на првом месту сведоцба сведока.

„Банич“ 1887.

СТРАНО ЗАКОНОДАВСТВО у ОБЛАСТИ МЕНИЧНОГ ПРАВА

Још од постанка свога меница је имала међународни карактер. У прво време као средство за извршење уговора о размени, а доцније као заменик новца: ова срећна установа увек је своје корисно дејство најбоље показивала у области међународних тргов. односа. Ту корист нама, данашњем нараштају не треба нарочито доказивати. И заиста, кад узмемо на ум да је меница само једно писмено, које почива на кредиту, које је само по себи једна исписана хартија и ништа више, па ипак за то циркулише у светском саобраћају као метални новац и регулише трговачке операције између лица, која станују у најудаљенијим крајевима света, онда нам се значај менице показује у својј огромности.

Меница је дакле једно згодно средство за вршење трговачких послова, један мотор за њихово ширење, па кад се зна да је механизам трговине свуда један и исти, онда је са свим природно да и оруђе којим се тај механизам покреће, буде на сваком месту једно и исто. Треба, дакле, да између народа постоји унија меничног права, онако исто као што већ постоји унија за друга трговачка оруђа¹⁾.

¹⁾ Осећајући ову потребу у Немачкој, Аустрији, Угарској Швајцарској и Италији израђени су нови и са свим аналоги менични законици. Законски пројекат, који је спреман у Русији 1882. год., на истом основу постоји. Белгијски закон од 1872. године јесте средина између овог новог система и францујског законика. У години 1880. уведен је једнообразни законик у Шведској, Норвегији и Данској.

На овом послу, истина, неки су покушаји већ чињени. И заиста, на међународном конгресу у Анверсу састављен је и формалан пројекат за међународно менично право²⁾. Али тај пројекат до данас није усвојила ни једна држава. С тога и дан дањи између одредба меничних закона поједињих земаља постоји сукоб, који се, истина, не осећа дотле, док је меница издана у намери да се у истој земљи и исплати, али чим се овај однос измени, чим, рецимо наступи случај да се испуњење меничног уговора има извршити у са свим другој држави, а не у оној у којој је уговор закључен, онда наступа питање: *ио коме ће се праву ценити форма и дејство меничног уговора.*

Ово питање наш законодавац регулише у гл. VII. трговачког законика,³⁾ где је поставио одредбе по којима се има поступати кад је реч о меничној способности, о форми поједињих меничних изјашњења учињених изван Србије, и поступцима, који су потребни ради одржања или извршења права, која из ових изјашњења произиђу.

Све ове одредбе засноване су на начелу које базира на тој основи, да сваки менично-правни факат треба да се цени по месту његовог постанка, т. ј. према праву оног места где се дотични менични посао десио или се има десити. Услед тога у међународном меничном саобраћају наступају многоструке компликације, које произиђу услед неједнаких одредба меничних законика поједињих земаља.

²⁾ Види *Actes du congrès international de droit commercial d' Anvers.*

³⁾ Нарочитим одредбама ово питање регулишу и ови законици: немачки у чл. 84—86., мађарски и хрватски од 1876 у чл. 95—97., скандинавски у чл. 84—86. — У француском трговачком законику нема нарочитих одредаба о овом питању. За то Lyon-Caen & Renault у своме делу *Précis de Dr. Com.*, на стр. 721. вели: „Pour trancher les questions qui se présentent quand l'un de ses éléments est modifié, par exemple quand la lettre est tirée de l'étranger sur la France, ou vice versa, il y a lieu de recourir aux principes généraux admis en matière de droit international privé“. — Види и Wächter Encycl. s. 102.

На овом месту ми ћемо покушати да расправимо сва важнија питања, која у овај круг улазе.

I. Способност странаца за меничне послове

1. *активна менична способност* или способност за стицање права по меници није одређена трговачким закоником, зато, односно овога, има важности наређење §-а 6. грађанског законика, по коме „и сам иностраниц у пословима са српским житељима или са странцем у Србији, наћи ће правицу по овим законима; осим ако он није посао у туђој земљи закључио, или нарочито за туђе законе везао, или се он законим следствима у туђој земљи надати има.“

2. *Пасивна менична способност* или способност странаца за међусобно обавезивање, одређена је §-ом 168. трговачког законика, по коме се способност странаца за менично обавезивање суди по законима земље у којој странац припада.

Ово се законско наређење оснива на утврђеном правилу, да је способност лица за правне радње израз његовог права грађанства. Једно лице, док је грађанин једне и исте државе, може имати само једну и исту способност, која треба да је с њим ма где се он налазио и ма колико се он бавио у туђој држави.⁴⁾ По нашем закону, dakле, пасивна менична способност не зависи од места становљања извесног лица већ од његовог државно-правног положаја. Према овоме ако би какав земљоделац из Аустрије дошао у Србију и ту се менично обавезао, онда би ова његова обавеза била вредећа при свем том, што се, по нашем меничном законику, сељаци не могу оба-

⁴⁾ У чл. 822. ал. 3. швајцарског закона изречно је казано да се способност Швајцараца, ма где се налазили, цени према одредбама тога закона. Тако исто гласи и чл. 3. ал. 3. франц. *Code civile*. — Le Droit од 8 августа 1880. год. доноси једну пресуду, у којој је била реч о некој жени из Франкфурта, која је потписала менице без овлашћења свога мужа. Суд је одлучио, да, по закону који важи у Франкфурту, жена може пуноважно да се обавеже без овлашћења свог мужа, услед чега и дотичне менице треба да остану у пуној важности.

везивати, јер аустријски грађански закон допушта и сељацима обавезивање по меници⁵⁾). Једини изузетак, који би се овде могао допустити, био би у случају кад би се десило, да ко не буде поданик ни једне државе што би могло бити у случају ако би једно лице изгубило поданство у својој отаџбини а не би га добило у другој земљи⁶⁾.

Ну, од овог општег правила учињен је, у другој тачци § 168. трг. зак. изузетак, по коме *странац, који је предузео меничну обавезу у туђој земљи, мора за исту да одговара и ако је, по законима своје земље неспособан, само ако се сматра за способна по законима оне земље у којој је предузео меничну обавезу*. Према томе један Аустријанац или Мађар или Хрват, ако би закључио меничну обавезу у Србији, у својој 23. години, сматрали би се за пуноважно обавезног при свем том, што, по законима своје земље, није способан за обавезивање, јер се у овим земљама ова способност стиче тек с 24. годином. Тако исто, ако би какав Србин из сељачког реда, прешао, рецимо, у Земун и ту издао меницу, сматрао би се за пуноважно обавезаног при свем том што је § 77. трговачког законика забрањено сељацима у Србији да се по меници обавезују.⁷⁾ Наравно и у оваким случајима мора се водити рачуна о способности дотичних лица по оцштем праву, јер ако сељак, кога смо узели за пример, не би био способан за обавезивање ни по

⁵⁾ Одредби нашег чл. 168. тргов. зак. одговара § 95. угарског и чл. 84. аустријског и немачког меничног законика.

⁶⁾ Vrbanic, Mjenb. Zak., стр. 583.

⁷⁾ Es entscheidet also über die Erfordernise der Form des Wechsels, ebenso des Indossamentes, Acceptes, Avals, das Recht des Ortes an welchem die betr. Wechselärklärungen ausgestellt werden

Die Verpflichtung des Acceptor ist (hinsichtlich der Gültigkeit) nach den Gesetzen des Ortes zu beurtheilen, wo das Accept ertheilt wurde (Borchardt, A. D. W. O. 7. Aufl. Zus. 863)

Die Verpflichtung des Trassanten ist nach den Gesetzen des Ortes, wo der Wechsel ausgestellt ist, nicht des Zahlungsortes zu beurtheilen (Borchardt a. a. O. Zus. 865.) Encycl des Wechsel 3 L s. 98. von Wächter.

аустријском грађ. праву, онда ни његова менична обавеза не би имала вредности⁸⁾.

Строго узев овај изузетак не би се могао одобрити, јер се противи основним правилима међународног приватног права, али из извесних правно-политичких обзира и у интересу трговине и меничног промета, сва новија закононодавства имају одредбе којима је овај изузетак утврђен⁹⁾). На име, као одбрана за овај изузетак наводи се то, што се од грађана ни једне државе не може тражити да знају наређења страних меничних закона, јер, иначе, страници би могли правити злоупотребе и место исплата издавати менице, које доцније не би исплаћивали, позивајући се на своју неспособност¹⁰⁾.

Али овај изнимак од општег начела има места само онда, кад обавеза, коју странац у туђој земљи закључи иде на његову штету, т. ј. кад се он, по закону земље, у којој је обавезу предузео, сматра за менично способног и ако то, по законима своје земље не би био. Неће се dakле, овај изузетак моћи да примени и на случај ако дотични странац по закону

⁸⁾ Vrbanić. Mj. Zak str. 584 — Ruben de Couder, односно овог питања овако говори: „Извесни изузети ипак се морају одобрити. Тако при свем том што је малолетник неспособан, он се сматра за пуноважно обвезаног, ако је он па пример, прећуткивао своју народност и на тај начин проузроковао заблуду па се њоме и користио. Исто тако сматрао би се за пуноважно обвезаног, ако би на ефекту, потписаном у Француској, у корист каквог Француза, себи одредио домицил у Француској и на тај начин дао повода мислити да је он Француз⁴. Видети Dictionnaire t. V. № 14. и 15.

⁹⁾ Видети § 95. угарског и хрватског и чл. 84. аустријског и немачког меничног законика.

¹⁰⁾ Lyon-Caen & Renault у свом *Précis de Dr. Com.*, t. I., стр. 722. наводи пресуду од 16. јануара 1861. год., у којој је реч о једном Мексиканцу од 12 год. (који би се по законима своје земље имао сматрати за способног тек у 25. години), који је потписао менице у Паризу за узети еспан. Ово су главне побуде у тој пресуди: „Пошто Француз не може да зна законе свију земаља и њихове одредбе, које се односе на малолетност, пунолетност и пространост обавеза, које страници могу дати према својој способности за правне радње, довољно је за важност уговора да је Француз радио

државе, којој као поданик припада, буде менично способан, док је по законима наше земље неспособан за предузимање меничних обавеза.¹¹⁾ У том случају његова је обавеза пуноважна.

Према овоме ми се не би могли сложити са схватањем г. Вељковића, који у своме „Објашњењу“ на стр. 537, вели: „Ако би какав немачки сељак дошао у Србију и овде меницу какву издао, то, ма да он по немачком праву има меничну способност, по српском праву не би се могао другачије сматрати нако и српски сељак.“ По нашем нахоењу, све што би се за осуду оваког дужника у Србији могло тражити било би то, да тужилац поднесе доказ како се, по законима немачке државе, сељаци могу обавезивати. Имајући такав доказ суд би своју одлуку изрекао на основу § 168. тргов. законика, коју не би извршна власт ни смела ни могла задржати од извршења. Иначе, какав би смисао имало наређење поменутог параграфа, по коме се способност странаца суди по законима земље којој припадају?

II. Форма меничних послова

Меница је једна врло компликована исправа, јер су у њој спојени веома разноврсни менични послови, од којих је сваки потчињен нарочитим законским правилима. И дотле, док се сви ти послови врше у истој земљи нема никакве забуне, али у међународном трговачком саобраћају није реда克 случај, да се разна менична изјашњења, учињена на једној истој меници,

озбиљно и поштено,“ Види и Др. Ст. Вељковић, Објашњење стр. 536. — Diese Verpflichtung des nach ausländischem Rechte nicht wechselseitigen Ausländer erscheint durch die Verkehrssicherheit geboten. Wenn der Ausländer z. B. auf einem inländischen Messplatz Wechselverbindlichkeiten eingeht und sich damit für wechselseitig ausgibt, so kann er sich nicht beklagen, wenn er dem gemäß und nach Massgabe der Gesetze, unter deren Herrschaft er contrahirt, haftbar erklärt wird. Sehr häufig weiss der andere Contrahent nicht, dass er es mit einem in seinem Domicil nicht wechselseitigen zu thun hat. Dr. Oscar von Wächter, у Eneyel, стр. 97. у ноти.

¹¹⁾ Vrbanić, стр. 584. — Wächter стр. 18.

изврше у разним земљама. Услед тога законодавство је морало поставити начело, по коме ће се расправљати питања која се односе: 1^о на форму меничних изјашњења (менице, акцепта, преноса) и 2^о на форму оних поступака, који су потребни ради одржана или испуњења права, која проистичу из тих изјашњења.

Пре него што би прешли на објашњење ових наређења, напомињемо да, онако исто као што и код обичних грађанско правних послова, тако и код меничних, важи начело: *locus regit actum*, кад год је реч о форми ових послова.

1. Битни захтеви изван Србије издане менице, изван Србије учињеног пријема или преноса сматраје се да важе и у Србији, ако одговарају законима места, где је то учињено. Према томе, ако би једна меница била издата у Француској, па у њој нема речи „меница“, или ако би била издата у Угарској, па у њој не би било означене у чему је вредност примљена, или ако би један акцепт био извршен у Аустрији или Немачкој без речи „примам“, таква би меница и такав би акцепт вредео, ако би се менична обавеза имала и у Србији извршити.¹²⁾

Као што се види из наведених примера овде постоји претпоставка, да су дотична менична изјашњења у свему задовољила захтеве меничног законика, који важи у месту где су постали. И заиста, по

¹²⁾ Die Frage, welchem Rechtsgebiet der Wechsel angehört richtet sich nach dem Ausstellungsorte, so dass ein Wechsel, um gültig zu sein, den Vorschriften des Ausstellungsortes entsprechen muss — Der ausländische Wechsel, welcher dem Gesetze des Auslandes entspricht ist gleich einem inländischen gültigen Wechsel zu behandeln; mithin unterlegen alle weiteren inländischen Operationen mit demselben (z. B. Indossirung) auch der Beurtheilung nach den Gesetzen des Inlandes (Erk. des Ob. Trib. zu Berlin v. 17. Juli 1858 und v. 8. Febr. 1870 Bei Borchardt, A. D. W. O. 7. Aufl. Zus. 868 u. note a) — Par application de la règle générale qui vient d'être posée, une lettre de change doit être considérée comme régulière partout, dès qu'elle est conforme à la loi du pays où elle est créée Ainsi nos tribunaux devront accepter comme lettre de change un titre émis en Allemagne suivant les formes de la loi Allemande, encore qu'il ne mentionne pas la valeur fournie. Lyon-Caen & Renault, Precis, t. I. № 1313.

француском тргов. законику као битни захтев не тражи се реч „меница“,¹³⁾ а по угарском меничном праву није потребно означити *causa debendi*.¹⁴⁾ Али *quid iuris*, ако рецимо, меница издата у страном месту, не одговара тамошњем законику, али у свему одговара одредбама нашег трговачког законника?

Оно што се једанпут показало као ништавно не може доцније да се поправи, услед чега дотична изјашњења не би имала вредности ни у Србији.¹⁵⁾ Према овоме ако би у Француској био дат акцепт без речи „примам“, или ако би у Шпанији био учињен бланко пренос, или ако у Немачкој издата меница не би садржавала клаузулу „меница“, онда ова менична изјашњења не би имала вредности ни у Србији, пошто не вреде у земљама где су учињена.¹⁶⁾

Ну, од овог правила у § 169. учињена су два изузетка:

а) кад се на таку меницу (која не вреди по законима места у коме је постала или одговара захтевима нашег закона) у Србији изврши акцепт или пренос, онда ова менична изјашњења у свему вреде.¹⁷⁾

¹³⁾ В. чл. 110. Code de Com..

¹⁴⁾ В. § 3. угар мен. зак. од 1876. г.

¹⁵⁾ Vrbanic, стр. 585. — Вељковић, стр 538.

¹⁶⁾ Односно битних захтева, који се траже за форму менице, као и пренос, акцепт и авал, решава право оног места на коме је дотично изјашњење дато. Према томе обавеза акцептанта има (односно важности) да се цени по закону места где је акцепт дат (Borchardt A. D. W. O. 7. Aufl. Zus 683), а обавеза трасанта цени се по месту где је меница издата, а не по месту где се она има платити. (Borchardt u Wächter 3. L. s. 98).

¹⁷⁾ Нпр. ако на једној у Француској издатој меници нема т.зв. *distantia loci*, онда ће акцепт, пренос, у Србији учињени имати потпуну вредност, пошто код нас имају вредности месне менице Пореди и Raban von Canstein, стр. 100. So wird z. B. nach Französischem Rechte durch ein Indosament, welches keine Bestätigung über den Empfang der Valuta enthält, keine Eigentumsübertragung bewirkt. Folgen nun auf ein in Frankreich ausgestelltes derartiges Indossament inländische Indossamente so ist die Giltigkeit der letzteren nur nach inländischen Gesetzen zu beurtheilen. Dr. Theodor Theumann. Das Öster. Wechselrecht. s. 222. у ноти.

Овај изузетак постоји на основу тога, што поједина менична изјашњења засебно на меници постоје и што т захтева сигурност промета. А те сигурности, са свим природно, не би било, ако би се менична изјашњења, стављена на сваку меницу, учинила зависним од закона који дотичним интересованим лицима нису познати. Сем тога у интересу је одржања послова, да се при сукобу закона правни посао цени по оном праву по коме је важећи.¹⁸⁾

Кад се боље размотри овај изузетак, онда се види да у самој ствари он није изузетак поменутог начела *locus regit actum*, јер фактички, према другој тачци §-а 169. ово начело остаје неповредимо, пошто је ту реч само о оним изјавама, које су код нас учињене.

б) кад Србин са Србином закључи обавезу или какво менично изјашњење (пријем, пренос, јемство) у страној држави, па оно не одговара закону дотичне државе, али одговара закону наше земље, онда таква меница и тако изјашњење вреди.

Овај изузетак потпуно је оправдан, јер природно долази да Србин, закључујући меничну обавезу са Србином и ако у туђини, инак, умајући на уму, да ће ова обавеза своје дејство произвести у Србији, узме форму менице, каква се прописује нашим законима¹⁹⁾. Али то, што се може одобрити кад Србин са Србином у иностранству закључује меничну обавезу, не може се допустити и онда, кад Србин у туђини с туђином уговара менични посао, јер се не може с основом узети да је Србин, закључујући обавезу с туђином у страној држави, имао у виду законе, који у месту, где дотична обавеза постане, никакве вредности нема.

С питањем о форми поједињих меничних изјашњења у непосредној вези стоји питање о обавези по-

¹⁸⁾ Wächter, Encycl. s. 98. — Vrbanić, strp. 856.

¹⁹⁾ Види Wächter, Encycl. у ноти 10., стр. 99. — Il est, en effet, naturel de présumer, à moins de conventions contraires, que les parties ont eu l'intention de se référer aux lois de leur partie. Ruben de Couder, t. V. № 48

јединих партија, које закључују меничне послове. То питање наш законодавац, као ни остали, није регулисао нарочитим одредбама.

Колико је важно ово питање довољно је да наведемо само један пример. У суседним нам земљама: Хрватској и Угарској са свим друге одредбе постоје односно права која индосатар задобија по меници пренесеној после рока плаћања,²⁰⁾ и, сад ако би извесна меница, на којој је у једној од поменутих земаља стављен индосамент, прешла у Србију, онда би настало врло важно питање: по коме закону да се цени важност дотичног преноса.

Сви писци, који потресају ово питање, слажу се у томе једногласно, да се и овде има применити начело *locus regit actum*, само је спорно да ли се у извесном случају има сматрати за правилно оно место, где је дотични менични посао постао, или место где се он има извршити²¹⁾. Ну, узимајући у обзир оно што смо раније казали односно форме у којој се менична изјашњења дају и ону тесну везу која постоји између битних услова за менична изјашњења и правнога поса, који је у дотичној меничној форми дат, новији аутори меничног права слажу се у томе да се начело *locus regit actum* има тако узети, да се правна важност извесног меничног поса има ценити по закону места где је закључен, а не где се има извршити²²⁾.

²⁰⁾ Zakon naš, вели г. Vrbanić, rješavajući to pitanje, držao je ponajprije za potrebito da mu je jednako postupati sa svakom naledjom, koja bude na mjenici stavljena posle dospjelosti, te da mu nije od potrebe razlikovati među protestiranimi i prejudiciranim mjenicama kao što to čini zakon njemački. — Mj. Zak. strp. 206.

²¹⁾ Ruben de Couder, Dictionnaire de Dr. Com. t V. 292. № 56

²²⁾ „Les obligations des parties sont, en principe, déterminées pour chacune d'elles par la loi du lieu où elle a été contracté.“ Lyon-Caen & Renault. Précis de Dr. Com № 1317. — „Pokraj toga valja nam na um uzeti, da je svaka mjenbena izjava sastavni dio mjenice kao posebnoga imovinskoga objekta, da je ona po sve jednostavna, te da se ima prosuditi samo po svojoj vanjskoj formi, u kojoj se prikazuje. Ne ima, dakle opravdanoga razloga, da se i ujezina pravna krije post prosudjuje po drugom mjestu, a ne po zakonih onoga mjeseta gdje je izjavljena.“ Vrbanić strp. 588.

На основу овог начела могу се поставити ова правила:

А. Обим трасантове обавезе управља се по закону места где је меница издата²³⁾.

Б. Обим обавезе индосанта зависи од места на коме је пренос извршен. Услед тога може настути случај да више лица, обавезаних по истој меници, нису поједнако одговорна услед разноврсности закона под владом којих су закључили менични посао²⁴⁾.

В. Обим обавезе акцептантама или издаваоца сопствене менице, управља се по месту где је акцепт дат²⁵⁾.

2. форма делања ради одржаша и извршења права из меница.

Извршење меничне обавезе, одређивање рока, постојање или непостојање дана почека, начин исплате констатовање неисплате, интереси закашњења (мораторни) није у свим европским и другим државама подједнако регулисено. Та разноврсност у одредбама чини велике тешкоће у међународном меничном саобраћају, али су те тешкоће у међународном меничном саобраћају нарочито осетне онда, кад се деси случај да ималац менице треба да очува своја права наспрам разних обавезника. Он треба да ради у што краћем

²³⁾ L'étendue des obligations résultant d'un acte doit, en général, être fixée par la loi du lieu ou la convention été arrêtée Ruben de Couder t. V., p. 294. Aubru et Rau, t. I. § 31. p. 106. Wächter, s. 100, — Vrbanjć, str. 189.

²⁴⁾ Du même, il faut et il suffit que chaque endossement soit conforme à la loi du pays où il est fait, Lyon-Caen & Renault op. cit. № 1313. — Ruben de Couder, t. V., № 872 — Vrbanjć, str. 589. Wächter, Encycl., s. 100. Die verhältnisse der ausländischen Indossanten unter sich normiren sich in der auch von dem inländischen Wechselverpflichteten anzuerkennenden Weise nach dem für sie geltenden örtlichen Rechte, Erk. de R. O. H. G. v. 9. Febr. 1872. (Archiv. f. d. W. R. Neue Folge. Bd. IV. S 265.

²⁵⁾ Која су дејства акцепта у односима између трасата или имаоца менице? Је ли акцепт опозиван? Претпоставља ли се да је покриће примљено? и друга питања долазе у овај ред. Lyon-Caen & Renault, № 1317. — Vrbanjć, str. 589 — Против Wachter, Encycl., s. 100 — Ruben de Couder, t. V., № 869.: Les effets de l'acceptation sont régis par la loi du lieu où la lettre est payable.

року, а, као што се зна, тај рок није свуда један и исти. Отуда се истиче врло важно питање по коме праву треба поступати?

Наш законик је у § 170. трг. зак. дао оваку одредбу: *форма делања ради одржаша или извршења права из менице на каквом страном месту, опредељава тамо вредећи закон.*

Ова одредба²⁶⁾ нијеовољно јасна, јер се из редакције поменутог закона не може јасно да разуме: да ли се она тиче само спољне форме или је њоме регулисано и то: по коме закону ваља одлучити да ли су извесне формалне радње потребне ради одржаша или извршења права која из менице произистичу?²⁷⁾ Практика аустријских судова протумачила је ово законско наређење на тај начин што је узела да се реч »форма« не односи само на спољни облик, него и на потребу, временост и врсту оних формалних поступака, који се имају предузети на страном месту.

Према овоме могу се поставити следећа правила:

А. Да ли ће се извесни правни поступци предузети ради одржаша дотичног права решава закон оног места где је обавеза предузета. Према томе хоће ли се протест подићи или нотификација учинити зависи од места где нотификант живи²⁸⁾.

²⁶⁾ Она је верни превод немачког § 86. мен., зак., који гласи: Ueber die Form der mit einem Wechsel auf einem ausländischen Platze zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechtes vorzunehmen den Handlungen entscheidet das dort geltende Recht.

²⁷⁾ Ова је заблуда уклопљена у угарском и хрватском меничном закону, јер је ту, у чл. 97., изречно казано: „формалне потребштине чина у иноземству за вршење или обучавање права мјенбених имаду се просудити полаг закона оног мјеста где су ти чини предузети.“ — „Ne može s toga biti dvojbe, da se gornja ustanova proteže samo na vanjsku formu odnosnih čina.“ Vrbanjć str. 590.

²⁸⁾ Потреба протеста и објављивања протеста код једне менице, која је вучена из наше у страну земљу ради тога да један овоземац може тражити накнаду од овлашћег непосредног прегодника, који је до менице дошао на основу посledњег индосамента што је у нашој земљи учињен, има се судити по нашем праву. Јер на основу индосамента постоји уговор из кога је регресно право произшло. Erkl. d. Ob. Trib. zu Berlin vom 9. mai 1857. код Wächter, not. 17. — Raban von Canstein, op. cit. s. 100.

Б. Тако исто и последице неизвршења прописаних поступака ради одржања права из меница има се ценити по закону места где је дотична обавеза учињена²⁹⁾.

В. Форма предузетих поступака, место, време, садржина и форма прогестне исправе има се управљати по законима места на коме је поступак предузет или се има предузети³⁰⁾.

Г. Испуњење обавезе како дужника (обезбеда, плаћање) тако и повериоца (презентација, протест и нотификација) управља се по *месту извршења*. Место извршења за повериоца јесте час место где станује пријемник или издавалац сопствене менице (ако је

²⁹⁾ Решење трговачког суда у Хамбургу од 19 маја 1859. год. упућује да се време у коме се нотификација има учинити управља по закону места где нотификант живи. Wächter note 4, стр. 100. — Theodor Theumann, s. 223., нота 1. — Le porteur peut avoir été empêché par la force majeure de remplir les formalités en temps utile. A-t-il le droit de se prévaloir de cette circonstance à l'égard du tireur et des endosseurs qui lui opposent la déchéance? Cela dépend des législations. Laquelle est compétante? Il semble conforme au principe général posé plus haut (N° 1317) de dire qu'il faut consulter la législation du pays où chaque engagement a été contracté, Lyon-Caen & Renault, op. cit. N° 1320. — Питанje пако, да ли се у обеју нотификација обавити мора или не, ravna se pogledom na pojedinoga mjenbenoga obaveznika po mjestu, gdje je dotična mjenbena izjava izjavljena, jer je nотificacija uvjetom za neke zahtjeve kao što za izpijatu kamata i za naknadu troškova. Vrbanic, цит. дело стр. 591.

³⁰⁾ Daher ist die Form, der Zeitpunkt, und die Öffentlichkeit (das Local) der Fornahme dieser Acte nach dem Rechte dieser Orte zu beurtheilen, Raban von Canstein, op. cit. s. 103. — Dakle, по том се не ravna само vanjski oblic prosvjedovnice nego i mjesto gdje se dotični čin obaviti ima, da li u. pr. u poslovnic ili u stanu obveznika, vrijeme kade se dotični čin preduzeti mora, Vrbanic, op. cit. str. 591. — Das ausländische Recht ist massgebend für Zeit und Local eines im Ausland zu erhebenden Protestes, sowie über Form und wesentlichen Inhalt der protesturkunde, Wächter, у ноти 19., стр. 101. — Der Erfüllungsort für die Diligenzakte des gläubigers ist bald der Wohnort des Bezo genen oder Austellers des Eigenwechsels (sofern es sich um die Annahme oder nicht handelt) bald der Zahlungsort (sofern es sich um die Präsentation zur Zahlung und die Protesterhebung handelt) Raban von Canstein, op. cit. стр. 102—103.

реч о пријему или поднашању менице на виђење), а час место плаћања (ако је реч о поднашању менице на исплату или подизању протеста). Место испуњења обавезе од стране *главног дужника и акцептантца за част*, као и место где има извршити плаћање акцептант, домицилијат и адресат по невољи јесте место плаћања дотичне менице. Место испуњења обавезе од стране регресног дужника јесте место, где је он дао своју обавезу³¹⁾.

Односно плаћања управља се како време (Респективни дани и време за подизање протеста) и монета, тако и висина регресне суме по праву места на коме се има испунити (а не на месту дотичног регредијента).

З. *Застарелост* права која из менице проистичу зависи од закона оног места где се дотично право има испунити. Према томе рок, у коме се има подићи менична тужба против *главног дужника* зависи од права оног места где се меница има платити. Време за које се има поднети менична тужба против акцептанта за част и регресног дужника управља се по дотичним законским наређењима. За тужбе меничних поверилаца, који подижу протест, правилно је место плаћања менице³²⁾.

„Право“ 1894. год. јв 1 и 2.

³¹⁾ Raban von Canstein, o. e. стр. 103. — Wächter, op. cit. s. 101.

³²⁾ Raban von Canstein, s. 104. — Wächter, s. 102. — L'art. 165. C com. qui oblige le porteur d'une lettre de change payable en France à exercer dans la quinzaine du protêt, à peine de déchéance, son recours contre les endosseurs qui les précédent, est applicable même au porteur ou endosseur résidant en pays étranger, Cour de cassation. Arrêt du 25 nov. 1864. (sirey, recueil Général An. 1865, pag. 96). у Wächter, нота 1., стр. 102.

МАЛОЛЕТНИК — ТРГОВАЦ

Малолетници се сматрају на основу одредаба грађанског законика као надозрели, те неспособни на основу тога за актова грађанског живота¹⁾, они не могу важећи ступати ни у трговачке одношаје: не могу, дакле, ни *трговину водити*²⁾.

Али ипак, од овог општег правила морало се у особитим случајевима одступити. Први корак на томе путу учинио је грађански законик допуштајући да се у изузетним приликама пунолетност може задобити и пре законом одређеног времена³⁾. Трговачки законик, опет, ову је одредбу само попунио доневши специјалне опредељаје и поставивши извесне услове од чијег ће испуњења зависити важност трговачких послова дотичног малолетника. Јер, с једне стране,

¹⁾ Види §§. 39, 126 и 533 грађ. законика у свези са чл. 11 закона о старатељству и §§ 59 и 77 грађ. суд. поступка. — Иузетно су, по последњој тачки § 533 гр. зак., способни за *лукративна прибављања*.

²⁾ § 2 тргов. законика.

³⁾ Види § 152 грађ. законика. Ту се између осталога каже: »за важне узроке опредељује се... кад би занат или трговину уредно водило.“

Још у римском добу дозвољавано је да се пунолетност може изузетно задобити пре 25 година, а на основу владаочеве концесије. То је т. зв. *venia aetatis* у рим. праву.

важни узроци и особити случајеви довољно су показали, да се, иначе веома умесна и корисна наређења односно ограничности малолетникove, често обрћу баш на штету његову, јер овако везаних руку многи малолетник губи срества, да се може користити каквим згодним случајем, или се тиме принуђава да напусти свој легитимни интерес. Примера ради да напоменемо колику штету така ограничења могу наћи н. пр. каком малолетном наследнику, који не би могао наставити радњу свог оца, при свем том што је он, под његовим руковођењем, већ добија довољно знања из трговачких послова и ма да му предстоји сјајан изглед на рад, имајући стару и чувену фирму, сигурне и многобројне муштерије свога оца. Тако исто овако везаних руку, малолетник не би могао ни у најзгоднијем случају примити на себе радњу своје жене или баш и стећи положај, који би му ваљао за корисну женидбу!

Очевидно је, дакле, да од општег горњег правила о неспособности малолетника, ваља у извесним случајевима одступити, изузетке одобрити и законом их утврдити.

С друге стране, опет, широко поље рада малолетног трговца, многоструки и преплетени односи трговачког света, за које се захтева добро познавање трговине и људи, изазивају неопходну потребу да признавање трговачке способности малолетнику буде условљено извесним законским ограничењима, како оно не би било узрок пропasti малолетнику и како се без икаква јемства не би гурнуо у вихор светских послова какав неискусни младић, где би могао постати жртва своје наклоности, туђих интереса или интрига! И ето тој потреби је са свим згодно одговорио § 2. трговачког законика у коме се казују:

Погодбе да би малолетник могао постати трговац

§ 2. *По правилу могу трагавати само пунолетни, т. ј. који су навршили 21. годину. Мушки или женска лица, која нису пунолетна а имају 17. година пуно, могу такође тра-*

говину водити, но са допуштењем оца, ако немају оца или је препјатствован, са допуштењем тугора а у оба случаја са одобрењем надлежног суда.⁴⁾

Као што се види, да би малолетник могао радићи трговачке послове, нужно је да постоје ова четири законска услова: 1-о да има 17 година пуно; 2-о одобрење извесних лица и 3-е у сваком случају одобрење надлежног суда. — Уз ова три законска захтева из §-а 2. трг. зак. долази и 4-о публикација тих одобрења законски захтев из §-а 5 истог законика (последњи став.).

Ми ћемо овде редом потражити разлоге, који су руководили законодавци да постави ове погодбе. Дакле:

1-о Старост од пуних седамнаест година. — Казали смо већ који су разлози могли навести законодавца

⁴⁾ Ради упоређења колико је цитирани § нашег законика изостао од одговарај. одредба модерних законика европских, и ради угледа за измену или доцуну тога §-а, наводимо члан 4 белгијског трг. законика од 1872. који у преводу гласи:

„Сваки еманциповани малолетник једног или другог пола по навршетку осамнаест година, који би се хтео користити правом (faculté), које му даје § 487. грађ. законика, да може грговати не може ступати у трговачке послове, нити ће се сматрати као пунолетан у погледу обвеза њиме закључених у трговачким пословима све дотле док: 1-о није претходно овлашћен од оца или матере у случају смрти или суманутости или осуства очевог или ако нема оца или матере, ако је на то овлашћен одлуком породичног савета уз потврду грађанског суда и 2-о док акт овлашћења вије у верном препису предат у месецу његовог издања, трговачком суду оног места где малолетник хоће да утврди свој домицил, или у недостатку трговачког суда, грађанском суду, како би ту био преписан (pour y être ranserit) у регистар који се води у тој цељи.

„Тај регистар има у додатку азбучну таблицу. Свакоме је дозвољено исти регистар бесплатно разгледати.

»Овлашћење оца или матере даје се пред примирителним судијом (juge de paix) или пред нотаром (јавни званичник овлашћен да сачињава и чува све правне исправе. Прев.), или пред чиновником трговачког суда; примирителни судија или нотар, који би примио таку изјаву, послаће је у верном препису, оног месеца у коме је издана, трговачком суду, иначе ће бити кажњен онако, како прописује члан 13 овог законика.

да ускори пунолество, али на овом месту натура нам се једно друго са свим умесно питање: зашто је законодавац изabrao баш навршетак седамнаесте године а не н. пр. деветнаесте или друге које године? Без сумње, важни разлози морали су се истаћи да би законодавци склонили на решење овог питања у овом или оном смислу. И заиста, дискусија поведена у францеском државном савету, коме је била пове-рена израда трговачког законика, поводом претреса ове ствари, даје нам најочигледнијега доказа о томе. Зато, не имајући никаквих извора из којих би могли по-препти побуде које су руководиле нашег законодавца да донесе оваку одредбу нека нам не буде замерено, што ћемо се за часак обратити припремним радовима Наполеонових Трибонијана, не би ли што боље разветлили изнесени законски захтев. И заиста ту⁵⁾ налазимо да је секцији истог савета, која је предложила да се призна способност за вођење трговачких послова малолетнику од пуних осамнаест година, стављена подобна примедба: „Је ли паметно, је ли корисно по друштву да се у тако нежном добу сваки грађанин може одати трговини⁶⁾ која за собом повлачи тако тешке последице? Како се може признати тако значајна способност у добу, кад је малолетник сваки час готов да постане жртва својих страсти или туђих интереса? На зато, говорили су неки чланови савета, потребно је да се остане при оном, што је о томе наређено у старом праву, а то је: да се малолетнику призна способност за трговачке послове тек у двадесетој години. Најзад тако убрзаним признањем способности, наводили су даље, ишло би се на уштрб самом малолетнику, што кратковременим радом у својој струци не би могао стећи довољно искуства, а то је без сумње неопходно потребно сваком трговцу.⁷⁾

⁵⁾ Види: La législation civile, commerciale et criminelle, Séance du 4 novembre 1806. — Loeré, L'Esprit de Code de Commerce, II édition, t. I, Mineur.

⁶⁾ M. Bigot — Préameneu нав. место

⁷⁾ Loeré, цитирано дело стр. 6, 7 и 8.

Посматрајући ове замерке, које су учињене пре длогу поменуте секције истичу нам се много јачи разлози у одбрану што ранијег признања трговачке способности малолетнику, и ми ћемо их формулисати у следећим тачкама:

а, Ако би се признала така способност тек у двадесетој години, онда настаје питање: како би се помирила ова еманципација са одредбама грађанског законника, који дозвољава оцу да може своју децу по навршетку седамнаесте године огласити за пунолетну? (види § 152 грађ. законика).

б, Што ће се једном годином ускорити трговачка способност малолетнику, тиме ће му се врло мало помоћи, нарочито што у опште »има многих лица, којима не би било толико корисно, што би по пуном праву отпочели трговачку радњу после двадесете године, као што би им користило, ако би је могли отпочети раније, само ако им породица мисли да су за таке послове способни.“) Дакле, ако се само у начелу усвоји да је ускороје пунолетства корисно по савесног малолетника, онда се ваља чувати сваког стављања препрека томе ускороје.⁹⁾

в, Легитимни интерес малолетников врло често захтева да се он ода трговини много раније од двадесете године. Јер „зашто, умесно вели секција државног савета, не би могао господар или мајстор каког малолетника, код кога би нашао довољно моралности и талента, наградити његову ревност узвеши га за ортака у радњу, само зато што он није навршио двадесету годину?“ и најзад,

г, Ни у колико не може постојати зебња, да ће се ранијим признањем способности нанети штета самом малолетнику, јер они који се одају ситничарској трговини, ретко проводе своју младост у школи него обично још зарана ступају у трговину. А после, свакоме оглашавању способности за ступање у оваке послове претходи одобрење било то родитеља или

⁸⁾ M. Béranger у протоколу од 4 Новембра 1806: види: Législation civ. com. et crimin. de la France. — Loeré.

⁹⁾ Bérlier на истом месту.

родбине малолетникove, те ће ози својом интервенцијом увек бити у стању да уклоне сваку опасност ако би се појавила.¹⁰⁾

Ето ти су разлози навели францеског законодавца да призна малолетнику способност за ступање у трговачке односе с навршетком његове осамнаесте године¹¹⁾ а српског да усвоји седамнаесту годину као време, кад се та способност најраније може признати¹²⁾.

Овлашћење, које би било дато пре тога доба, не само да не би имало никакве правне вредности у времену кад је постало, него било би без икаквих последица и онда кад малолетник дође у те године. Јер, збила кад му није призната правна важност, у моменту постанка његовог, од куда се може рећи да је оно у току времена ту вредност задобило? Шта више, околности, које су постојале у оном времену кад је дато то овлашћење, могу сад постојати, а и расположење дотичних лица, која су раније признала трговачку способност малолетнику, могло је се у току времена изменити. Најзад и трећа лица, знајући да је временено овлашћење оглашено за ништавно, видећи га сад објављеног не би морала о њему водити рачуна, нити му признати легалну вредност.

2-о Одобрење извесних лица. — Закон на првом месту одобрава оцу да може своме малолетноме сину признati способност за вођење трговачких послова и дати му за то одобрење. Ако отац не може то учинити, његово место заступа мати а у крајњем случају то се даје стараоцу.¹³⁾ И заиста, нико није надлежнији у овим питањима од поменитих лица, која

¹⁰⁾ Разлози: M. M. Béranger et Regnand-Jean — d' Angely у протоколу од 4 Нов. 1806 — Loeré.

¹¹⁾ Tout mineur émancipé de l'un ou l'autre sexe âgé de dix-huit ans accomplis... art 2 фр. трг. зак.

¹²⁾ По боливијском трг. зак. art. 2 № 6 и Коста-Риканском art. 4 св. II стр. 176 изискује се да малолетник има најмање 20. год. Види: Oskar Borchardt Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs. Gesamelt und in das Deutsche übertragen, von — 1884—1888.

¹³⁾ § 2 тргов. зак. у вези са чл. 112 закона о старателству.

су по самој природи свога положаја најбоље позната са приликама у којима се малолетник налази, као и са његовом способношћу. Сем тога за сигурност малолетникову нико не може боље јемствовати до његова родбина, јер ако би сродници и били небрижљиви односно интереса малолетникова, они би морали водити рачуна о својим личним интересима, а бојазан да се пропаст њихових сродника не косне и њих, нагониће их да бодрим оком прате и послове овлашћеног малолетника.

Закон је са свим јасан односно тога, на кога прелази право таког овлашћења у случају ако је отац умр'о, или ако је оглашен за неспособног, или ако је на осуству а зна се место његовог пребивања.

Али шта ће бити ако стоји само претпоставка о његовом осуству? (види § 49 грађан. законика). Сматрамо да и у том случају сама мати може да даде тако овлашћење малолетном детету, јер по §§ 115 и 120. грађанског законика, мати има у себи потпуно очинско право, које јој истина моћнија очева власт (в. § 109. грађан. зак.) одузима, кад је овај ту, али које се појављује у пуној снази својој, чим отац није ту или није у стању да изјати своју вољу (аналогија из § 119. грађан. законика).¹⁴⁾

Quid juris ако су отац или мати лишени законског старатељства? У теорији трговачког права постоји опште мишљење: да ће они опет зато моћи да даду тако овлашћење, што је то акт родитељске власти, која наравно увек остаје оцу, односно мајци а не може прећи на стараона код живог родитеља.¹⁵⁾

¹⁴⁾ P. Namur. — Le Code de Commerce Belge, révisé, interprété par les travaux préparatoires des lois nouvelles, par la comparaison avec la jurisprudence. У истом смислу вели: »Довољно је да је егзистенција оца постала неизвесном. Мотив је тај, што у случају претпоставке о осуству очевом вршење његове власти прелази на матер. Нав. дело св. I. стр. 75. — A. Boistel. Précis de Droit Com № 80.

¹⁵⁾ Lyon-Caen et Renault, Précis de Droit Commercial, t. I. p. 81 нота 1. — Boistel, нав. дело стр 59 Даље, Paris, Dalloz и Alauzet.

З-е Одобрење судско. — § 2 трг. законика и § 152 грађ. зак. јасно казују да је за овлашћење малолетнико потребна у сваком случају саизвала надлежног суда, па било да је он то одобрење добио од оца, мајке или тутора. Суд се овде јавља као последњи степен где се има испитати способност малолетника, и добије ли овај каку особиту сумњу, ту он не мора одобрити то овлашћење.¹⁶⁾ Само што у законiku није ништа речено, да ли је за тај посао надлежан трговачки или грађански суд. Ну, по ономе што малолетник за време ослобађања није још трговац, будући није испунио одредбу § 1 тргов. законика, даље што се задобијање способности за трговачке послове не може подвести ни под коју тачку § 17 устројства тргов. суда, и најзад, што се свиданашњи законици у томе смислу изражавају¹⁷⁾ — велимо да је за оцену оваких овлашћења надлежан грађански суд.

Да ли суд може да допуни саизвољење очево или туторско, т. ј. може ли суд противно њиховој вољи дати малолетнику одобрење да може трговати? Без сумње не. Закон је изречно напоменуо да малолетници морају претходно од њих добити саизволну оваког рода, а то је морао чинити по одредбама §§ 115 117 и 533 грађан. закона, односно по чл. 112 закона о старатељству. Једино би се туторово одобрење могло обићи услучају чл. 113 овог закона, или ако би се тутор са свога звања свргнуо, као што згодно примећује г. Вељковић.

Главна цељ § 2 тргов. зак. јесте она, која се нарочито огледа у првој половини § 4 истог зак., а то је да се малолетном трговцу даде способност како би се могао важећи обvezivati без нарочите дозволе свог оца или старатеља. Та његова способност може бити шира или ужа али се у главноме своди на способност односно послова, који се тичу његове трго-

¹⁶⁾ Овако мисли и г. Ст. Вељковић у своме: Објашњењу трговачког законика стр. 51.

¹⁷⁾ Види: чл. 9 Италијанског трг. законика, од 1882. год. — члан 4 белгијског трг. зак. од 1872. и чл. 2 франц. трг. зак.

вине.¹⁸⁾ Према томе куповина какве непокретности или давање јемства на какав грађански дуг, долазили би под одредбе грађанског законника,¹⁹⁾ што таки послови нису трговачки и не могу се подвести ни под коју тачку § 17 устројства трговачког суда.

Ну, то се овлашћење може односити на трговање у опште или само на извесне трговачке послове. Генерално овлашћење за све трговачке послове у опште оправдава се у толико, што је немогуће пренизовати род трговине, којој се може малолетник одати, а после, у данашњем времену трговачки послови укрштају, један из другог истичу и везују тако, да је та веза често на предвиђени али опет зато на неопходни начин постала, да би у извесним случајевима не само малолетник него и трећа лица осетила, ако би трговачка способност његова била строго ограничена.

Али се не може ни сродницима који имају потпуну власт да даду или не даду овлашћење, које им се тражи, оспорити право да при акту овлашћења ставе извесна ограничења, која мисле да ће бити подесна и потребна, па следствено да је ограниче на извесне трговачке гране задржавајући право да одређују по потреби, да ли послови, које доцније буде предузимао малолетник, долазе у врсту трговине за коју је добио овлашћење.²⁰⁾

Остављајући ово питање у намери да се на њу у току ове расправе понова вратимо, запитајмо се: да

¹⁸⁾ Locré *L'esprit de code de commerce*, t. I. p. 13. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de Droit Com.* t I. № 164 — Boistel, *Précis*, p.

¹⁹⁾ Bravard — Veurières, *Manuel de Droit Com.* 5-ème édition 1855. стр. 17. и след. — H. F. Rivière, *Répétitions écrites sur le code de commerce* (1860), вели: „Ainsi l'achat qu'il ferait d'une maison, même destinée à être le siège de son commerce ou de tout autre immeuble, serait soumis aux règles du droit commun, par ce que l'acte ne serait pas commercial.“ Стр. 23.

²⁰⁾ Ово право сродницима признају сви писци: P. Namur op. cit. art. 7. вели: „faculté qui leur appartient de l'avoir de tous les auteurs“.

ли се у признању малолетникове способности састоји и овлашћење да он може ступати у ортаклук с другим којим лицем или ће морати да ради трговачке послове сам? Без сумње, најбоље би било ако би то било формално предвиђено у акту овлашћења, али се врло често дешава да тако што неће бити предвиђено. Па онда како да се поступи? Као што се види питање је веома деликатно, па зато му је и решење спорно, јер у колико се с једне стране може рећи да ће неискусни младић у друштву с каквим опробаним трговцем сигурније поћи путем напретка у толико с друге стране није искључен случај, да малолетни трговац не падне у замке туђих интереса или да остане жртва своје лакомислености. Али ма колико да је ово питање важно, мора се признати да је још озбиљније питање: *може ли малолетник добити правоважно овлашћење од лица* (н. пр. од оца) с *којим мисли да се удружи?* Наравно, ово питање имаје само онда места, ако малолетник има свога одвојеног — личног — имања.

У том погледу постоје у науци два система.

По првом систему малолетник *не може* добити тако овлашћење од оца, ако мисли да се с њиме удружи, на основу колико паметног толико и праведног начела: *nemo auctor esse potest in rem suam*. Отац је и сувише заинтересован, да би могао да се удружи са сином само да би дошао до његових капитала²¹⁾ а после, ослобођењем се малолетник извлачи испод тутурске власти свог оца, те на тај начин престаје очево право заступања свог детета чим се међу њима породе супротни интереси чему би се оваким ослобођењем врло мало припомогло. Зато у таком случају овлашћење ваља да потиче од остале родбине а не од оца.²²⁾

²¹⁾ Пресуда Суда у Douai (Франц) од 16 Августа 1869 год. констатује злоупотребу овог права од стране једне мајке која је дала својој кћери овлашћење за вођење трговине само за то, да би је учинила солидарним обvezником својих дугова.

²²⁾ У овом смислу Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. I. p. 85. — Ruben de Couder, *Dictionnaire* t. V. v^o Mineur, p. 470. — Boistel, op. cit. No. 80.

По другом систему *може*. Овлашћењем се признаје малолетнику способност за трговање, а последица тога је та, да се зарад постигнућа постављене цељи може удрживати с другим лицима па наравно и са својим оцем. Син, једном ослобођен потчињености, ступаће у одношаје са својим оцем са свим слободно, нити се ваља бојати каквих рђавих намера од родитељске стране што закон у осталом има највећег поверења у оцу. Најзад, ако би се у изузетном случају и показале нечисте намере односно тога овлашћивања малолетниковог, може им се доскочити.²³⁾

Да ли малолетник који је овлашћен за вођење трговине, може ступати у трговачка друштва?

Решење овог питања не може бити апсолутно што зависи од многих околности, које се морају оставити суцкој оцени. Најбоље је и овде у сваком посебном случају извидети, да ли је намера странака била та, да се малолетнику призна општа способност или способност само за извесне послове. И тако у сумњи никад се неће малолетнику признати способност за ступање у јавни ортаклук што чланови таког ортаклука одговарају један за све а сви за једнога целим својим имањем, а то би могло проузроковати пропаст малолетникову. На против, може се замислiti да малолетник има и овлашћења за држање акција „безименог“ или „мешовитог“ друштва или баш и ступати у ортаклук за „почесне спекулације,“ што се друштва ове последње врсте склапају за неколико обрата каке радње и зависе од погодаба дотичних саучесника, те не могу учинити положај малолетников онако несигурним као што је то случај код јавних ортаклук.

4. *Публикација овлашћења.* „У другом ставу § 2 именовани имају објавити и одобрење судско, које су за трговање добили“ (§ 5 последњи став). Ова одредба од особите је користи за малолетног тр-

²³⁾ R. Naumig, у делу Le Code de Com. Belge, бранећи овај систем вели: „or les cas de fraude font toujours exception aux principes généraux.“ — Boistel, op. cit. No. 80.

говца, што се на тај начин ослобођава потреба да при сваком послу с трећим лицима подноси акт о своме овлашћењу да може ступати у трговачке односе те је тако уклоњено свако одлагање, које би се иначе морало дешавати.

б. Способност малолетног трговца

I.

За трговачке послове

Неиспуњење свију изложених формалности односно стицања способности за вођење трговине вуче за собом последицу ту, што су сви они послови, који су су закључени без ма иједнога од наведених услова правно неважни, и ако би их иначе, гледећи на њихову особину, малолетник могао закључивати²⁴⁾. Шта више, та неважност законска је последица и друкчије не може бити, што у том случају малолетник долази под одредбу § 533 грађ. зак. Па ипак, по изузетку наведеног §-а, ако би он и са тако непотпуно признатом способношћу закључио какав песао, овај би био само релативно неважан, т. ј. неиспуњење свију формалности односно задобијања тргов. способности иде само у корист малолетнику, а никако се тиме не могу користити и трећа лица према њему. Он је, дакле, ослањајући се на наведени § грађ. законика једини власан или да поништи уговор који је закључио, или да му призна све последице које из њега буду произишли.

Али ипак изложени принцип не би требало увек тако примењивати, што би се тиме повредили основи правичности. И заиста, зар би било правично и целисхододно, ако би неослобођени малолетник уго-

²⁴⁾ Treibt dagegen der Minderjährige, ohne den gesetzlichen Voraussetzungen genügt zu haben, und namentlich ohne Zustimmung seines Gewalthabers, ein Handelsgewerbe, oder schliesst er solche-gestalt einzelne Handelsgeschäfte, so neigt sich die Ansicht des Handels auch hier zur Versagung der restitutio in integrum. — Das Deutsche Handelsrecht von Dr. Wilhelm Endeman, стр. 120. § 24.

воројо неколико трговачких послова, од којих би му неки били корисни а други штетни, па би му се дозволило да може тражити извршење првих а уништење других?! Не, његов карактер не сме бити раздељив; т. ј малолетник може бити или само способан или само неспособан, па зато се његови послови могу или сви скупа одржати или уништити.²⁵⁾ Наравно, овај принцип може имати примене само у областиматеријалних обвеза малолетникова, чије овлашћење за самостално трговање није учињено у потпуној законској форми, а никако и у случајевима ако је такав малолетник хтео себи да прибави како звање или дужност, коју може само пунолетни вршити, јер ако је малолетни изабран за старатеља²⁶⁾ или члана породичног савета²⁷⁾, несумњиво је да му ту особину може свак оспорити. Исто тако ако би он хтео да постане трговац и неиспунивши нужне формалности свак му то својство може оспорити, што се оно, будући је из области јавног поретка, не може задобити вољом уговорачких странака. Јер исто онако као што се он не би могао сматрати за трговца, ако би баш и испунио све формалности из §-а 2 трг. зак. само зато, што није испунио и услов из §-а 1. истог законика, т. ј. ако му *трговање* не би било *обично занимање*; исто тако не би он могао бити трговац ни у ком погледу док не би испунио све формалности из поменутог §-а 2.

Резиме досадањег говора своди се на ово: Обвезе малолетника, који није у законој форми овлашћен да може трговати, немају трговачки карактер, па зато такав малолетник не може:

1-во Пасти под стечај;

²⁵⁾ Види о овоме: A. Boistel, op. cit. p. 63. — Ruben de Couder, Dictionnaire t. V. v. Mineur, No. 475 — Pardessus.

²⁶⁾ Члан 21 закона о старатељству гласи: „Не могу бити старатељи ни спомоћни старатељи: 2, лица која нису навршила 25. година.“

²⁷⁾ Члан 102 зак. о старатељству гласи: »У породични савет могу се узети само они, који могу бити старатељи.«

2-го Бити оглашен за лажног банкрота (§ 113 стец. пост.) и

3-ће Суђен од стране трговачког суда, т. ј. трговачки суд није надлежан за његове спорове.²⁸⁾

Казали смо већ на једном месту да се сва способност малолетникова своди на способност за вођење трговачких послова. Према томе закључење таких послова не може се уништити вољом малолетниковом. На против, куповина какве куће, која би рецимо баш била одређена за смештај радње малолетног трговца, или јемство његово за какав грађански дуг или учињени уговор или поравњење, које се не би односило на његову радњу дошли би под одредбе грађан законика (2), што се таки послови не би могли подвести ни под коју тачку § 17 устројства трговачког суда и малолетник би их се могао одрећи је ли само у изгледу, да ће његов интерес бити повређен. Свакојако, дакле, сазнање да се овај или онај посао, који је закључио малолетник односно на његову трговину или не, од велике је важности, јер као што рекосмо његова способност није иста у свима случајевима а и законски су определјени различни. Али баш у томе разликовању његових послова и лежи сва тешкоћа! Истина, врло је често карактер посла по све јасан и у решењу горњег питања нема никакове тешкоће, као што је случај код двостраних уговора, али увек није тако. Узмимо н. пр. зајам какав о коме се не зна у којој је цељи учињен. И сад настаје питање хоће ли се у сумњи тај малолетников посао сматрати за трговачки или грађански? У трговачком праву тако исто питање постоји односно трговца у опште, а тако је питање непосредна последица § 17 т. 1 и 2 устројства тргов. суда, али ипак то питање нема толике важности за лица с потпуном и грађанском и тргов. способности, јер у таком случају обвеза остаје увек пуноважна па односила се на трговачки посао или

²⁸⁾ A. Boistel, op. cit. p. 62. — Lyon Caen et Renault op. cit t. I. p. 88. — Dictionnaire de Couder, p. 476.

не. Са свим је другог значаја решење овог питања кад се тиче малолетног трговца, што је с њиме у свези и важност или не важност закљученог посла и онда се наравно истиче потреба да се докаже или да је малолетник био способан да закључи дотични уговор или да није имао те способности. Само што се ни у законику не налази никакав пропис о томе на кога ће пасти то доказивање; нити пак о истом питању наилазимо на сугласност код писаца трговачког права, те да би могли изнети један општи принцип. Једино, дакле, што нам остаје, то је: да приберемо разногласна научна мишљења о овом питању у системе, па по том да бацимо један критички поглед на њих.

Дакле на кога пада *onus probandi* кад узрок обвези није показан у исправи?

Први систем — *Малолетнику је дужност доказивати да се њиме закључени уговор или поравнање не тиче његове трговине.* Ако се одобри претпоставка да су обвезе једног малолетника, овлашћеног да може трговину водити, учињене ради те трговине, онда у случају ако се породи сумња о карактеру дотичне обвезе, т. ј. ако малолетник; стављајући се под заштиту законску, наведе да иста није учињена у корист његове трговине; — онда он што каже ваља и да докаже.²⁹⁾

Други систем. — *Повериоцу је дужност доказивати да је исправа издата у корист трговине малолетног трговца.* Малолетник је у принципу неспособан а његова способност за вођење трговачких послова само је једна фикција, или, боље рећи један изузетак од општег правила. Али *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*, па зато у сумњи ваља увек прећи преко фикција и држати се општег пра-

²⁹⁾ У овом смислу: Lyon Caen et Renault, *Précis de Droit Com.*, t. I No 171. — Demangeat sur Bravard *Traité de Droit Com.* p. 8 et suiv. — Auguste Laurin, *Cours élémentaire de Droit Com.* p. 548 — Даље, Molinier, Duranton, Tolinier, Valette, Marcadé

вила³⁰⁾) те следствено такав малолетников посао сматрати као да се не односи на његову трговину све дотле док се противно не докаже. Па на кога ће пасти терет доказивања? Без сумње на повериоца, који је ваљао бити обазривији при закључивању обвезе с једним малолетником.³¹⁾

Ми не можемо да одобримо последњи систем. Закон је ставио малолетног трговца на висину његовог положаја давши му §-ом 4. сва трговачка права што је претпостављао да он има довољно способности и свесности за тај положај. И сад, је ли логично, је ли целисходно предпоставити на супрот мисли законодавчевој да малолетник у даном случају није могао појмити природу своје обвезе, нити да је био довољно упознат са обимом датог му овлашћења? Јер ако би узели да је доиста тако, ипак шта би га могло извинити? Он је проглашен за трговца и добио овлашћење да може радити све оно што се односи на његову трговину, па зато за њега не могу важити никакви други услови, до они који вреде за сваког трговца т. ј. сви они послови које он буде закључио имају се у сумњи сматрати као да се односе на његову трговину. И заиста може ли зајмодавац мислити да ће зајам бити употребљен на друго што а не на оно што показује само занимање зајмопримчево, а ако би се једном одобрило да зајмодавац треба у случају спора да покаже намеру у којој је малолетник зајам учинио, онда је са свим логично да би му ваљало ставити у дужност да се он стара и о

³⁰⁾ „У сумњи ваља сингуларна права и привилегије тако тумачити, како ће она што мање одступати од општег права, Гл. Гершић систем рим. права књ. I, стр. 47.

³¹⁾ У овом смислу: Bravard Veyrières, *Mannet de Droit Com.* p. 17 — Rivièре *Répétitions écrites*, p. 34. — Boistelt *Précis*, No 87. — Даље Bedarride, Pardessus, Alauzet и Massé.

извршењу те намере. Али лако је појмити да је овако што по све немогуће, што поверилац и код све своје заузимљивости неби могао склонити малолетног трговца на испуњење датог обећања! На против тиме би био савршено убијен кредит малолетног трговца и онемогућен сваки трговачки одношај с њиме.³²⁾

Све, дакле, па и сам текст т. 2. § 17 устројства срғов. суда, где се вели: „**ако се докаже да уговор или поравњање није због трговине учињено**“ очигледног показује да у споровима оваке врсте терет доказивања ваља да падне на малолетног трговца, а не на повериоца; јер, нема сумње, нико неће тражити од овога последњег да он, противно својим интересима, доказује како малолетник *није* закључио обвезу у корист своје трговине.

Ово доказивање малолетник ће учинити свима правним средствима, па и самим простим претпоставкама које се остављају оцени судија. Тако н. пр. ако је позајмљена сума прекомерно велика у погледу на потребе малолетникove трговине, та околност може послужити као доказ да зајам *није* учињен у цели трговине, или бар да делом да *није* употребљен у корист ове³³⁾.

II.

За грађанске послове

§. 4. Лица у § 2 (и 3) азначенa, могу се чуно-
важно обвезати иа следствено и са неиокретна добра
заложити.

Малолетни трговац да би стекао кредита, који му је потребан за развој његове трговине може се чуноважно обвезати и за обезбеда учињених об-

³²⁾ Види Lyon-Caen et Renault Precis de Droit Com t I p. 86.

³³⁾ Namur, Code de Commerce Belge. t. I. в. тумачење art 7.

веза оптерећивати своја добра, т. ј. дати их у залогу својим повериоцима. Међу тим нигде се у нашем трговачком законику, па ни у грађанском, не спомиње под каквим се условима то може учинити. Па не само то, него закон дозвољава да лица која су навршила 17 година и која су по законским прописима стекла право „трговину водити“ могу своја добра отуђити.

Међутим, на основу неопределјеног израза у § 2. „трговину водити“, могло би се мисли да се горња овлашћења не односе само на послове оне радије, коју малолетник води. У прилог таком тумачењу навешћемо г. Вељковића, који баш у горњем смислу вели: „то се овлашћење *не ограничави* само *на праве трговачке послове*; оно се још више распостире *шако да се може везати сваки било какав уговор ма и не био у ни каквој вези трговачком радњом*. Малолетник, дакле, тиме што је своју трговину отворио добија право да са целим својим имањем слободно располаже.“

Малолетник, дакле, само на основу тога, што је отворио своју радњу, задобија права да се може — претпостављајући у њему спекултивни дух — упуштати у најразноврсније друге послове, везивати уговоре, ступати у обвезе, оптерећивати своју очевину и у случају потребе распродати је не тражећи за то ничије одобрење.

Ну ми расматрајући одредбе, које у оригиналу нашег трговачког законика регулишу ово питање, и доводећи у везу поменути § 4. трг. законика са одговарајућим параграфима нашег грађанског законника, дошли смо до убеђења да се свака обвеза малолетног трговца, мора тицати трговине, коју води и да сваки расположај имањем мора претходно претрпети неке формалности. И заиста, ако се израз „тр-

говину водити“ упореди са изразом faire commerce из члана 2. Code de Com. онда ће се на мањ видети, да је први веран превод другог, као што је и сав наш § 2 трг. законика превод дотичног члана француског законика. Шта више ни сам § 4 нашег трговачког законика, по својим одредбама не разликује се у многоме од art. 6 франц. Code de Com. односно од art. 7. белгијског тргов. законика; па иако по теорији једне и друге од поменутих земаља ово питање није нимало спорно, већ је у опште признато, да се малолетничке обвезе могу односити само на његову трговину³⁵⁾). Али то је отуда, што се у грађанским законицима ових земаља посебице регулише ово питање тако, да је се у трговачком законiku ваљало само позвати само на дотичне одредбе грађанског законика³⁶⁾) Међутим у нашем грађанском законику није предвиђен тај случај, а трговачки, и ако доцнији, ту празнину није попунио. Остаје нам даље, радо признајемо, тежак посао да разлоге за своје мишљење црпнемо из саме замисли, која је руководила законодавца при стварању овог статуса.

Раније смо казали да су малолетници у начелу неспособни, а тек *по изузетку* може се овом или оном признати трговачка способност. Свакојако законодавац је имао на уму једино интерес малолетника, па зато је и одступио од општег правила.

Утврдивши ово, ваља нам се вратити на израз „трговина“, који је у тексту §-а 2 употребљен и споразумети се шта се под тим изразом може разумети. Да ли у опште свака трговина, ма то била и „спекултивна радња“? Имајући непрекидно на уму замисао законодавчеву: *интерес малолетника*, ми се усуђујемо у негативном смислу одговорити. Практичари најбоље знају како се за радње таке

³⁵⁾ A Boistel, нај дело стр. 64 вели: La capacité doit ainsi être limitée au commerce qu'il exerce en fait, lors même qu'il aurait eu une autorisation générale.

³⁶⁾ Art. 487 Code civile, гласи: „pour les faits relatifs à ce commerce“ и art. 1308, који вели: „... a raison de son commerce.“

врсте потребује највеће искуство, дубоко познавање лица и околине с којом се ступа у одношај, а нарочито умешност и енергично кретање приликом честих промена пијачних; које су понајчешће узрок пропasti и најспособнијем трговцу. И онда зар се може рећи да је законодавац одиста дозволио малолетнику да може везивати сваки, какав било уговор; зар је законодавац тако имао на уму интересе малолетникова, кад је допустио да се један неискусан младић без ичијег одobreња може заједно са наследијеном имаовином бацити на несигурну и колебљиву површину трговачког мора, где би лако могао постати жртва својих страсти, туђих интереса или интрига?! Не, не, законодавац није то хтео, он је ставио малолетног трговца у то изузетно стање, само зато, што је хтео: да »син може наставити радњу свог оца, имајући стару и чувену фирмку, сигурне и многобројне муштерије,« да »малолетни муж може примити на себе радњу своје жене“, или да малолетни калфа може постати ортак свог господара“. Примери оваке врсте нарочито су истицани у предуготовним радовима законика 1808 год. а они су и били повод одредбама, које су нашле себи места у члану 2 трг. законика, што ће рећи да је законодавац имао на уму трговачке радње мирне и сталне природе, па је направно §-ом 4 могао дозволити да се малолетни трговац може пуноважно обвезивати, ради успешног вршења свију послова што стоје у вези с његовом радњом чега је последица: залагање и отуђивање имања.

Једно од најважнијих питања не само у материји коју третирамо, него и један од најважнијих акто ва у човековом животу, мерећи га по његовим последицама, то је без сумње залагање и отуђивање непокретнога добра. Непокретно је имање основица на којој почива материјални живот људски, у неоптере-

ћеној непокретности огледа се јемство за сигурну будућност, услов за благостање. С тога све данашње економске државе и обраћају највећу пажњу на одржавање непокретности у рукама сопственика, с тога је наш законодавац у §-у 471 грађ. суд. поступка, држећи се тога принципа, донео оваку одредбу: „....пет дана земље била земља чиста, под гором, под воћем или виноградом, заједно са необратим њеним плодом исто тако и кућу са зградама и плацем до једног дана орања... не може ни сам земљоделаш продати или ма којим начином отуђити.“

Па кад је законодавац поставио така ограничења за људе потпуно свесне својих поступака, људе „зреље“, онда зар се може рећи да малолетник, који је по правилу »неспособан“ може изузетно везивати сваки „какав било уговор“ зар малолетник може залагати и отуђивати своја добра без савета и одобрења надлежних лица? Никако. Питање о задужењу или о туђењу имовине, то је, у исто време, понајчешће и питање о опстанку малолетног трговца, па зато ће он, приступајући тако важним пословима, потражити одобрење од оних лица, која су га овластила да може трговати.

Све дакле, иде у прилог извесном мишљењу па и сам члан 114 закона о старатељству, који гласи: „малолетник који је за пунолетног оглашен, моћи ће само по одобрењу зато постављеног старатеља имања и старатељског судије непокретно имање *отуђити или оптеретити*.“

Најзад, у једном од најmodернијих европских тргачких законика, а поименце у члану 7 белгијског трговачког законика, постоји подобна одредба, која у преводу гласи: »Малолетници могу пита виште и отуђити непокретну имаовину, но придржавајући се

формалности које су прописане за продају непокретних добара малолетника³⁷⁾.

Кад се упореди наведени члан нашег закона о старатељству са напред цитираним чл. 2. франц. трг. законика, онда се види да је наш законодавац поставио малолетнику строжа ограничења односно располагања имањем него што је то учинио француски који дозвољава малолетном трговцу, да без нарочитог одобрења може заложити и оптеретити своје непокретно имање. Ну ово одступање нашег законика имало је пуног оправданог разлога, јер заиста ако по француском законику малолетник не може самовољно отуђити своје имање, он га може оптеретити па и преоптеретити тако, да у случају неисплате дугова повериоци би му могли одузети све његово имање, и породични савет само да би избегао веће трошкове, морао би хтeo, одобрити продају маколетниковог имања.

в. Може ли овлашћење бити опозовано

Односно овог питања постоје два противна мишљења у земљама где оно није нарочитим законом регулисано. И заиста, ако се с једне стране узме на ум та околност, да у закону нема изречног наређења о могућности или немогућности таког спозивања: јер да је законик одобрио то опозивање он би му без сумње морао дати извесну форму и одредити суштину; и кад се с друге стране помисли на озбиљан карактер који тако опозивање има: што би то значило да се статус извесног лица може мењати

³⁷⁾ P. Namur, у своме делу: Le code de Commerce Belge, тумачећи овај члан вели: „т. ј. на основу одлуке породичног савета а по одобрењу суда, и то у случају апсолутне нужде или очигледне користи, а с формалностима, које су прописане белгијским законом од 12 јуна 1816.“

вољом трећих, — онда се чини, да би решење овогпитања било потпуно неумесно и неосновано, ако би се дозволило да се може увек прекинути ток послова трговачких одузимањем овлашћења малолетнику.³⁸⁾

Међутим ако се узме на ум опште начело, да је свако овлашћење опозивно, само ако се стечена права поштују, ако се појми сам дух закона, који је у овом погледу имао у виду заштиту малолетникову, што овај још нема доста чврсту и довољно развијену вољу; даље, ако се узме на ум, да је отац дао овлашћење своме сину да може трговати само зато, што је претпостављао да је он довољно развијен и способан за таке послове: то онда ако се та претпоставка не испуни и малолетник појури стрмоглавце у очигледну пропаст, зар се може наћи који законски разлог да се зле последице неумесног овлашћења не отклоне, нарочито кад се зна, да се по грађанском законику и само пунолетство по праву стечено може извесних разлога опозвати (§ 151 грађ. зак.) и кад опште мнење влада да муж може одузети овлашћење, које је дао својој жени зарад вођења трговачких послова?³⁹⁾

Нама се чини да није могуће наћи таких разлога законских. Само за већу сигурност да родитељ или старалац не буде у каквом случају самовољан, — опозивање способности малолетникove треба да буде *«d'istrane du jugement»*, тим пре, што се та способност и задобија тек са одобрењем његовим.⁴⁰⁾

Ну, то се опозивање овлашћења мора извршити на онакав исти начин на какав је овлашћење признато, т. ј. путем јавности, како се не би нахудило интересу трећих лица, јер би малолетник у противном случају могао прећутати да је изгубио дотадању

³⁸⁾ У овом смислу: Lyon-Caen et Renault, op. cit t. I. No. 116 — Riviére, Répétitions écrites p. 26. — P. Namur, пре закона од год. 1872.

³⁹⁾ A Boistel, Précis No 82. — Auguste Laurin, Cours élémentaire, p. 549. — Bravard Veyrières, Manuel p. 18. — Ruben de Couder, Dictionnaire, p. 472 t. V v.^o Mineur.

⁴⁰⁾ Белгијски тргов. законик решио је ово питање у томе смислу. Тако његов чл. 5 гласи: „Le père, la mère ou le conseil de famille qui a accordé l'autorisation peut en demander le retrait par requête adressée au président du tribunal civil du domicile du

трговачку способност, те тако и даље закључивати трговачке послове. Свакојако, дакле, трећа се лица не смеју оставити у заблуди што у таком случају важи правило: *error communis facit jus*.

Најзад, опозивање не сме имати повратне силе, те према томе сва права која су стечена наспрам малолетника и сви уговори, који су с њим закључени до оног времена, када је путем јавности обзнатио да му је одузето овлашћење да може трговачке послове радити, остају и важе пуноважни и њих испуњавају отац, мати или тутор.⁴¹⁾

На завршетку ове расправе, а ради веће потпуности, навешћемо да се у данашњим трговачким земљама осетила потреба да се оно, изузеће што је од општег права учињено у корист седамнаесто-годишњих малолетника прошири тако, да старалац може продужити — за или у име својих пупила — радњу, коју су њихови родитељи водили.

Ова новина, која је добила и своје нарочито место у трговачком законику белгијском и италијанском, имала је својих поборника и за владе законика од 1808, тако да се и у самој францеској јуриспруденцији може наћи неколико решења судских у овом смислу. Па зато нам се чини да ћемо се својој дуж-

mineur, qui rendra ordonnance portant permission de citer le mineur, à jour indiqué, à la chambre du conseil, pour y proposer ses observations.

„Le mineur entendu ou faute, par lui, de se présenter, il sera rendu, sur les conclusions du ministère public, jugement qui statuera sur la demande de retrait.

„Un extrait du jugement autorisant le retrait sera transmis, dans le délai d'un mois, au greffe du tribunal de commerce, pour y être transcrit dans le registre mentionné à l'article précédent.“

Т. Van Humbeek у своме рапорту је рекао: „Последња диспозиција је додата старом чл. 2 у цељи да се једном уклоне тешкоће које су постале услед тога што се хтело сазнати да ли једном дато овлашћење може бити одузето, као и то у каквој форми речено овлашћење треба да буде дато и одузето.“ Види: Documents parlementaires chambre de Représentants.

⁴¹⁾ Стојан Вељковић, цит дело. стр 52. — Auguste Laurin. cours élémentaire p. 549.



ности задоста одужити тек онда ако у оправдање исте законске новине наведемо бар оно што је о њој рекао M. Van Humbeek⁴²⁾ у своме рапорту белгијском народном представништву. Он је рекао: „Опасност, која би се могла појавити, ако би се дозволило стараоцу да у име малолетништво отпочне какву трговину, не постоји ако му се само дозволи да може продужити радњу родитеља малолетних. На против, рашчишћавање послова родитеља, у моменту смрти њихове, може да шкоди малолетницима. У том случају треба, дакле, оставити породичном савету да се он побрине о интересима малолетништвом и остатити му власт, да одреди услове односно руковања трговачким пословима или да по потреби то руковање повери каквом нарочитом администратору, ако би имао уверења да старалац нема довољно искуства за ове специјалне интересе.“⁴³⁾

„Банич“, бр. 13—14. 1889.

⁴²⁾ Document parlementaires, Chambre de Représentants. 1866—1867 p. 113 et suiv. Bruxelles.

⁴³⁾ Члан 8 белгијског трговачког законика поред одредаба наведених у овом рапорту има још и ове:

а., Одлуку породичног савета ваља да одобри надлежни суд.

б., Породични савет може и опознати дато овлашћење, но овако је решење извршно тек по одобрењу суда.

Члан 12 италијанског тргов. зак. гласи: „Огац, који родитељску власт врши и старалац не могу трговати у интересу каквог малолетника, ако нису на то овлашћени и то први од грађанског суда а други одлуком егаратељског савета, одобреном од стране суда.“ — „И овака се овлашћења имају предати јавности у форми, која је прописана чл. 9 овог законика.“

На послетку нека нам буде дозвољено на овом месту приметити, да би у нас ваљало обратити много већу пажњу на малолетне трговце, што је до сада превелики број истих радио без ичијег одобрења. Писац ових редакта имао је прилике, да се као судски чиновник лично о овоме увери приликом последњег расписа о протоколисању трговачких фирма. Њему је ваљало неколико младића, који су без икаквих препона већ по две године трговали, упутити, да уз молбу за протоколисање своје фирме поднесу и овлашћење за вођење тргов. послова, онако како је то прописано § 2 трговачког закона.



Club. 32 720