

МАРКОВИЋ Л.
Грађанско право



600000048

COBISS o

ЛЕСКОВАЦ

ГРАЂАНСКО ПРАВО

ПРВА КЊИГА

ОПШТИ ДЕО

И

СТВАРНО ПРАВО



ОД

Dr. ЛАЗАРА МАРКОВИЋА

доцента Универзитета



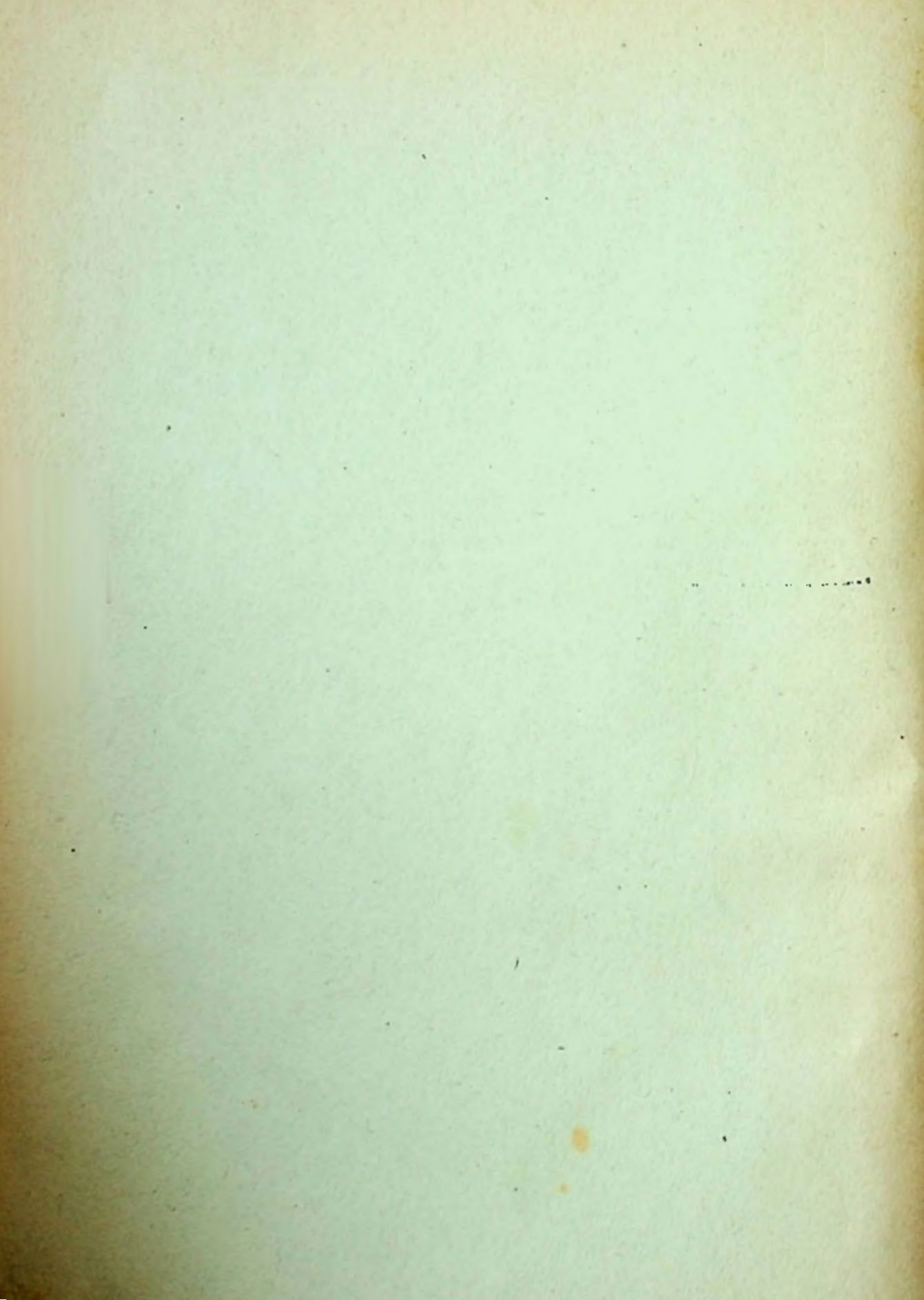
ИЗДАЊЕ БАНКЕ „СЛАВИЈА“

БЕОГРАД

Штампарија „Симеон Мироточиви“

48

347



Приметено
апр.

ЧУВАЈТЕ КЊИГУ!

Инв. бр.

14.192

Презиме и име писца:

Марковић Д. Милош

Сигнатура

347

НАСЛОВ ДЕЛА:

Трајанско право

Место и година издања:

Београд, 1942

Број карте
читаоца

Датум
враћања

Примедба

Број карте
читаоца

Датум
враћања

Примедба

403

14/4

IVE

30' 01

Dr. Lazar Marković
agr.

ГРАЂАНСКО ПРАВО

ПРВА КЊИГА

ОПШТИ ДЕО

И

СТВАРНО ПРАВО

ОД
Dr. ЛАЗАРА МАРКОВИЋА
доцента Универзитета

НАРОДНА БИБЛИОТЕКА
ГРАДА ЛЕСКОВЦА

Бр. 14. 192

Струка 347



ИЗДАЊЕ БАНКЕ „СЛАВИЈА“

БЕОГРАД
Штампарија „Симеон Мироточиви“
у глау улице Краља Александра II Влажковитеве
1912.



ПРЕДГОВОР.

Подухватајући се овако замашног посла да израдим и објавим целокупно Грађанско Право, сматрам за неопходно потребно да у виду предговора првој књизи учиним неколико напомена, које треба имати у виду приликом оцене овог мог доста смелог предузећа. Као наставник Грађанског Права на Универзитету поред уваженог професора г. Живојина Перића, сматрао сам за дужност да својим слушаоцима спремим Грађанско Право у оној обради и оном облику, како ја схватам и предајем тај део правне науке. Ово сам у толико пре мислио да треба да учиним, што се моја предавања у погледу обима и распореда знатно разликују од предавања г. Перића. Док је г. Перић више еклектичар, ако смем да се послужим у фигури тим изразом, дотле сам ја систематичар. Г. Перић предаје Грађанско Право на врло пространој основи, обухватајући сва питања која се могу појавити код једног правног института и стварајући на тај начин низ појединачних студија, које ће у току времена престављати потпун материјал за једно опсежно и исцрпно Грађанско Право. Ја се међутим задржавам више на принципима, на основним идејама, на излагању онога што је битно и главно и што омогућава да се и споредно лако уочи и сазна. На тај начин ја се трудим да за шест семестара, колико се времена слуша Грађанско Право, пређем свих пет делова, општи део и четири посебна дела. Тако су слушаоци у том повољном положају — којим се они на жалост врло мало користе — да с једне стране имају Грађанско Право у целини, у битним и основним односима, а с друге стране да се упознају са појединим деловима, разрађеним у свој потпуности и на широкој научној основи.



ПРЕДГОВОР.

Подухватајући се овако замашног посла да израдим и објавим целокупно Грађанско Право, сматрам за неопходно потребно да у виду предговора првој књизи учиним неколико напомена, које треба имати у виду приликом оцене овог мог доста смелог предузећа. Као наставник Грађанског Права на Универзитету поред уваженог професора г. Живојина Перића, сматрао сам за дужност да својим слушаоцима спремим Грађанско Право у оној обради и оном облику, како ја схватам и предајем тај део правне науке. Ово сам у толико пре мислио да треба да учиним, што се моја предавања у погледу обима и распореда знатно разликују од предавања г. Перића. Док је г. Перић више еклектичар, ако смем да се послужим у фигури тим изразом, дотле сам ја систематичар. Г. Перић предаје Грађанско Право на врло пространој основи, обухватајући сва питања која се могу појавити код једног правног института и стварајући на тај начин низ појединачних студија, које ће у току времена престављати потпун материјал за једно опсежно и исцрпно Грађанско Право. Ја се међутим задржавам више на принципима, на основним идејама, на излагању онога што је битно и главно и што омогућава да се и споредно лако уочи и сазна. На тај начин ја се трудим да за шест семестара, колико се времена слуша Грађанско Право, пређем свих пет делова, општи део и четири посебна дела. Тако су слушаоци у том повољном положају — којим се они на жалост врло мало користе — да с једне стране имају Грађанско Право у целини, у битним и основним односима, а с друге стране да се упознају са појединим деловима, разрађеним у свој потпуности и на широкој научној основи.

Кад се то зна, онда ће се разумети зашто сам се ја као знатно млађи наставник Грађанског Права решио да изградим и објавим целокупно Грађанско Право.

Али поред овог разлога има још један не мање значајан, који ме је руководио да приступим овом раду. Грађанско Право је у Србији занемарено. Студије из Приватног Права и разрада целокупног Приватног Права на велику штету угледа српске правне науке не показују велики напредак. Довољно је сетити се, да Грађански Законик већ шесет и осам година важи, а још нема потпуног дела о том Законнику. Коментар Димитрија Матића је и застарео и материјално се изгубио. Многи млађи правници нису никад ни имали у рукама тај Коментар, а има их вероватно који нису никад ни чули за Матићев коментар. „Систем Приватног Права“ од Андре Ђорђевића ни до данас није завршен. Има истина правника, који сматрају да Грађански Законик од 1844 овакав какав је не заслужује потпуну научну обраду. Колико је то погрешно мишљење види се најбоље по пандектном праву у Немачкој. Правна наука је од Јустинијановог права, које је важило пре 2000 година, створила у Немачкој једно применљиво и савремено право. Баш код несавременог законодавства улога науке и научног истраживања добија свој прави значај, јер она остварује везу између непотпуног и несавременог позитивног права с једне стране и културних захтева данога времена с друге стране. И зато ја сматрам, да је обрада баш овако непотпуног и несавршеног Грађанског Законика неопходно потребна и да представља један благодарни посао. Нема добре реформе позитивног права, док наука не припреми ту реформу својим истраживањима. У нади да ће овај рад мој ма и најмање допринети томе циљу, у тој нади сам и прегао да дам ово дело.

Ја сам био у том срећном положају, да слушам у Берлину три по мом мишљењу највећа европска правника у области Приватног Права: романисту *Дернбурга* (сада већ покојног), ведрога и јасног научара, човека широких погледа и одличног познаваоца римског права; германисту *Гиркеа*, импозантног и достојанственог историчара, вођу германистичке правне школе, темељног и дубоког научара, човека са силном логиком и пространим знањем; и најзад свог драгог учитеља *Колера*, универзалног правника и философа, човека снабдева изванредним

знањем и способностима и обдарена дивним идеализмом, који провејава кроз све његове радове. Стојећи на средини између романиста и германиста, Колер као непристрасни философ критички цени и једно и друго право и одабира оно, што је доиста културно и заслужује да се очува. Сва три ова великана у једном се слажу и тиме запајају своје многобројне слушаоце: у неизмерној љубави према праву и правној науци и у тежњи да што јасније покажу, како право није скуп мртвих параграфа и прописа, како је то жива функција људског друштва, коју треба као такву посматрати и проучавати. У место проучавања параграфа, они истичу проучавање друштвених односа, који се јављају под плаштом права. Док Дернбург и Гирке историским путем указују ову везу права са животом и културом, дотле Колер са општег философског гледишта придаје праву једну моћ и улогу, додељену од самог Божанства, које креће овај свет и влада њиме. У тренутку кад пишем овај предговор ја се сав налазим у оној чаробној атмосфери, кад ми је при полагању заклетве приликом промоције професор Колер у виду и поздрава и растанка говорио: „Идите у ваш лепи Београд, који је природа тако дивно обдарила а који људи нису ничим украсили, и старајте се да оправдате оно поверење, које Факултет има у вама, дајући вам своје највеће одликовање, докторску титулу“. Ја мислим да се одужујем и својим драгим професорима и својој датој речи, кад приступам послу, за који још не знам да ли су довољно јаке малене снаге моје. Али једно сам сигуран: Ону љубав према праву и оно гледиште на његову улогу у културном напретку човечанства, које правну науку мора да одликује, ја сам довољно испољио, онолико управо, колико сам и осећао. И зато је моје излагање невезано, слободно и искрено, као што ми је и осећање било искрено и отворено. То ће ми бесумње признати и они, који иначе буду нашли замерке мојој књизи.

На Велику Госпојину 1912.

Dr. Лазар Марковић.



ГРАЂАНСКО ПРАВО



САДРЖАЈ ПРВЕ КЊИГЕ.

	СТРАНА
УВОД	
1. Грађанско Право и Грађански Законик	1
2. Метод обраде и распоред градива	3
ОПШТИ ДЕО.	
УВОД	6
ПРВИ ОДЕЉАК.	
Објективно право.	
I. Појам и суштина објективног права.	
1. У опште о објективном праву	6
2. Ближа одредба објективног права. Разлика права од других сличних правила	10
3. Метафизички основ права	14
4. Спољни облик права	16
II. Подела објективног права.	
1. Јавно и приватно право	17
2. Принудно и диспозитивно право	19
3. Прохибитивно, императивно, пермисивно и интерпретативно право	21
III. Постајање објективног права (Правни извори).	
1. У опште о постанку објективног права	21
A) Законско право.	
1. Закони и уредбе	24
2. Постанак закона	25
3. Обавезност закона	28
4. О незнању закона	30
Примена закона	31
Тумачење закона.	
1. О тумачењу закона у опште	34
I. Доктринарно или научно тумачење.	
1. Граматичко и логичко тумачење. Тумачење путем законске аналогије	34
2. Празнине у закону и немање правног правила. Тумачење аналогijом и слободно тумачење закона	38
II. Законско или аутентично тумачење	42
Пресјанак закона	44

Б) Аутономно право	45
В) Обичајно право.	

1. О обичајном праву у опште	46
2. Суштина обичајног права. Обавезност његова	48
3. Сазнање обичајног права	53

Научна обрада права.

1. Правна наука или теорија. Правна техника	54
2. Судска пракса	56

Примена објективног права. Ограничења примене.

1. У опште о ограничености примене сваког права	58
2. О временским ограничењима права	
а) О неповратној и повратној сили закона	59
б) О стеченим правима и забрани њихове повреде	63
в) Примена општих начела на поједине случајеве	66
3. О ограничењу примене објективног права у личном погледу	
а) О примени приватног права на краља и чланове краљевског дома	68
б) О примени приватног права на државу	69
в) О примени српског објективног права на странце и њихове односе	69

ДРУГИ ОДЕЉАК.

Субјективна права.

1. Субјективна права и објективно право	73
2. Појам и суштина субјективног права	76

Елементи субјективног права.

1. Право и дужност	79
2. Право и овлашћење	79
3. Право и тужба	81
4. Право и приговор	83
5. Правни односи и правна стања	85
6. Субјект и објект права	86

Подела субјективних права	88
-------------------------------------	----

Правни субјекти.

1. У опште о правним субјектима	92
---	----

ПРВИ ДЕО.

Човек као личности у праву.

1. О човеку као личности у опште	93
2. Постапак човечије личности	94
3. Престанак правне личности човекове	
а) Престанак услед смрти	97
б) Престанак услед огласа за умрлог	99
4. О претпоставци живота	105
5. О имену човека	106

Правни положај човека као личности.

1. Правни положај човека према државној целини.

А) Унутарњи однос.

1. Грађанство. Поданици или грађани	107
а) Прибављање грађанства	108
б) Губитак грађанства	112
2. Странци	113

Б) Спољњи однос

1. Домицил и резиденција	113
------------------------------------	-----

II. Правни положај човека у саобраћају.

1. Правна способност и пословна способност (способност за правне радње). Ограничена пословна способност.	
2. Поједине околности које утичу на обим пословне способности.	
1) Узраст или доба живота	116
2) Здравље.	
а) Душевна или умна болест	120
б) Телесна болест и телесни недостаци	125
3) Стања слична здрављу.	
а) Распикућство	126
б) Пијанство	126
4) Пол	126

III. Положај човека у социјалној средини

1. Јавно уважање и неуважање. Грађанска част	127
2. Религија	129

ДРУГИ ДЕО.

Људска удружења и људске установе као личности у праву. Правна лица.

1. У опште о правним лицима	130
2. Суштина и основне црте правних лица	136
3. Правни положај правних лица. Правна и пословна способност њихова	140
4. Одговорност правних лица за радње органа	142
5. Врсте правних лица	144

I. Удружења.

1. Појам и суштина удружења	145
2. Оснивање удружења	146
3. Организација удружења	148
4. Правни положај чланова	149
5. Престанак удружења	150

II Задужбине.

1. Појам задужбине. Оснивање задужбине	150
2. Организација задужбине. Престанак задужбине	153

III. Заводи и установе 154

Правни објекти.

1. О правним објектима у опште	154
--	-----

I. О стварима.

1. О стварима у опште	157
2. Подела ствари	159
а) Телесне и нетелесне ствари	160
б) Покретне и непокретне ствари	160
в) Потрошне и непотрошне ствари. Новац и новчани знаци	168
г) Замењиве и незамењиве ствари	171
д) Јавне ствари, ствари ван промета и пусте или ничије ствари, ствари без господара	172
ђ) Процењиве и непроцењиве ствари	174
е) Просте и збирне ствари	175
ж) Главне ствари, припадци и плодови	179
3. Папири од вредности	
а) О папирима у опште	181
б) Појам папира. Заснивање папира	182
в) Правне особине папира од вредности	183
г) Врсте папира	184

II. *Остали објекти права.*

- | | |
|---|-----|
| 1. Људске радње | 186 |
| 2. Субјективна права као правни објекти | 186 |

ТРЕЋИ ОДЕЉАК.

Постајање субјективних права.

1. У опште о постанку субјективних права. (Правне чињенице).	188
<i>Правни послови.</i>	
I. <i>О правним пословима у опште.</i>	
1. Правни посао и изјава воље	190
2. Врсте правних послова	194
II. <i>Услови за важност правних послова.</i>	
1. Опште разматрање	195
2. О неважности правних послова	196
3. О неважности правних послова у српском праву	200
III. <i>Поједини услови за важност правних послова.</i>	
I. Пословна способност изјавиоца воље.	
1. Правни послови лица која немају пословне способности	207
2. Правни послови лица са ограниченом пословном способношћу	207
3. Правни послови правних лица	209
II. Стварност изјављене воље	
А) Свесна несагласност између воље и изјаве	
1. Ментална резервација	210
2. Симулација	212
3. Принуда	213
Б) Несвесна несагласност између воље и изјаве.	
1. Заблуда	215
2. Превара	222
III. Форма изјаве	225
IV. Правна обавезност изјаве	228
V. Садржина изјаве	231
1. Забрањени правни послови	232
2. Неморални правни послови	233
3. Правни послови са немогућом садржином	234
IV. <i>О заснувању при правним пословима</i>	234
<i>Ограничење правних послова.</i>	
I. <i>Условни правни послови.</i>	
1. Појам услова. Врсте услова	240
2. Забрањени и неморални услови	244
3. Дејство условне изјаве као такве	
а) Дејство изјаве са одложним условом	245
б) Дејство изјаве са раскидним условом	247
4. Дејство испуњења услова.	
а) О испуњењу услова у опште	247
б) Има ли остварење услова повратно дејство	248
в) Дејство испуњења одложног услова	250
г) Дејство испуњења раскидног услова	251
II. <i>Орочени правни послови.</i>	
1. Појам рока и врсте рокова	251
2. Дејство рока	252
III. <i>Правни послови са теретом или налогом</i>	253
<i>Недопуштене радње.</i>	
1. О недопуштеним радњама у опште	254
2. Правне последице деликта	255

ЧЕТВРТИ ОДЕЉАК.

Вршење субјективних права.

1. Начело слободног вршења права	257
2. Заштита вршења права	
а) Судска заштита	259
б) Заштита права путем самопомоћи	260

ПЕТИ ОДЕЉАК.

Престанак субјективних права.

Престанак права услед застарелости.

1. У опште о застарелости	262
2. Правни значај застарелости	263
3. Услови за застарелост.	
а) Невршење права	265
б) Протек времена	267
4. О незастаривим правима	268

СТВАРНО ПРАВО.

УВОД	270
----------------	-----

ПРВИ ОДЕЉАК.

Д р ж а в и н а .

I. Општа разматрања о државини.

1. Појам државине	270
2. Историја државине и облици државине	271
3. О државини у српском праву	275
4. Субјект државине. Предмет државине	277
5. Пренос државине	279
6. Престанак државине	280
7. Правна природа државине	281

II. Врсте државине.

1. Правична или законита државина и неправична или незаконита државина	282
2. Савесна и несавесна државина	284
3. Манљива или неисправна државина (possessio vitiosa)	287

III. Заштитна државине.

1. Основ државинске заштите	287
2. Поједини облици државинске заштите	289
а) Право на државину ствари	290
б) Право на самопомоћ	292
в) Судска заштита. (Државинске тужбе)	293
1. Тужба за заштиту државине од узнемиривања	294
2. Тужба за повраћај државине	299
г) О органима надлежним за државинске спорове	302
д) Значај државине за прибављање својине	303

IV. Правни положај држаоца у погледу ствари која је предмет државине

1. Правни положај савесног држаоца	303
2. Правни положај несавесног држаоца	307

V. Државина права.

1. Појам државине права	308
-----------------------------------	-----

2. Правни значај државине права	310
3. Критичка оцена државине права	313

ДРУГИ ОДЕЉАК.

С в о ј и н а.

1. Појам својине	315
2. Основ својине. Историја својине	319
3. Садржина права својине.	
а) Фактичко уживање својине	322
б) Правно располагање својином	326
4. Сусвојина	329
<i>Прибављање својине.</i>	
УВОД	333
1. <i>Прибављање својине вољом досадашњег сопственика. (Уговорно прибављање).</i>	
1. У опште о уговорном прибављању	335
А) <i>Прибављање својине на покретним стварима.</i>	
1. О условима прибављања у опште	338
2. Поједини услови прибављања.	
а) Уговор или споразум странака	339
б) Традиција или предаја ствари	343
3. Прибављање својине без предаје ствари	344
4. Прибављање својине од несопственика ствари	346
5. Неприбављање својине и поред предаје (<i>Pactum reservati dominii</i>)	350
Б) <i>Прибављање својине на непокретностима.</i>	
1. У опште о прибављању непокретности на основу уговора	351
I. Немачки систем баштинских књига	
1. О баштинским књигама у опште и о њиховој организацији	354
2. Правни значај баштинских књига	357
3. Примена општих начела на прибављање својине	365
II. Француски систем транскрипције или систем својинских књига	366
III. Торенсов систем	368
IV. Српски систем тапија.	
1. У опште о систему тапија	369
2. Издавање тапија	372
3. Пренос својине путем преноса тапије	374
4. Поступак при преносу тапије	378
5. Привремено убабтинење у облику прибелешке	382
II. <i>Остали начини прибављања својине.</i>	
1. Прибављање својине одржајем	383
а) О државини као услову за одржај	884
б) Време одржаја	386
2. Прибављање својине заузимањем или окупацијом	
а) Окупација непокретних ствари	387
б) Окупација покретних ствари	388
3. Прибављање својине услед физичке везе или спајања двеју ствари	390
4. Прибављање својине услед смеше или прераде ствари	393
5. Прибављање ствари прираштајем	394
6. Прибављање својине на предметима који леже на граници двају земљишта	397
7. Прибављање својине на нађеним стварима	398
8. Прибављање својине на сокровишту или нађеном благу	401

Заштита својине.

1. Тужба за повраћај ствари (rei vindicatio)	403
2. Тужба због узнемиривања (actio negatoria)	408
3. Тужба на повраћај ствари по државинском основу (actio Publiciana)	409
<i>Престанак својине</i>	410

ТРЕЋИ ОДЕЉАК.

Службености.

1. У опште о службеностима	413
2. Врсте службености	414
А) <i>Стварне службености.</i>	
I. У опште о стварним службеностима.	
1. Појам службености. Одлике службености	416
2. Подела стварних службености	421
II. Прибављање стварних службености	
1. Прибављање законских службености	423
2. Прибављање службености на основу уговора	424
3. Прибављање службености на основу судске одлуке	425
4. Прибављање службености одржајем	426
III. Заштита стварних службености	428
IV. Престанак стварних службености	428
Б) <i>Личне службености.</i>	
1. У опште о личним службеностима	432
I. <i>Право ужитка.</i>	
1. Појам ужитка и врсте ужитка	433
I. Ужитак на телесним непотрошним стварима.	
1. Прибављање ужитка	435
2. Правни положај уживаоца	
а) Права имаоца ужитка	437
б) Обавезе имаоца ужитка	440
3. Преносивост ужитка	447
4. Заштита ужитка	449
5. Престанак ужитка	449
II. Ужитак на потрошним стварима (Quasi-ususfructus)	452
III. Ужитак на правима	454
IV. Ужитак на целом имању	457
II. <i>Право употребе (usus)</i>	459
III. <i>Право становања (habitatio)</i>	462

ЧЕТВРТИ ОДЕЉАК.

Заложно право.

1. У опште о заложном праву	463
I. <i>Хипотека.</i>	
I. <i>Општа разматрања о хипотеци.</i>	
1. Историја хипотеке	466
2. Природа хипотеке и правне особине хипотеке	470
3. Предмет хипотеке	473
4. Обим хипотеке	475
5. Тражбине које се могу хипотеком обезбедити	478
<i>Прибављање хипотеке.</i>	
I. Уговорна хипотека.	
а) Материјални услови.	
1. Лице које одобрава хипотеку, да је сопственик добра	480
2. Изречан престанак дужников на хипотеку	483

6) Формални услови.	
1. О начелу публицитета у опште	485
2. Поједини формални услови при упису хипотеке.	
1. О органима државним који врше уписе	491
2. Молба за упис хипотеке	491
3. Начело специјалности хипотеке	492
4. Остали подаци који се морају навести приликом уписа хипотеке	495
5. О времену уписа хипотеке	496
6. Поступак судски приликом уписа хипотеке	498
3. О генералној хипотеци	500
II. Законске хипотеке	502
1. Законска хипотека женина ради обезбеђења мираза	503
2. Законска хипотека у корист лица под старатељством на добрима старалаца	504
3. Законска хипотека у корист државе за наплату пореза и приреза	504
4. Законска хипотека у корист државе на непокретним добрима рачунополагача	505
III. Судска хипотека	506
Својинска или власничка хипотека	507
Надхипотека или надинтабулација	511
Прибелешка	512
Ранг хипотека	513
Пренос хипотеке	515
<i>Права хипотекарних поверилаца.</i>	
1. Право на наплату из хипотекованог добра	517
2. Право првенствене наплате	519
3. Право следовања	521
4. Право хипотекарног повериоца у случају квара или погоршања вредности хипотекованог добра	525
<i>Престанак хипотеке</i>	526
1. Престанак хипотеке услед престанка тражбине	527
2. Престанак хипотеке независно од личне тражбине	528
II. <i>Заложно право на покретним стварима.</i>	
A) Заложно право на стварима	
1. У опште о заложном праву на покретним стварима	529
2. Предмет заложног права	530
3. О тражбинама које се залогом обезбеђују	531
4. Прибављање заложног права	532
5. О вишеструком залагању	536
6. Обим заложног права	536
7. Обавезе заложног повериоца	537
8. Права заложног повериоца.	
1. Право на државину ствари	539
2. Право на продају ствари	540
а) Услови продаје	541
б) Дејство продаје	544
3. Право на допуну залогa	545
9. О преносу и о залагању заложног права	545
10. Престанак заложног права	547
Б) Заложно право на правима	548



ГРАЂАНСКО ПРАВО

УВОД.

1. Грађанско Право и Грађански Законик.

Грађанско Право се често назива и Приватно Право, и обратно, али се та два израза не поклапају. Приватно Право је шири појам од Грађанског Права. Управо Грађанско Право је само један део Приватног Права, по правилу само оно право, које је засновано на Грађанском Законнику и законима, који стоје у вези са тим закоником. Али је Грађанско Право главни и основни део Приватног Права, тако да врло често изједначење Грађанског Права и Приватног Права није без основа извршено.

Грађанско Право је обично садржано у једном пространом закону, који се назива Грађанским Закоником (Code Civil, bürgerliches Gesetzbuch). Данас све државе имају такве законике, сем Енглеске, чије је грађанско право и до данас задржало облик обичајног права. У Србији постоји Грађански Законик од 25. марта 1844 године, који обухвата готово целокупно грађанско право. У § 2 тог законика прописано је, да се правила и одредбе садржане у том законнику примењују на свеколике приватне односе грађана. Одредбе Грађанског Законика су предмет разматрања у овој књизи.

Питање о постанку Грађанског Законика, о његовом утицају и његовој вредности, долази у историју права. Овде ће се напоменути из историје тог законика само оно, што је потребно за правилније схватање и тумачење појединих одредаба његових. Творац законика је Јован Хаџић, сенатор из Новог Сада. О раду тог заслужног човека постоји изврсна студија Сло-

бодана Јовановића, одакле су узети подаци о постанку Грађанског Законика.¹

Рад на изради Грађанског Законика почео је још 1829 год., кад је кнез Милош наредио учитељу кнежевнића Милана, Георгију Захариадесу, да преведе с немачког један део француског грађанског законика. Нарочита комисија била је образована, која је имала да преведе све знатније законе. Са радом те комисије кнез Милош није био задовољан, и како није имао коме да повери тај посао, пошто у Србији није било правнички образованих људи, он затражи и замоли аустриску владу, да допусти прелазак у Србију Јовану Хаџићу, новосадском сенатору и Василију Лазаревићу, земуном градоначелнику. Аустриска влада допусти прелазак и тако обојица дођу у Србију и предузму рад на изради закона. Пошто су прегледали пројекте прве „законоправителне комисије“ и обавестили се о Уредбама, по којима се дотле судило, као и о правним обичајима, који су у народу постојали, Хаџић и Лазаревић спреме и поднесу опширан извештај кнезу Милошу не само о Грађанском Законику, већ и о осталим законима, које би требало по њиховом мишљењу изградити. Што се тиче Грађанског Законика изјавили су, да француски закон, чији је превод прва комисија спремила, није за Србе и Србију. Српском народу требају много простији и краћи закони, који ће се ослањати, колико је могуће, на постојеће правне обичаје и одговарати оном културном стању, у коме се Србија налази. Међутим и поред овог врло умесног објашњења ни Хаџић ни Лазаревић нису се много загрејали за српске правне обичаје, нити су се трудили, да их детаљно упознају. Има примера напротив, где су они изречно одбацивали српске правне обичаје, сматрајући их као неправичне и неумесне, као што је био случај са обичајем, да при наслеђу мушко потомство има првенство над женским потомством.

Кнез Милош се у главном сложио са њиховим извештајем, па је поверио Хаџићу да изради Грађански Законик, а Лазаревићу Казнени Законик. Изради законика Хаџић је приступио тек 1840 године, пошто је морао радити на изради Устава и других важнијих закона о организацији државе. Те године закључен је

¹ *Слободан Јовановић*, Јован Хаџић, српски законписец (Политичке и правне расправе, I свеска, стр. 70. и даље). Видети и *А. Ђорђевић*, Систем Грађанског Права, I 1. стр. 38 и даље; *А. Јовановић*, Рад на законима кнеза Милоша (Архив, III, стр. 195).

формални уговор са Хаџићем, да за две хиљаде дуката изради предлог Грађанског Законика са мотивима и објашњењима, а у року од две године. Хаџић је на време био готов и у јесен 1842 предао је кнезу свој пројект. Тај пројект је врло мало измењен од једне комисије и Савета, па је на Благовести 1844 године проглашен за закон.

По садржини својој Грађански Законик је у ствари скраћен превод аустриског законика. Док аустриски законик има 1502 параграфа, Грађански Законик има их свега 950. Али то што је Хаџић скратио законик, не би била никаква штета, јер су приватни односи у Србији, нарочито саобраћајни односи, били још доста примитивни и неразвијени. Замерке које се чине Хаџићевом раду тичу се начина, на који је он извео то скраћивање, јер су многи прописи тако побркани и погрешно стилизовани, да се не зна, шта управо садржи законик. На пример прописи о државини. Неповољан суд о законнику изречен је тако рећи одмах по ступању његову у живот.¹ При свем том Грађански Законик је и до данас остао у важности са делимичним изменама, које су само појединим установама дале савременији облик (одредбе о старатељству). Министарство Правде ради међутим све припремне послове у циљу израде новог Грађанског Законика. Тај посао је знатно отежан недостатком правне литературе, недостатком потпуних система грађанског права, који би јасно изнели на видик недостатке и мане данашњег законика. Правне монографије о појединим питањима су растурене по разним часописима, од којих већина не изилази више и ретко се и може наћи. И зато је оправдана бојазан, да нови законик не створи сасвим ново право, као што је то у своје време учинио данашњи Грађански Законик, тако да ће требати времена, док се правни промет том праву асимилије. У развиту права треба да има континуитета и све нагле скокове ваља избећи. Зато и са израдом пројекта новог законика не би требало журити, јер се овако значајне кодификације раде десетинама година. Намењене да трају дуже време, сасвим је природно што и њихова израда захтева више времена, него обични закони.

2. Метод обраде и распоред градива.

При излагању Грађанског Права два су метода могућа: *егзегетички* и *систематски*. Први се састоји у појединачном ту-

¹ Видети критику *Павла Шерогића* у Бачкој Вили (Нови Сад, 1845) наведену и код *А. Ђорђевића*, Систем II, стр. 40.

мачењу сваке законске одредбе и примењује се при изради *коментара*. Други разматра у целини све одредбе, изналази логички ред у њима и спаја све правне установе у читав систем. Овим другим методом одликује се нарочито романистичка правна школа, која је обрађивала пандектно право. Системски метод биће и овде примењен, и то по угледу на систем пандектног права, које целокупно Грађанско Право дели на два дела: I *Општи Део*, у коме су изложени општи правни принципи и оне опште правне установе и правни појмови, који имају примене, по правилу, код свих појединих делова Грађанског Права; и II *Посебни Део*, који излаже поједине правне установе. Посебни део обухвата *Стварно Право, Тражбено Право, Породично Право и Наследно Право*. Наравно, да се сви принципи из *Општег Дела* не могу безусловно применити у сваком одељку *Посебног Дела* и да има честих оступања. Тако у *Породичном Праву* има доста оступања, која ће на свом месту бити изложена.

Системски метод одликује се даље историским и компаративним научним методом. Поједине правне установе не излажу се само у оном облику, који имају по данашњем позитивном праву, већ се износи и њихов историски постанак, у колико је то за разумевање саме правне установе потребно, и указује на сличне установе и њихов развитак у иностраном праву. Оба ова помоћна метода биће и овде примењена, у колико то буде било потребно ради бољег схватања и правилније оцене српског права.

ОПШТИ ДЕО

У В О Д.

Целокупно право појављује се у два облика: или као скуп правила и прописа, који регулишу друштвене односе људи у заједници, у држави (т. зв. *Објективно Право*) или пак као нарочито овлашћење, особена власт појединаца према другим лицима (т. зв. *Субјективно Право*). Оба та облика, и ако изгледају одвојени и потпуно независни један од другог, у ствари стоје у тесној вези, као што ће се већ видети. Али за научно истраживање права разликовање објективног и субјективног права има велике вредности и зато ће се обадва правна облика особено проучавати. Према томе у Општем Делу има два главна одељка. Један говори о општим особинама објективног права, док је други посвећен општим начелима која важе за субјективна права.

ПРВИ ОДЕЉАК.

ОБЈЕКТИВНО ПРАВО.

I Појам и суштина објективног права.

1. У опште о објективном праву.

Питање шта је право у опште, шта се има разумети под тим особеним социјалним феноменом, који је предмет нарочите правне науке, није ни мало просто и зато се не може дати одговор, који би потпуно задовољавао у сваком погледу. Све зависи од основног гледишта, са кога се полази при одређивању суштине права. На то гледиште нарочито имају утицаја општи философски погледи на свет и живот, тако да се на крају крајева све одредбе права појављују као чисто релативне вредности. Али се ипак дошло и до нечег опште признатог, до

закључака који се у главном сматрају као начела, као принцип. О томе може бити овде говора.

Под правом, у обичном смислу речи, разумеју се она правила, којима се регулише заједнички или друштвени живот. То је чисто формалистичка дефиниција, постављена према спољним знацима и моментима. Живот људски у друштву, у заједници, јесте један социолошки факт, с којим се мора рачунати. Људи не живе одвојено и појединачно, већ у групама, у друштву, у држави. У истраживање порекла друштва право се не упушта, пошто је то задатак социологије. За право је друштво и друштвени живот један факт, који се прима ван дискусије, као аксиома. Правна философија и социологија улазе дубље у ово питање, па истражујући корен праву и правним установама, оне се баве и питањем о постанку друштва. Наука позитивног права то не чини. Она прима друштво као једну чињеницу и то као потребну и корисну чињеницу.

Главна особина друштва, друштвене заједнице, којом се она разликује од механичке гомиле, јесте то, што је друштво организована заједница, т. ј. таква заједница, у којој постоје нарочита правила, којима су регулисани како међусобни односи чланова, тако и односи чланова као јединке према целини. Та правила, те норме јесу право и то право у објективном смислу. Према томе као објективно право може се означити скуп свих правила, којима се регулише друштвени живот, живот људи у заједници. Али ова одредба права није наравно потпуна, пошто се друштвени живот не управља искључиво по праву и правним правилима. Морал, религија, обичаји и навике разне, обзира друштвеног опхођења ит.д. утичу такође на држање појединаца, прописујући правила, којих се људи морају држати. Али кад се ова напомена привремено апстрахује, горња одредба са формалног гледишта је и тачна и довољна. Тачнија одредба даће се пак пошто се проучи питање о корену или клици права.

Питање о корену или клици права и ако је у суштини питање правне философије, ипак улази у обим науке позитивног права, да би припомогло јаснијем и бољем схватању појединих правних установа. На то питање даје се различан одговор, према томе са ког се гледишта пође при оцени улоге, коју право има у социјалном животу. Најчешћи и један од најстаријих назора јесте, да је право у суштини *оппиџа воља*, *allgemeiner Wille* по Хегелу,¹

¹ *Hegel, Rechtsphilosophie, Zusatz zu § 82.*

или *volonté générale* по Русо-у.¹ Русо је хтео постанак државе да објасни правним разлогом. Из стања првобитне слободе људи су се својеволјно путем уговора везали и потчинили државној власти, односно оним правилима, која су они сами створили. И тако је право у суштини израз опште воље. Поред философа има и знатних правника који сматрају, да је право искључиво израз опште воље, или што је још тачније, израз воље онога, који има друштвену власт, који ужива моћ у држави. Јеринг, Дернбург и Тон су најистакнутији прѣставници овог мишљења.² Па и Меркел даје од два елемента, који су садржани у појму права: *суд о праву* (*Urteil, Rechtsgedanke*) и *воља* (*Wille*) овом последњем првенство.³

Кад се ово схватање права изближе осмотри и испита, види се да је оно са чисто формалног гледишта тачно. Истина је неоспорна, да главни правни извор, закон, постаје изјавом воље врховног органа у држави, законодавног тела, којом се прописује да нешто има да важи као закон. Законодавна власт изгледа да је формално неограничена, и што она пропише као право, то и јесте право. При свем том ово учење о природи и суштини права не може се примити. Последице таквог схватања биле би врло кобне и довеле би идеју о праву у врло незавидан положај. Право би, и ако има једно звучно и привлачно име, у ствари било израз воље онога, који је јачи у друштву. Организација друштва и ред у друштву сводили би се у крајњој линији на силу, на право јачега. Право би, по речима Гирке-овим, који ту теорију о праву као вољи комбатира, било једна особена форма силе, која би паметним самоограничењем давала изглед, као да је друго нешто, а не сила. Јеринг је врло духовито повукао баш ту конзеквенцу свога схватања, рекавши: „*Das Recht ist die wohlverstandene Politik der Gewalt*“. Друга такође врло озбиљна последица оваког схватања била би, да би се сасвим негирала правна философија, а тиме би једновремеоно била прекинута и веза права са осталим културним феноменима. У садржини права тражио би се искључиво елеменат корисности. Ако је право само израз

¹ *Jean Jaque Rousseau, Contrat social.*

² *Jhering, Geist d. röm. Rechts, II, 318; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 1 ff; Dernburg, Pandekten I, § 19; Bürgerliches Recht I, S. 47.*

³ *Merkel, Jurist. Encykl. § 22 ff.*

⁴ *Jhering, Der Zweck im Recht, I, 250, 255.*

воље, онда пошто се воља управља по закону циља а не по закону узрочности (*causa finalis* а не *causa efficiens*),¹ суштина права свела би се на задовољење одређених интереса. Теорија воље прелази тако у теорију утилитаризма, која се још мање може примити. Ако је право израз воље онога, који има моћ и силу у друштву, онда би оно у ствари служило само интересима оних друштвених редова, који су јачи и моћнији.

На другом месту овако схватање права као *моћи* или *силе* или *воље*, макар то била и општа воља, не потврђује се ни историјом права, ни укорењеним народним уверењем о суштини права, нити се најзад може да помири са том околношћу, што је и највиша воља у држави везана за правни поредак. Историја права несумњиво показује, да право није постало путем самовоље оних фактора, који су имали на својој страни друштвену силу. Истина, у развитку права није увек било логичког реда, као што у опште у друштвеном развитку нема само логичних, већ и нелогичних елемената. Често пута је једно правно правило било израз једне ђуди, једне одређене жеље, самовоље чак, али је ипак такво право било изузетна појава. На постанак права, а нарочито приватног права, имале су утицаја и друге околности, из којих се може сазнати права природа тог социјалног појава, који се правом назива. Народно уверење пак одавно је начисто с тим, да у праву не лежи само израз воље нечије, већ се оно одликује другим нечим. То уверење народно заснива се на посматрању, на чињеницама, и зато има нарочиту вредност. И најзад право није воља, па ни општа воља по томе, што има и таквих правила, која везују и највишег органа у држави. Ако би та правила била само израз просте воље и ништа друго, ако она не би имала у себи и неку унутарњу снагу, онда би немогуће било објаснити везаност и тог највишег органа за право, потчињеност његову правном поретку. Јер нико не може сам себе да веже, везивање своје воље својом вољом је немогуће.

Кад се право не може схватити као воља, па ни као општа воља, остаје да се природа права одреди из садржине његове, т. ј. из њега самог, испитивањем, да ли оно има какве унутарње особине, које би га довољно карактерисале. Овим путем се дошло до сазнања, да је клица праву у *уверењу* о нужности и умесности његовој, да су правна правила искази људског *ума*, људске *памети*, о оним ограничењима појединих воља у дру-

¹ Jhering, Zweck im Recht, I, S. 4 ff.

штву, која су неминовно потребна. Право је по томе *ум, памећ*, а не *воља* или *сила*. Али правна правила као искази ума и разума, пошто редовно тако гласе, да се евентуално и принудним средствима имају остварити, да тако рећи имају безусловну важност, она обично примају у себе и једну наредбу воље, да то, што се по уверењу осећа и исказује као право, да то треба и да важи као право. Овај елеменат воље је међутим споредан састојак у појму права. Право по својој унутрашњој садржини није воља.¹

Оваким схватањем права прима се као тачно идеалистичко појимање права као културне појаве, која има да служи благостању и срећу људи и да им омогући онај развитак, који је човечанству намењен у светском процесу. Извор права је у дубини људске природе, у свести људској, у уму људском. Право је саставни део човечанског и клица му је у ономе, што човека одликује од других створова, дакле у свести и уверењу.

2. Ближа одредба објективног права. Разлика права од других сличних правила.

У претходном одељку утврђено је: а) да је право норма друштвеног живота и б) да је основ или клица норми у уверењу или свести ума, разума о потреби норме. Обе поставке треба ближе одредити и ограничити.

а) *Односно норме*. Кад се право описује као норма живота, тиме још није изражено оно, што је праву као нарочитој друштвеној појави карактеристично. Јер право није искључива норма друштвеног живота. Друштвени живот управља се и по другим правилима, која не улазе у право, и зато је потребно повући јасну границу између правних правила и осталих друштвених правила, која нису право. Ограничење се најлакше може извршити издвајањем оних кретања људског живота, која подлеже правном нормисању. Човек у друштву остварује свој живот помоћу разних функција свог организма, али сви животни покрети не улазе у правну област и нису регулисани правом. Право поставља правила само за делатности и изјаве људске воље. Оно има за циљ, да изјаве воље, да хотење људско упути одређеним правцем, да би у друштву завладали мир и правичност. У овом погледу право има исту функцију као и морал, јер и морал тежи томе, да људско хотење подвргне нарочитим

¹ *Gierke*, Bd. I. S. 116. ff.

правилима и принципима. Од религије се пак право знатно разликује, пошто се религија обраћа искључиво веровању, дакле једној унутарњој функцији људског ума.

Разлика између права и морала састоји се у томе, што правне норме одређују спољне хотење на безуслован начин. Оне не саветују само, већ допуштају, захтевају и забрањују у ауторитативној форми. По свој природи право је једна *обавезна* норма. Морал међутим поставља правила и препоручује само повиновање њима, али не обавезује безусловно. У основној идеји својој морална правила утичу на човека и његово хотење само унутарњом снагом убеђивања, а не и неким спољним ауторитетом, као што је то случај код права.

Правна правила имају тенденцију, да се безусловно, макар и принудним путем, остваре. По Гирке-у¹ само ова тенденција је карактеристична за право, а не и принудно остварење. Изнудљивост није дакле битни елеменат у појму права. Та околност, што се у конкретном случају једно правно правило није могло реализати, не одузима том правилу карактер права. За ово тврђење је најбољи доказ та околност, што многе обавезе, које се састоје у чинењу, нису просто изнудљиве и могу се само посредном принудом реализати. Исто тако и норме, које одређују држање шефа државне власти, нису изнудљиве, и ако су то правне норме. Други правници, нарочито Јеринг, а пре њега филозофи Кант и Ласал, истицали су баш изнудљивост као битну и карактеристичну особину права. Али је свакојачко тачније горње мишљење, да је само тенденција изнудљивости битна особина права. Савршено право је и изнудљиво. Несавршено право није изнудљиво, али је ипак право.

Друга разлика између права и морала је у томе, што се правом утиче на спољне хотење човечије, на држање појединца у спољнем свету, и то искључиво на то спољне хотење. Какви мотиви руководе човека при том хотењу и његовом остварењу, то је за право безначајно, само ако је хотење сагласно праву и правним прописима. Код морала стоји ствар друкчије. Моралним прописима регулише се унутарње душевно расположење човеково, да би се тиме тек посредно утицало и на спољне хотење. Нема разлике између права и морала у томе, што би право било норма једне заједнице, док би се морал својим

¹ Bd. I, S. 114.

начелима обраћао појединцима, као што су неки правници тврдили. То није тачно, јер и морал је појава и продукт социјалног живота.¹

Као даља особина правне норме може се истаћи то, да она важи искључиво за људе, односно људске заједнице и установе. Право се обраћа људима као бићима обдареним умом и слободном вољом, способним да сама собом управљају и своје кретање одређују. Тежња је сваког права, да то слободно хоћење, којим су људи обдарени, упути нарочитим правцем, да га прилагоди оним условима, које право поставља. Зато не може бити права код других створова, у ма каквим они организацијама живели.

Тиме што се право обраћа разумним бићима оно се разликује од природних закона, који обухватају и важе за све створове, не питајући да ли су они умом обдарени или не.²

б) *Односно ума, разума, уверења.* Тврђење, да је клица праву у *уверењу*, у *уму*, не треба тако схватити, да је свако уверење право. Да би једно уверење добило и облик права, треба да је исказано, изражено у спољнем свету, и то тако изражено, да садржава у себи и један елеменат воље, т. ј. хоћење: да се то што се као право осећа, хоће и да има као право. За испуњење овог услова није апсолутно потребно, да се правило облачи у заповедну форму, ма да се врло често и таква форма употребљава. Али с друге стране има и таквих правних правила, која баш не допуштају императивну форму. Из овога, као и из претходнога јасно изилази, да у заповести која прати једно правно правило, не лежи суштина права. Заповест је само спољна одећа правној норми.

Право је према томе различно од силе.³ И оно је истина сила, али једна чисто унутарња сила, што својим ауторитетом и својом садржином утиче на појединце, да се повинују правном поретку. И доиста у великој већини се људи под утицајем те унутарње снаге права покоравају правним правилима и правном поретку. Што се пак тиче спољне силе, силе која би се у спољнем свету могла остварити, такву силу само право нема и оно је мора да позајми са стране. А та спољна сила је праву потребна ради усавршавања и потпуног остварења. Спољну силу право позајмљује од државе. Држава се стара свим средствима

¹ W. Wundt, Die Ethik (1888).

² Gierke, Bd. I, S. 115.

³ Gierke, Bd. I, S. 118.

да прибави pravu важности, да одржи људе у границама правом постављеним. С друге стране право служи држави на тај начин, што прожима цело њено уређење и од односа силе ствара правне односе. Према томе с једне стране влада држава правом, а с друге стране право државом. Области њихових делатности сусрећу се и укрштају, али се не поклапају. Право није исто што и држава. То су две одвојене животне силе. Што се тиче узајамног односа између права и државе, ваља знати, да није тачно учење школе природног права, да је из права постала држава, нити је пак тачно прилично распрострањено мишљење модерних правника, да је право постало из државе. Природно право је, као што је познато, полазило од поставке, да је права било и пре државе и да су људи једним правним актом (уговором) створили државу. Модерни правници пак сматрају, да је само оно право, што држава силом своје формалне законодавне власти огласи као право, да је право другим речима воља државна. Оба ова крајња учења не одговарају природи права и државе. Право и држава су два равноправна фактора, који се узајамно допуњују, али се не поклапају. То се види с једне стране по томе, што држави није једини задатак одржање правног поретка. Држава има једну чисто културну мисију, у коју улази и право као помажући елемент. С друге стране пак право по својој садржини није прост израз државине воље и зато се не може узети да оно потиче искључиво од државе.

Право је изјављено уверење једне друштвене заједнице. Оно је манифестација човечијег друштва, а не појединачног живота. Један човек, као ни механички збир људи, не може да створи право. Тек организовани скуп људи заснива правна правила. Крајња клица права је у оном општем духу, који као јединачна снага провејава кроз једну заједницу и који се рефлексивно огледа и у појединцима као члановима те заједнице. Али са овим констатовањем, да је клица права у општем духу једне заједнице, не треба ићи до крајњих граница и замишљати постанак права, као да он сасвим несвесно бива. Ту је погрешку учинила историска школа, дајући сувише велику важност несвесној еволуцији, а одричући сваку важност људском уму као фактору правне еволуције. Творац историске школе, која иначе има великих заслуга за правну науку, Савињи, учио је да је право искључиво производ историје, живота, израз народног

духа, а не субјективног ума поједицаца. Оно се из себе самог објашњује тражењем корена и основа, на којима почива. Схватајући овако право Савињи је налазио, да су кодификације штетне, јер прекидају природну правну еволуцију.¹ И ако су Савињијеви ученици и следбеници Puchta, Keller, Rudorff, Stinzing и др. знатно допринели ширењу и бољем документовању историске школе у правној науци, ипак се она није могла ни у теорији ни у пракси у потпуности одржати. Правна наука није се доиста могла задовољити тако материјалистичким схватањем права, које одриче људском уму сваки пресудан утицај у развоју и постанку права. Основна идеја историске школе, да је право продукт духа оне заједнице, у којој је постало, може се примити као тачна, али је несумњиво нетачно то, да постанак права бива несвесно, искључиво под утицајем животних прилика и околности. Све то доиста утиче на постанак права, али поред тога и људски ум је један од главних твораца права, и то ум кристализован одблеском оних идеја, које у даном тренутку владају у једној заједници.² Уместо несвесне еволуције модерна правна наука истиче еволуцију упоредно са културним развојем, еволуцију у којој има учешћа као један од фактора и људски ум. Основно схватање права као *ума*, као израза *памети*, противило би се оном материјализму, до кога се долази прецењивањем историског момента у постанку права.

3. Метафизички основ права.

Књижевност : A. Lasson, System der Rechtsphilosophie (1880); R. Stammler, Die Lehre vom richtigen Rechte; A. Fouillée, L'idée moderne du droit (1883); F. Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie; J. Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie.

У одређивању метафизичког основа права философи и правници се знатно разликују. Читави системи постоје код овог питања, које је еминентни предмет правне философије. Само ради оријентације овде се спомињу главни правци.

а) Оригинално, методично и потпуно доследно је матери-

¹ Чувени правник Thibaut написао је књигу „Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen Gesetzbuches (Heidelberg 1814) тражећи општи законик за Немачку Царевину. Против те идеје устао је био Савињи својим познатим списом „Ueber den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung“ (III Aufl. 1840.), налазећи да такав законик не само што није потребан, већ је шта више штетан.

² Ж. Перућ, Један поглед на еволуционистичку правну школу (Глас Срп. Кр. Академије, LXXIV, стр. 122 и даље).

јалистичко схватање права. По том схватању потпуно се пориче постојање права као самосталне чињенице, која би се развијала под утицајем одређене њој иманентне силе, сасвим самостално и независно од спољних утицаја. Суштина права је у његовој апсолутној зависности од економских појава. Економски развитак искључиво одређује правни развитак. Основ овом схватању, које потиче у опште од материјалистичког схватања целокупне људске историје, положио је, и ако не системски, Карл Маркс, а логично извео Енгелс.¹ Ово учење о праву као потпуно једнострано данас је одбачено.

б) Слично горњем схватању и у вези са њим је реалистичко и утилитаристичко учење познатог немачког правника Јеринга. И ако не доводи право у апсолутну зависност баш од економских прилика, Јеринг такође не даје праву никакав дубљи етички значај ни основ. По њему право је само једно средство за остварење разноврсних друштвених интереса, полуга социјалне механике, скуп зидова и ограда без икаквог моралног основа. Не развијајући се по неком унутрашњем закону, право се руководи искључиво целисходношћу, мерилом одређеног циља. Ово гледиште је и сувише формалистичко, да би могло да објасни крајњи основ права. Оно би осим тога, кад би доследно било спроведено, довело до нежељених и опасних последица. Са том теоријом циља могао би се бранити сваки изузетни и борбени закон, а колико ти изузетни закони штетно утичу на културни развитак и каљају име државе, то је општа позната ствар.

в) Највише је заступљено идеалистичко схватање права, које у разним варијацијама истиче као главно то, да је право један особени појав, једна нарочита функција друштвенога живота, која има свој самоциљ. Функција права не може се извести ни из које друге функције, већ заузима према свима њима самосталан положај, као једна нарочита творевина људског духа. У човеку је од природе урођен правни нагон, који тежи остварењу једне идеје, *идеје правичности*. Та је идеја исто онако, као и идеје о *добром*, *лепоти*, *истинитости*, нешто што се ни с чим другим не да поредити, јер носи у себи самој своју вредност.² Крајњи циљ свих правних правила је остварење те идеје правичности. Право је само себи циљ, и ако ступа у службу других

¹ Видети извршено дело R. Stammler, Wirtschaft und Recht (1896).

² Gierke, Bd. I, S. 121.

друштвених функција, да би у вези са њима помогло велики културни процес у светској историји.

Развитак друштва показује стално диференцирање и издвајање појединих друштвених функција и друштвених сила. Нарочито ово важи за област привредних појава. Са културом наступа и све већа подвојеност тако да је право овде стављено у положај регулатора, који ће супротне тежње и интересе измирити, остварујући оно велико начело правичности које му је крајњи циљ. Ово је социолошки основ права.¹ Да би се ово постигло, потребно је, да право остане верно себи и својој основној идеји и да се не спусти на ниво обичног једног средства, којим би се имало да постигне друго нешто. Другим речима идеја правичности не треба да се прелије у идеју корисности тако да би сваки правни пропис имао да испуни један појединачни циљ, да прибави појединачну корист. Да ли ће се право баш тим правцем развијати, то зависи од паметне правне политике. Ако се при стварању права води рачуна о култури и културном напретку, о условљености права од других културних појава, онда ће се лако погодити пут, којим треба ићи, увек имајући за водилу основну суштину права: правду и правичност.

4. Спољни облик права.

Објективно право у свом спољнем облику показује се као скуп чисто апстрактних правила, која се тек једном умном радњом имају да примене на конкретне животне односе. Овај облик права преставља један виши, савршенији ступањ у развоју права. Првобитно право није имало форму апстрактног правила. Напротив, правна правила су имала чисто конкретан облик. Уместо правила: Сопственик може својим стварима по вољи располагати, какво правило као чисто апстрактну норму садржи модерно право, првобитно је право гласило: Петар сме својим имањем располагати, Јанко сме својим имањем располагати и т. д. Доцније је путем апстракције рад упрошћен и данашње право садржи чисто апстрактна правила. Свако тако правило обухвата читав низ конкретних факата, који се дају подвести под ту апстракцију. Значи да се у апстрактном правилу редовно налази норма за конкретни случај. Рад на изналажењу норме за конкретни случај из апстрактног правила јесте примена

¹ Kohler, Das Recht (у збирци „Die Gesellschaft“, коју издаје Martin Buber).

права. Код примене права узимало се раније, а и данас многи узимају (под утицајем Кантовог схватања) да је то једна логичка операција чисто формалне природе. Међутим правилније је и боље одговара правом стању ствари, у примени права гледати и једну стваралачку функцију, наиме даље развијање оног општег правила, садржаног у апстрактној норми.

II Подела објективног права.

1. Јавно и приватно право.

Горе изложене црте карактеришу свако право у опште. Правна наука разликује у праву две главне групе: *јавно право* и *приватно право*. Једна подела од огромног значаја, која води порекло још од римског права. *Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* (§ 4 J. I, 1). Критеријум за ограничење јавног права од приватног права доста је општег карактера, тако да се ограничење не може строго и доследно извести. Али се то ограничење ипак изводи у сваком праву, у свакој држави, јер се њиме тек ствара правни ред у држави. Издвајањем јавног права од приватног с једне стране појединац се обезбеђује, а с друге стране се подиже моћ и снага државна. Два круга се издвајају, у којима је кретање грађана потпуно одређено. Кад се у једном кругу креће, грађанин има пред собом јачега, има власт, којој мора да се повињује. Али и власт поступа по утврђеним правилима, тако да грађани имају право да траже онакав рад власти, какав рад та правила прописују. То је јавно право. У другом кругу појединац долази у додир са другим грађанима, себи равнима, тако да своје односе може да регулише по правилу онако, како он за сходно нађе. Ту је аутономија воље појединца загарантована. Тај круг представља приватно право.

Опште усвојено је мишљење, да су јавно-правне норме оне, које одређују организацију државе и свих оних установа, које врше државне послове. Приватним правом регулишу се међутим односи појединца, који стоје ван круга, којим се држава бави. Са гледишта циља у јавно право убрајају се оне норме, којима се у првом реду задовољава општи интерес, док се приватним правом тежи задовољењу приватних, појединачних интереса (римска подела). Само што овде речи: приватни интерес и општи, јавни интерес не треба тако схватити, као да су то

две супротности. Ти интереси прелазе један у други и узајамно се допуњују и помажу. Са правног гледишта јавно право се може описати као оно право, које регулише односе појединаца према држави као власти, и односе појединих власти међу собом, док би приватно право било оно, које регулише искључиво односе између самих појединаца, или и појединаца и државе, али не као власти. Неки правници истичу као критеријум и то, да ли су надлежни редовни судови за спорове те врсте, или пак административне власти и административно судство. Овај критеријум се не може примити, пошто се надлежност редовних судова и административних судова управља баш према томе, да ли су у питању приватно-правни или јавно-правни односи, а не обротно.

Карактеристика је јавног права, да је оно потпуно издвојено из утицаја људских воља и уговора. Појединци не могу својим споразумом ниједан јавно-правни однос регулисати друкчије, но што је он јавним правом регулисан. *Jus publicum pactis privatorum mutari non potest*. У приватном праву важи међутим по правилу сасвим супротно начело (§ 13 Грађ. Законика). Јавно право заснива даље таква субјективна права, која су махом и дужности грађанске. У приватном праву то није случај. Ко има једно приватно право, зависи од његове воље, хоће ли га вршити или не (§ 22 Г. З.).

У јавно право улазе: државно право, административно право, кривично право, црквено право (не свуда, у Србији је јавно право), поступак грађански и кривични, међународно право. У приватно право долазе: грађанско право, трговачко право и међународно приватно право (једним делом само). Целокупна подела права на јавно право и приватно право не може се схватити ни из какве духовите дефиниције, већ тек пошто се проуче поједине гране и јавног и приватног права. За приватно право, које се овде изучава, важно је утврдити, да је оно прожето многим елементима јавног права у том смислу, што су извесни односи регулисани на суверен начин, тако да појединцима није допуштено, да својом вољом утичу на садржину и облик тих односа. Ово долази отуда, што је и приватно право од значаја по опште интересе и зато се држава тамо где је то нарочито потребно, непосредно умешала и у приватне односе, дајући им онај облик, који најбоље одговара општим интересима. Као пример могу послужити многи односи из брачног права, као услови за ступање у брак, развод брака и т. д.

2. Принудно и диспозитивно право.

Приватно право се, према својој важности, дели на *принудно* право и *диспозитивно* право. Ова подела потиче од напред споменуте потребе, да се држава умеша и у приватне односе и да их коначно регулише, одузимајући једновременно појединцима могућност, да својом вољом та правна правила мењају. Има дакле у прописима грађанског права и таквих норма, које не зависе од воље и нахођења појединаца, да ли ће се тим нормама повиновати или не, док су пак остали прописи такве природе, да њихова примена зависи искључиво од воље приватних лица. У *принудно* право долазе све оне норме, за које држава, као орган права, захтева да се увек поштују. Приватна лица не могу својим споразумом да измене једну норму, која долази у принудно право. Ту важи начело: *jus publicum pactis privatorum mutari non potest*. Принудне норме називају се често и јавноправним прописима. *Диспозитивно* право пак је такво право, које се примењује тек у случају, кад сами појединци нису својом вољом један однос регулисали. Или, ако се пође са обрнутог гледишта, диспозитивно право је оно право, које појединци могу својом вољом мењати. Велика већина прописа приватног права је диспозитивне природе. То значи, да се ти прописи примењују увек, кад воља странака није изражена о једном односу.

Код питања о природи диспозитивног права водио се спор, да ли диспозитивне норме садрже оно, што би и саме странке утврдиле, да су свој однос изречно регулисале, што је дакле редовно и нормално код односа те врсте, или пак у диспозитивним нормама треба гледати оно, што закон сматра као право, које се има у конкретном случају применити, ако странке нису што друго усвојиле. Ово питање нема практичног значаја за примену права; оно може имати значаја при стварању објективног права, када треба имати у виду оба момента. Грађански Законик послужно се у § 13 овим изразом: „Закон накнађује вољу и наредбу човечију“ из чега би се извести могло, да у диспозитивном праву лежи оно, што закон наређује, без обзира на то, што странке можда то баш нису мислиле и тако не би урадиле, да су саме свој однос регулисале.

Грађански Законик поставио је у § 13 начело, да су прописи грађанског права по правилу диспозитивно право, тако да се увек могу заменити споразумом странака. Друга реченица тог §-а изриче један опште познати изузетак: да се у ономе,

што се тиче јавног поретка и благодинавија (јавног морала) не може ништа изменити. На питање пак, да ли је један пропис Грађанског Законика принудне или диспозитивне природе, на то питање § 13 не даје довољан одговор. Он наговештује само, да се она правила, која се тичу апсолутног, јавног поретка, и која су у интересу јавног морала, не могу мењати вољом странака. А која су то правила, то има суд путем тумачења сваког прописа Грађанског Законика да изнађе. У неким прописима види се већ из самог текста, да се не могу мењати споразумом странака. Тако, на пример, у § 103 стоји, да супрузи не могу својим уговором, својим споразумом утицати на питање о разводу брака, тако да би од њиховог споразума зависио и развод брака у опште и развод из одређених узрока. Прописи о разводу брака су принудне природе и појединци их не могу мењати. То исто важи за прописе о уништају брака. Сличан пропис се налази у § 950 у погледу правила о застарелости и њеном трајању. Али код велике већине прописа се из самог текста не може закључити, да ли је пропис принудне или диспозитивне природе, и зато се морају узети у обзир садржина прописа, циљ његов, веза његова са осталим прописима, као и друге околности, које помажу да се тачно одреди правни значај једне норме. При томе се не треба ослањати искључиво на стилизацију прописа, пошто она може да заведе. Грађански Законик није рађен тако пажљиво, да би се и о томе водило рачуна. На пример, § 907 гласи: „Дужник не може свог повериоца с оним намирити, што би он од другог тражити имао, коме би његов поверилац био дужан“. Ово је несумњиво диспозитивна норма, и ако би стилизација говорила у прилог друкчијег решења. Исти је случај са § 906: „Ствари које би ко на силу отео, утајио или на чување узео, не могу се никако узети за дуг“. У §§ 285 и 287 прописано је: да је за прибављање својине на покретним стварима поред споразума странака потребна још и предаја ствари од стране преносиоца прибавиоцу. Да ли су ови прописи принудне природе, не види се из текста и готово би неко био склон да их тумачи као диспозитивне норме. Али из историје ових прописа, као и из циља, који се њима хтео постићи, излази јасно, да су ти прописи донети у општем интересу јавног поретка и да се не могу мењати споразумом странака. Ови примери јасно показују, како треба бити обазрив при испитивању, да ли је један пропис принудне природе или

не. У сумњи треба узети, да је диспозитивна норма, чим су у питању чисто имовински односи. У области брачног права ова претпоставка међутим не важи.

3. Прохибитивно, императивно, пермисивно и интерпретативно право.

По својој ближој садржини прописи и приватног права могу бити врло разнолики, према разноврсним потребама, које се тим прописима имају задовољити. Једним прописима се нешто изречно забрањује. То је *прохибитивно* право. На пример, забрана уговарања интереса на интерес, о којој говори § 603 Г. З. Па забрана извесних бракова из § 69. Другим прописима се наређује извршење одређене радње, да би наступило правно дејство, које се жели. То је *императивно* право. Пример пружа пропис § 292 о упису права својине у баштинску књигу, или пропис § 326 о упису хипотеке, који су уписи неопходни за заснивање својине односно хипотеке. *Пермисивно* право је оно, које својим нормама даје овлашћења, допушта појединцима да учине нешто, или не учине. Такав би пропис био у § 22 о слободи располагања својим имањем, о вршењу права. Сличан пропис има § 476 о слободи тестирања.

Поред ове три врсте права, које се разликују садржином, али су сличне у томе, што се њиховим нормама регулишу извесни животни односи, постоји и такозвано *интерпретативно* право, којим се не регулише непосредно никакав однос, већ се само тумаче извесне одредбе и околности, како се имају у смислу закона разумети. На пример пропис § 547, да се 24 сата рачунају као један дан, тридесет дана у један месец, а 365 дана у годину.

Целокупна ова подела нема великог значаја за примену позитивног права. Њен је карактер чисто догматички.

III Постајање објективног права. (Правни извори).

1. У опште о постанку објективног права.

Питање о постанку права не може се одвојити од питања о постанку друштва. Друштво и право постају једновремено. Али то првобитно право не остаје исто, пошто се и само друштво мења. Стари чланови друштва изумиру, нови долазе. Услови за живот и опште културне прилике се мењају, а самим тим

мења се и право. Отуда се право налази у сталном процесу развијања, разумевајући под развијањем сваку промену у опште.

Постанак права има се схватити као човечије дело, пошто у ствари и јесте човечанско дело. Право је резултат стваралачког дара човечијег духа. Али наравно оно није дело једног човека, већ читаве једне органске заједнице. Поједини човек може утицати на стварање права само као члан заједнице.

Кад се има у виду суштина права, како је напред изложена, онда се сваки акт стварања права може поделити на два дела: на један *унутарњи* и један *спољни* догађај. Или другим речима, постајање права бива путем *стварања правног уверења* и *изјавом* његовом у спољнем свету.¹

Унутарњи догађај, који доводи до уверења може бити врло разнолик. Он се може одиграти или у души целе заједнице, или само једног дела њеног, или пак у души само једног човека, преставника заједнице. Основа уверењу може пак бити или један потпуно скривен осећај, или свесно размишљање. То уверење може подстицати јача или слабија воља. Разлике су овде такве природе, да се готово редовно не могу опазити, а оне и нису од каквог значаја за саму судбину права. За право је главно, да постоји *уверење*, а како је то уверење постало и како се до њега дошло, то је једна више мање безначајна ствар.

Сасвим друкчије је са другим догађајем: изјавом правног уверења у спољнем свету. Форме, у којима се изјављује правно уверење могу такође бити врло разнолике, али су све те разлике уочљиве и дају се лако проучити и одредити. Према тим формама, које су двојаке, и деле се правни извори на две групе: на *прописано* право, или законско право у ширем смислу (*gesetztes Recht*) и *обичајно* право (*ungesetztes Recht, Gewohnheitsrecht*.)

Обичајно право постаје у самом животу, несвесно, вршењем извесних радња, које одају повиновање једном нарочитом правном правилу. У свести заједнице ствара се уверење, да тако треба да се ради, и то уверење испољава се непосредно у самом животу, у самим поступцима. Обичајно право било је некада главни правни извор, претежнији од осталих правних облика.

Прописано право, или како се то нетачно каже, писано право, изјављује се једном на то нарочито управљеном изреком, дакле речима, које садрже и изречну напомену о постављању

¹ *Gierke*, I, S. 126.

правног правила. Код прописаног права између момента стварања правног уверења и његовог практичног остварења у животу умеће се један формални акт: стварање и изјава правног правила, облачење уверења у нарочиту форму, у форму правила, и изјава тог правила. Прописано право, које овако постаје, могуће је само у организованим заједницама, као што су државе, на пример. У држави је данас прописано право главни правни извор.

Пошто обичајно право постаје несвесно у животу, а прописано право се ствара једним свесним актом, то се ово последње показује као виши ступањ права, онај ступањ који боље одговара људским способностима да целокупни свој живот управљају не по случајностима, већ у смислу својих трезвених и паметних одлука.

И у прописаном праву огледа се једно правно уверење, само што то уверење не потиче онако непосредно из заједнице као што је то случај код обичајног права. Прописано право је на првом месту израз правног уверења оног органа, који то право ствара. У организованим заједницама органи заступају и представљају целину. Наравно, да ће при здравој правној политици то уверење бити једновременно и израз уверења целе заједнице, или бар претежног дела њеног. Међутим, пошто се право развија и под утицајем алогичних елемената, може се десити, да правно уверење органа не одговара правном уверењу заједнице, народа. У таквом случају право ће се ипак одржати као право, само што ће се посматрати с неповерењем и негодовањем. Али дужим вршењем и то се може отклонити, и то било да се наиђе на знатне тешкоће, које доводе до промене права, било да се мало по мало баш и само правно уверење измени.

Прописано право или потиче од државе и онда се јавља у двојаком облику, као *закон* и *уредба*. Или пак оно потиче од мањих заједница, уоквирених у држави, и назива се *аутономним правом*, *аутономијом*. Обичајно право пак може бити по мишљењу неких правника или чисто народно право (обичајно право у ужем смислу) или *правничко* право. У ствари неког народног правничког права нема, као што ће ниже бити објашњено.

А) ЗАКОНСКО ПРАВО.

1. Закони и уредбе.

Под законом се разуме свака правна норма, или правно правило, које држава прописује или поставља; данас се та правна правила, која се називају законом, стварају преко нарочитих органа, т.зв. законодавних органа.

Новија теорија државног права чини разлику између закона у *материјалном смислу* — таквог акта којим се постављају правна правила — и *формалног* закона, једног акта, који је у суштини административне природе, којим се не стварају никаква правна правила, али који је донет и изречен од законодавне власти у форми прописаној за доношење закона. За приватно право имају значаја само закони у материјалном смислу.

Осим закона има и других државних аката, којима се право ствара. Ти се акти зову *уредбе*. Првобитно су се под уредбама подразумевали само они прописи, који су се односили на уређење и организацију појединих власти, као и на њихов међусобни однос. Данас је то схватање напуштено и под појам уредбе долазе и такви акти, којима се право ствара, т. ј. постављају правна правила, само ако та правила није поставила законодавна већ управна власт. Према томе уредбе обухватају и право са гледишта материјалног — те се уредбе називају *правне* уредбе — и административне прописе, који долазе у ред особених правила, различитих од правних прописа у строгом смислу речи — *административне* уредбе. Ова подела, као и називи, усвојена је у државном праву, али Грађански Законик се не држи те терминологије. Многе допуне Грађанског Законика називају се по форми уредбе, и ако су то акти издани од законодавне власти. Ово треба имати на уму и при примени законика. Данас се више тај обичај не практикује.

Као што код закона само закони у материјалном смислу престављају извор објективног приватног права, тако исто то важи код уредаба само за правне уредбе.

Што се тиче обвезности закона, т. ј. признања закона као правног извора, о томе не може бити спора, пошто је закон признати облик, у коме држава испољава своју вољу. Сваки закон садржи наредбу покораванња, а сви судови као и грађани дужни су да се управљају по прописима законским (чл. 146

Устава). За уредбе међутим ствар стоји друкчије. Извршна власт по својој природи нема право да поставља правна правила. Она има да примењује, а не да ствара законе и право. Али су практичке потребе довеле до изузетака од тог строгог правила, које је последица начела о подели власти. Наиме даје се каткада особено овлашћење извршној власти да у одређеном обиму и границама постави правна правила, која би иначе поставила законодавна власт. Такве уредбе издане на основу нарочитог законског овлашћења и у границама овлашћења, изједначене су са законом и зато престављају објективно право.

Српски Устав не говори ништа о уредбама. Истина у чл. 117 налази се овај пропис: „Закони и законичне наредбе, које су законим начином обнародоване, имају обавезну силу за све грађане и власти земаљске“, а и у чл. 116 говори се о *наредбама*, али наредба и уредба није једно исто и нема се по чему закључити, да је овде Устав мислио на уредбе. У чл. 146 стоји пак да судови суде само по закону; о уредбама се не говори ништа. Међутим у пракси су честа законска овлашћења за издавање уредбе и прописи таквих уредаба су обавезни, као и законски прописи, јер су донети на основу законодавног овлашћења. Кад је сама законодавна власт пренела на извршну власт овлашћење за стварањем правних прописа, нема се разлога таквим прописима одрећи карактер права, па према томе и обавезност. Истина, има правника који налазе, да делегирања власти не може бити, да власти своје функције не могу преносити. И ако је ово мишљење логично и строго узев оправдано, ипак се у пракси оно не прима и делегирање је честа појава у односима између законодавне и извршне власти. У даљим редовима говориће се о закону, а уредбе ће само узгред бити додирнуте, као спореднији извор права.

2. Постапак закона.

Да би се једно правно правило сматрало као закон, потребно је да је постало на нарочити начин. Постајање закона може се поделити у два периода: а) стварање самог правила као таквог, његово формулисање, и б) уредно исказивање, објављивање правила у спољнем свету.

а) Стварање самог правног правила врши се унутарњом акцијом, радњом одређеног државног органа. На основу размислања, проучавања, процењивања свих околности, на основу

реферата и мишљења помоћних органа, државни орган у коме је оличена државна власт, утврђује текст правних правила, којима се има да изрази и правно уверење, а и воља да то уверење буде и право у одређеној заједници.

Ако је овај унутарњи акт дело једног човека, као што је то случај при доношењу закона у апсолутистичким државама, или као што је случај и у другим, уставним државама код уредаба, које прописује било владар, било министар један, било цео министарски савет, онда се он наравно не види, нити се поступак око његовог стварања може пратити. Међутим, ако читаво једно тело учествује у стварању правног правила, као што је случај са законима у уставним државама, где парламент доноси закон са пристанком шефа извршне власти, утврђивање текста законског врши се по нарочитом поступку, прописаном Уставом и парламентским пословником. У Србији законодавну власт врше краљ и народно представништво заједнички (чл. 33). Право предлагања закона припада и једном и другом чиниоцу законодавне власти (чл. 34). За сваки закон потребан је пристапак и краљев и Скупштине (чл. 35). Поступак при доношењу закона у Скупштини регулисан је у главним цртама уставним прописима (чл. 111—115). Законске предлоге Скупштина не може узети у претрес, док их не проучи Државни Савет и донесе о њима своје мишљење. Сваки законски предлог, кад дође пред Скупштину, мора се упутити нарочитом одбору скупштинском на проучавање. Док предлог не прође кроз нарочити одбор и док овај не поднесе Скупштини своје мишљење, не може се претресати у Скупштини. Ниједан законски предлог не може бити усвојен укупно, ако пре тога сваки члан његов није усвојен посебице. О сваком законском предлогу мора се гласати два пута у истом скупштинском сазиву. Између првог и другог гласања мора проћи најмање пет дана. Кад Скупштина одбаци какав предлог законски, он јој се не може више подносити за време истог сазива. Сви остали детаљи о поступку у Скупштини прописани су законом о пословном реду у Скупштини, или пословником скупштинским.

Кад један законски предлог буде примљен од Скупштине, онда се он преко надлежног министра или председника министарства подноси краљу на одобрење. Краљ нема право да мења примљени предлог, он га може само одбити или одобрити. Али његово право одобравања или неodobравања закона је апсолутне природе. Краљево вето је неограничено. У пракци у парла-

ментарним земљама краљ своје право врши обично невидљиво, т. ј. пре примања законског текста у Скупштини, у договору са министрима, који престављају њега и знају докле могу рачунати на одобрење краљево. Тенденција пак, да се краљево право представи као чисто формално право, не одговара прописима Устава, који су краља изједначили са народним преставништвом у питању доношења закона. Разуме се, да краљ сам по свом нахођењу и према приликама одређује и своје учешће у прављењу закона. Краљев акт, којим одобрава један закон, примљен од Скупштине, и који се састоји у потпису тог закона, назива се *санкцијом*.

б) Изјављивање правног правила врши се једном споља управљеном изреком, која се састоји у јавној обзнани утврђеног текста законског. То је *објављивање* закона, намењено упознавању друштва са оним што држава прописује као правно правило. Код питања о објављивању закона француско право и француски правници чине разлику између *промулгације*, проглашења закона и *публикације*, или правог објављивања закона. Промулгација је проглас једног закона, изјава шефа извршне власти, да је један закон постао уредним путем, онако како закони постају. У исто време промулгацијом се издаје наредба, да се тај закон врши и примењује, да се грађани и власти по њему управљају. У art. 1 француског Code Civil-a стоји: „Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite par le Président de la République“. Тај пропис је основа, на коме почива напред изложено мишљење. Што се тиче пак публикације или објаве закона, она би по том резонувању била изношење на јавност самог текста законског. И ако се данас оба ова акта једновремено врше, ипак их, по мишљењу француских правника треба двојити. То мишљење бране и познати немачки правници Лабанд и Јелинек. Од српских правника то мишљење имају Слободан Јовановић¹ и Андра Ђорђевић.²

И ако је ово мишљење готово победило у теорији ипак оно не изгледа довољно оправдано. Критички посматрана сама промулгација без публикације закона била би један акт од сумњиве вредности. Заједница не би много добила тиме, што би краљ само констатовао нарочитом изјавом, да је један закон вотиран. То се данас из извештаја штампе зна и пре краљевог

¹ Сл. Јовановић, Основни правне теорије о држави (1906), стр. 113.

² А. Ђорђевић, Систем приватног права, I., стр. 54 и даље.

констатовања и без краљевог констатовања. За доцније нараштаје само то констатовање има још мању вредност. А што се тиче наредбе краљеве, коју садржи промулгација, да се сваки грађанин повинује закону и његовим прописима, та је наредба за саму важност закона безначајна. И без такве наредбе закон ће важити, чим буде објављен. Према томе изгледа логичније схватити и промулгацију и публикацију као *један акт*, као акт којим се шаље у спољни свет текст законски. Краљ би се појављивао само као орган, који би вршио објављивање закона, и изјава његова, односно потпис, давала би законском тексту само аутентичност. Ово мишљење нарочито бране *Ото Гирке*¹ и *Георг Мајер*.

Са овим мишљењем слаже се и Колер, који одбацује промулгацију нарочиту у оном њеном делу, који садржи наредбу, да се један уредно вотирани закон и примењује. Таква наредба је већ иманентна у самом појму закона. Колер наводи, да је раније истина друкчије било, док закон није изједначен са обичајним правом и док се његова обавезност заснивала искључиво на заповести врховног поглавара. Данас пак један закон самим тим што је закон, обвезује грађане и сасвим је довољна сама публикација закона. Свако друго мишљење по Колеру не води рачуна о органској природи државе и човечанства, и праву као специфичној функцији људског духа.³

Било да се усвоји једно или друго мишљење, главно је то, да у постанку закона има два периода, две фазе: стварање правног уверења и изјава његова у спољнем свету. Сви детаљи и једне и друге фазе тичу се државног права, где се и проучавају опширно. За српски Устав вреди поменути, да је он усвојио теорију француског права о разликовању промулгације од публикације. По чл. 43 Устава никакав закон не важи, док га краљ не прогласи. А по чл. 117 закони тек кад буду уредним путем обнародовани, имају обавезну снагу за грађане.

3. Обавезност закона.

Један закон постаје обавезним тек пошто буде објављен. То проистиче из саме природе закона, као нарочитог правила изјављеног у спољнем свету. Не може се говорити о обавезности једног правног правила, све док оно не буде у спољнем свету

¹ *O. Gierke, Deutsches Privatrecht, I Bd. § 131.*

² *G. Meyer, Staatsrecht, § 158.*

³ *J. Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, § 88.*

изјављено. Строго узевши, с обзиром на циљ публикације или објављивања правила требало би узети, да обавезност тече од оног момента, кад сваки члан заједнице буде са том нормом упознат. Пошто је објављивању циљ, да се друштво упозна са законима, то би се тај циљ најбоље постигао *индивидуалним упознавањем*, саопштавањем норме сваком грађанину. Како се пак овај начин упознавања не може остварити, с обзиром на велики механички рад, који би за то био потребан, то се прибегло тако званом *колективном* саопштавању. Једном или више објава доставља се јавно свима грађанима, да је извесно право постало. Наравно да се колективним објављивањем само мањи круг људи може да упозна са новим правом, и зато се предузимају нарочите мере, да колективно објављивање буде имало што више успеха. Као прва и неопходна мера сматра се то, да се остави извесно време после публикације закона, да се грађани са законом упознају, па тек по истеку тог времена почиње обавезност закона. Тај рок после публикације закона, остављен грађанима да се упознају са законом, назива се *vacatio legis*.

У српском праву има неколико прописа о обавезности закона, т. ј. о тренутку, од када се сматра, да је закон добио обавезну снагу. У чл. 43 Устава прописано је, да закон не важи, док га краљ не прогласи. А у чл. 117 стоји, да само закони уредно обнародовани имају обавезну снагу. Устав је поставио само негативно правило, да један закон не може важити, док не буде обнародован, а ништа не говори о томе, од ког дана по обнародовању закон важи, да ли одмах, или по истеку одређеног времена. Кад Устав то није прописао, значи да је остављено сваком закону, да он сам пропише од кад ће важити, наравно узимајући као почетни дан и први дан важења онај дан, кад је, по проглашењу или заједно с њиме, извршено обнародовање. Грађански Законик је тако, према пропису § 3, ступио одмах на снагу, чим је обнародован. Овај пропис не се аналого примењивати увек, кад није одређена *vacatio legis*. Иначе што смета § 3 Г. З. да важи као опште правило, јесте једно законодавно решење од 23. XI. 1850 године (Зборник V, стр. 301) којим је прописано, да закони добивају обавезну силу тридесет дана од дана кнежевог (краљевог) одобрења. Идеја је била добра, да се место § 3 Грађанског Законика, који није усвојио никакву *vacatio legis*, пропише општи рок од тридесет дана као *vacatio legis*; само што је рачунање тога рока погрешно наређено.

Уместо да се каже „од дана обнародовања закона“, прописано је „од дана одобрења краљевог“. Тако се може десити, да закон није још ни објављен, а већ је добио обавезну снагу у смислу горе поменутог решења. Та аномалија је у ствари искључена прописом чл. 117 Устава, по коме ниједан закон не важи пре обнародовања. И тако ће услед овако разноликих прописа бити потребно, да се у сваком случају засебно испитује, од ког дана важи један закон. Сасвим је противна Уставу формула, која се понеки пут практикује, да „закон ступа у живот, кад га краљ потпише“. Ако се тиме хоће да каже то, да закон постаје законом тек кад га краљ одобри, то је сасвим излишно, пошто без сагласности краља и Скупштине нема закона (чл. 33 и 35 Устава). А ако се мислило на обавезну снагу закона, онда је то у противности са чл. 117 Устава, по коме ниједан закон не важи пре обнародовања.

Све напред изложено о објављивању закона примењује се аналого и на правне уредбе.

Што се пак тиче самог начина објављивања закона и уредаба, уобичајено је, да се објава врши преко званичних новина („Српске Новине“). Осим тога сви закони и уредбе објављују се и у нарочитом Зборнику закона, који издаје Министарство Правде (тач. 5. § 19 Устројства Централне Управе од 1862 године). За потребе државних власти, као и приватних лица закони се штампају и у засебним књигама, било у званичном или приватном издању.

4. О незнању закона

Утврђено је правило, да један закон чим ступи на снагу, чим постане обавезним после објављивања (односно проглашења), по протеку рока за *vacatio legis*, ако је такав рок одређен, обвезује свакога, на кога се у опште може да примени. Сасвим је равнодушна ствар, да ли је вест о закону том и његовим прописима допрла до појединаца, да ли су они за закон знали или не. Безначајно је и то, да ли је ко могао знати, да ли је заборавио или погрешно чуо и сазнао. Још је римско право поставило принцип: *ignorantia juris nocet*. И Грађански Законик у § 14 има сличан пропис: „Незнање већ обнародованог закона никоме не помаже и нико се незнањем закона извинити нити бранити може“. Незнање закона дакле никоме не помаже.

Ово правило је донето као једна друштвена потреба, ради

сигурности и одређености у правним односима. Основа том принципу није фикција о општем сазнању права, као што се обично узима, пошто таква фикција и сувише стоји у контрасту са правим стањем ствари, већ, по Гирке-у, та мисао, да је у законском праву само речима исказано оно, што већ живи у правној свести сваког појединца. И према томе изгледа да би правично било, у случајевима где се таква свест апсолутно не може претпоставити, допустити изузетак и сматрати незнање закона као разлог који извињава, као оправдану заблуду. И ако ова напомена има вредности, ипак је тешко остварити је, пошто се не могу границе наћи. Зато се остаје при општем начелу.

Примена закона.

Законе примењују на првом месту грађани, удешавајући своје односе по правилима, која су закони поставили. То је свакодневна и најглавнија примена, која се махом добровољно врши. Та примена не интересује правну науку. Право се интересује за ону примену закона, коју врше судови, чија је специфична дужност примена права. Судови су ти државни органи, који имају право да остварују, у колико сами појединци не би то учинили. Само о примени права од стране судова може овде бити говора.

На првом месту, пре сваке примене, суд има да утврди, да ли је једно правило законски пропис или не. Суд је дужан, да се увери о постанку тог прописа, а увериће се кад буде испитао, да ли је пропис, о коме је реч, донет оним путем и од оних органа, који према основним земаљским законима имају право да граде законе. Испитивање суда кретаће се у разним правцима.

а) Суд има да утврди, да ли је закон уредно проглашен (чл. 43. Устава) и прописно обнародован (чл. 117. Устава). О томе ће се уверити врло лако из „Српских Новина“, из којих се види и промулгација и публикација закона. То је у осталом и позната и лака ствар, нарочито код новијих закона. Кад се суд једном увери о томе, он задржава своје уверење за будуће случајеве, где би била у питању примена тог истог закона. Мало тешкоће може бити код старијих закона и законодавних решења, али се сви ти закони налазе у званичним издањима и у званичној збирци (Зборник закона) тако да се и о њима могу

добити поуздани подаци. Овај посао је при констатовању законске важности једног правног прописа чисто формалне природе.

б) Други мало тежи задатак је, да суд утврди, да је закон доиста донет од законодавних фактора, који имају законодавну власт. Суду није довољно само да констатује, како је закон од стране краљеве проглашен и уредно публикован, већ он треба да има и уверење, да је то правно правило доиста издала законодавна власт. Ово је и право а и дужност суда. Само што суд то уверење не црпи непосредно проучавањем постанка правног правила, већ га добива посредним путем: из прогласа односно објаве закона, коју врши краљ са министром надлежним. У чл. 116 последњем ставу прописано је: „У обнародовању закона мора се казати, да је на њега пристала Народна Скупштина“. Та напомена је довољан доказ за суд о учешћу Скупштине. Ако такве напомене не би било, суд би имао да одбије примену правила, које се појављује као закон, пошто не би било аутентичне изјаве о суделовању оба фактора законодавне власти. Што се тиче учешћа краљевог, о томе се суд уверава из потписа краљевог са потписом надлежног министра. И ако је испитивање суда о учешћу оба фактора, и краља и Скупштине у доношењу закона, чисто формалне природе, ипак у случају, кад би суд позитивно знао, да један закон није вотиран од Скупштине, а ипак је проглашен и публикован, он би могао и требао да одрече законску важност таквом правилу и да одбије његову примену.

в) За доношење закона прописан је нарочити поступак Уставом и скупштинским пословником, па се пита, да ли суд има право, односно дужност, да се упусти у истраживање, како је један закон донет, по ком поступку, да ли су испуњене све формалности законске и уставне. На то питање одговара се, да се услед начела поделе власти судска власт не може упуштати у испитивање коректности рада законодавне власти. Сама Скупштина врши потребну контролу у овом питању.

Са овим решењем, као и претходним изгледа да стоји у контрадикцији један факт, који треба поменути. Наиме у чл. 118 став II Устава од 1888 године прописано је било, да нико други нема право решавати, да ли је при каквом закону, који је надлежно обнародован, и Народна Скупштина са своје стране суделовала начином, како то овај Устав прописује. Међутим у Уставу од 1903 године други став овог прописа (чл. 117) испао је, тако

да би се могло тумачити, да данашњи Устав не садржи поменту забрану. Тако тумачење било би пак погрешно, а то зато, што је пропис чл. 118 Устава од 1888 имао чисто историски значај, с обзиром на ванредне законе, које је Краљ доносио по Уставу од 1869 и без пристанка народног преставништва. Како таквих ванредних закона не може бити по Уставу од 1903, то је поменути став као излишан избрисан. Начело пак, да судска власт нема право испитивати коректност рада законодавне власти остало је недирнуто.

г) Најзад остаје и најважније питање о садржини закона, т. ј. о праву суда да се упушта у испитивање, да ли садржина једног закона одговара Уставу и уставним ограничењима, пошто се у Уставу налазе и такве норме, којима је ограничена законодавна власт у доношењу закона. На то питање, да ли је један закон сагласан са Уставом или не, одговара се, да суд нема право да се упушта у такво испитивање. Законодавна власт је одвојена власт од судске власти, и шта више, виша власт од те власти. Сама Скупштина има да цени, да ли се једним законом остаје у границама Устава или не. То значи, да суд нема право да цени уставност закона.¹ По чл. 146 Устава судови суде само по законима, а не по Уставу. Они су чувари закона, да их појединци поштују, а не чувари Устава од повреда законодавне власти. Овакав систем усвојила је велика већина држава, сходно начелу поделе власти. Изузетак чине Сједињене Америчке Државе, где је судовима дато право да цене уставност закона и са гледишта материјалног. То право имају амерички судови због нарочите организације државних власти.

Све ово напред речено о примени закона, важи аналого и за правне уредбе. Изузетак постоји само у последњем питању, које се код уредаба друкчије решава, него код закона. При примени једне уредбе судови су и дужни и овлашћени, да испитују њену материјално-правну важност, у колико је у сагласности са законом, на основу чијег је овлашћења издана. Једна уредба само у толико је обавезна, у колико су њени прописи сагласни са законским овлашћењем, које је основ уредбе. Ако

¹ Тако и *А. Ђорђевић*, I, стр. 62; *Ж. Перих*, О улози судске власти по српском законодавству, стр. XVI; *Слободан Јовановић*, Основи правне теорије о држави, стр. 169; *Д. Б. Јовановић*, Има ли код нас суд да цени уставност закона (Недељни преглед 1909. стр. 464). Противно мишљење нарочито с обзиром на горепоменути чл. 117 Устава *Др. Чеда Марковић*, у свом чланку: Суд има да цени уставност закона (Архив, IV, 411).

суд нађе, да је уредба по садржини својој противна закону, он је неће примењивати.

Тумачење закона.

1. О тумачењу закона у опште.

Књижевност: Danz, Die Gesetzesauslegung und das Leben (Grünhuts Zeitschrift XXV, S. 611 ff); Hölder, Die Auslegung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches (1898); Reuterskiöld, Ueber die Rechtsauslegung (Upsala 1899).

Под тумачењем закона разуме се истраживање садржине његове, утврђивање онога, што се у закону хтело речима да изрази. У том погледу правилно је говорити само о тумачењу закона, а не и о тумачењу других правних извора, као обичајног права, које није изражено речима, већ се огледа у радњама, у вршењу. Рад на истраживању и утврђивању смисла једног законског прописа није чисто механичке природе. При тумачењу се има дубље да уђе у смисао правних прописа, тако да се изнађе и оно, што се на први поглед не види, али што је у пропису садржано.

Тумачење закона може бити двојако. Или се законски пропис тумачи путем слободног истраживања, — то је право тумачење — или пак путем правних правила — законско или аутентично тумачење. Оно прво тумачење назива се доктринарно или научно тумачење. Што се тиче аутентичног тумачења, легалне интерпретације, то у ствари и није тумачење, јер се њиме не истражује смисао закона. То је доношење новог правила с тим да се то ново правило има сматрати као да је садржано у старом правилу, које се тумачи. Ова функција је далеко од онога, што се назива тумачењем.

1. Доктринарно или научно тумачење.

1. Граматичко и логичко тумачење. Тумачење путем законске аналогије.

Први и најприроднији пут при тумачењу једног законског прописа јесте утврдити смисао сваке речи, којом је правило исказано, и на тај начин изнаћи и смисао правила на основу закона који владају говором и живом речју. Такво тумачење назива се *граматичко* тумачење.

Речи треба узимати у њиховом обичном или парочитом правном значењу, ако би га имале. Граматичким тумачењем у

великој већини случајева се и изнађе прави смисао и значај закона.

Ако се овим путем не би могао пронаћи смисао једног законског правила, или ако би се дошло до резултата, који не задовољавају, онда се мора поћи даље и тражити смисао законски ван самих речи. У том циљу ће суд имати да се обазре на разне околности, које стоје у вези са правним правилом које се тумачи. Познато је, да свако правно правило стоји у органској вези са осталим правилима из истог правног института, даље са основним правним идејама данога времена. Осим тога закон има и свој шири правни основ (*ratio legis*) као и неки нарочити циљ у погледу културног напретка човечанства. Сви ти моменти кад се процене и доведу у узајамну везу, доведиће до чињеница, на основу којих се може добити такво тумачење, које је и најумесније и најприродније. Још се има да обрати пажњу и на везу закона са досадашњим правним развојем, чији је он наставак. Овакав поступак и метод при изналажењу садржине закона назива се *логичко тумачење* закона.

Један нарочити облик логичког тумачења представља примена *законске аналогије*. То је тумачење једног правила у одређеном смислу, зато што се друго неко правило, које са првим има исти основ, тумачи у истом смислу. Од ове законске аналогије треба разликовати т. зв. *правну аналогију* или просту аналогију, којом се попуњавају празнине у закону, док се законска аналогија примењује тамо, где постоји законски пропис, само му је смисао нејасан.

Логичко тумачење може бити *екстензивно* и *рестриктивно*. Првим се закон проширује и на оне односе, за које се, на први поглед судећи, не би узело, да су обухваћени законом. Другим се смисао закона тачно ограничава. Тумачењем закона тежи се не само томе, да се нејасни смисао закона расветли, већ да се и непотпуни израз попуни и неправилни поправи. Нетачност израза, као и неправилност могу у овоме бити: Или је више казано, него што је правилом требало бити обухваћено, или мање. У првом случају је тумачење рестриктивно, пошто се њиме онај вишак одбацује, а у другом пак екстензивно, јер се формално додаје још нешто. Кад ће бити једно, кад друго, зависи од особених прилика, али у сваком случају треба бити обазрив и само онде примати једно или друго тумачење где је то по свима околностима судећи потребно. Тако у § 15 стоји

да је сваког *Србина* личност и сопственост невређима и законом заштићена. Израз *Србин* треба схватити у ширем значењу, да обухвата и Србина и Српкињу (оба пола), пошто је несумњиво такав смисао закона. Изузетни прописи пак се увек тумаче у ужем смислу, рестриктивно. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*. На пример, у § 567 предвиђена су два случаја, када поклонодавац има право тражити повраћај поклона: кад дародавац осиромашни или кад се поклонопримац покаже лично према дародавцу неблагодаран. То су два изузетка, иначе се поклон не може тражити натраг. Тако, ако би се поклонопримац одао блудном животу, то не би могао бити основ за повраћај поклона.

И граматичко и логичко тумачење заснивају се на извесној научној основи и методи и не могу се лако савладати. То није ствар, која се може из правила научити; то је вештина, за коју треба и времена и дара. Много такта правничког и здравог разума треба имати, па правилно тумачити законе. Треба знати живот и животне потребе, треба и околину познавати. Као главно правило важи то, да свако тумачење треба да води рачуна о основној идеји у појму права, о идеји правичности, па да тежи такво решење да нађе, које би најбоље одговарало правди и правичи, а било логички умесно и оправдано.

Сва правила о граматичком и логичком тумачењу односе се на метод истраживања смисла и значаја једног закона. Да ли се при томе сме извршити персонификација и истраживати оно, што је законодавац *хтео*? Другим речима, да ли је *мисао* изражена у правним правилима, и *воља* законодавчева једно исто? У том питању правници се не слажу. Већина правника сматра, да је принцип тумачења воља законодавчева и да њу треба пронаћи. То је владајуће мишљење.¹ Други пак писци одбацују свако персонифицирање и истичу социолошку природу права као околност, која се противи простом истраживању воље законодавчеве.² Мисао није робинја воље. У свакој мисли дубљи је основ, него што допире воља онога, који је мисао изразио. Према томе, по овим писцима, законе треба тумачити не према мишљењу и вољи законодавчевој, шта је он хтео и како је мислио, већ их треба тумачити социолошки, као производ целог

¹ *Windscheid — Kipp I, § 21; Regelsberger, Pandekten, § 35.*

² *Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, S. 123 ff; Zitelmann, Die Gefahren des bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft (1896).*

друштва и његових културних прилика. Из овога изводи професор Колер даљи захтев, да при тумачењу закона треба изабрати оно значење, које се показује као најпааметније и најцелисходније, с обзиром на културни задатак права. И даље као последица овог захтева истиче се правило, да начин тумачења једног истог закона треба мењати према промени културних прилика. Тако, по том схватању Грађански Законик српски од 1844 године не може се тумачити и данас онако исто, како се тумачио у педесетим годинама прошлог века. Живот се изменио, прилике су данас друкчије, па се и право треба по томе да повија, тако да се тумачењем има у једном правилу да нађе она мисао, која одговара данашњем схватању.

Од ова два схватања несумњиво је боље ово друго, органско или социолошко схватање права. Оно води рачуна о циљу и задатку права, као и о природи његовој, и зато тумачење једно, које то има у виду, даваће много повољније резултате. Правом се тежи остварењу културе, а култура стално напредује тако да се правна еволуција по томе мора да управља. Али наравно не треба сасвим одбацити и испитивање оних чињеница, које показују каква је воља законодавчева била. И те чињенице могу помоћи за правилно разумевање права, само што њима не треба дати пресудан значај.

Према томе како се схвати право, да ли чисто позитивистички или социолошки, зависи и одговор на питање о значају и важности припремних радова, протокола комисија, мотива, дебате у парламенту и т. д. за тумачење права. Кад се право схвати социолошки, као што и јесте његова природа, онда је сасвим природно, што се целокупном том материјалу даје мали, подређени значај. Али свакојак да иду сувише далеко они правници, као Колер,¹ који том материјалу одричу *сваки* значај. Извесан значај се тим радовима мора дати, нарочито при логичком тумачењу, али при томе ваља бити врло опрезан. Мотиви нису закон, а изјаве појединих чланова парламента, па и самих министара, саме за себе су без значаја. Тек у вези са другим моментима могу оне да помогну, да се изнађе прави и правилни смисао законски.

Грађански Законик садржи неколико правила о тумачењу закона, која се у главном поклапају са напред изложеним принципима. У § 8 прописано је, да се при тумачењу права има

¹ Kohler, op. cit. S. 131.

прво обратити пажња на речи и њихово значење (*граматичко тумачење*). Речи се не смеју извртати, нити им се сме придавати значај, који оне немају. Ако се овим путем, граматичким тумачењем, не може да утврди смисао и значај закона, онда треба ићи даље и с обзиром на остале моменте (*законска аналогичност* — „с обзиром на друге овде изложене подобне законе“), на намеру законодавчеву, тражити прави смисао закона (*логичко тумачење*). При томе § 8 *in fine* наређује, да се прими оно тумачење као правилно, које се слаже „са основима здравог разума и природне правичности“. Овим речима је порекло у сањаријама ранијих правних филозофа о природном праву, али при свем том оне садрже једну велику и значајну мисао, да се приликом тумачења закона треба обзирати на оно решење, које нам разум показује као најпааметније и које се у даном случају појављује као сагласно са начелом правичности. Грађански Законик садржи у § 8 врло паметно упуство за разумевање закона и велика је вероватноћа, да ће се по том пропису радећи наћи увек правилно и правично решење.

Што се тиче оног материјала садржаног у мотивима, протоколима комисија, стенографским белешкама и т. д. о томе Грађански Законик не говори ништа. Несумњиво је при свем том, да се сав тај материјал може да употреби на начин горе поменут, а у границама постављеним §-ом 8 Грађан. Законика.

2. Празнине у закону и немање правног правила. Тумачење аналогичном и слободно тумачење права.

1. Граматичко и логичко тумачење примењују се првенствено приликом утврђивања правог смисла и значаја једне одређене норме, једног постојећег правног правила. Међутим при расветлавању појединих правних института, и при довођењу у узајамну везу појединих правних правила, наилази се често на празнине, на извесне односе једног правног института, који нису изречно регулисани. Нема изречног правила, које би имало важити за тај однос и зато овде ни граматичко ни логичко тумачење не могу помоћи. У таквом случају се приступа другој методи. Познато је да правна правила стоје у извесној органској вези међу собом. Она се групишу око једног правног института, а скуп правних института пружа слику целокупног права. Зато треба у случају празнина и недостатака тражити решење помоћу оних правила, која изражавају основне идеје при том

правном институту. Није овде сад у питању, каква је мисао изражена у правном правилу које постоји, већ каква је мисао садржана за тај однос у оним правилима, која карактеришу правни институт у питању. Зато се ради попуњавања једне празнине не треба освртати споља и тражити решење ван правног института. Напротив, решење треба наћи из оног општег духа, којим је прожета односна правна установа. Овакав метод у попуњавању празнина, при коме се полази од општих принципа, већ изражених приликом нормирања једне правне установе, да би се нашло правило за један однос из те установе, или попуњавање празнина, назива се примена или тумачење права путем *аналогије*. Аналогија је у суштини својој стварање новог права, и ако се она по форми преставља само као тумачење права. Аналогија у ствари не тумачи закон, већ постојећа правила развија до нових правила. И ако се тим путем испуњује празнина у праву, и ако дакле у ствари постаје једно ново правило, ипак зато што то стварање није слободно, аналогија се не појављује као творац правила, већ се правило сматра као да је већ дато, да постоји, само је скривено.

Аналогији лежи у основи ова идеја: да право у свом систематском склопу обухвата све односе и да само треба пронаћи његов потпуни смисао.¹ Ту идеју су неки правници проширили у толико, што су почели тврдити, да у праву у опште нема празнина, и да све друштвене појаве, сви односи или су обухваћени правом и онда за њих постоји правило, само га треба умети наћи; или пак намерно нису, зато што по својој природи леже ван правног круга.² У оваквом пространству ова идеја се не може примити и зато је многи правници с разлогом обарају. Али несумњиво је тачно то, да је право једна логичка целина и да се многе празнине, којих фактички има, могу попунити на основу правних принципа већ изражених, и то путем аналогije.³

Грађански Законик упућује у § 10 да се празнине у законима имају попуњавати на основу општих принципа и по аналогiji подобних случајева. Грађански Законик је овим прописом огласио аналогiju као један допуштени и законити метод при

¹ *Gierke*, I, S. 114.

² *Bergbohm*, *Die Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, (1892) S. 372.

³ Упоредити *Zitelmann*, *Die Lücken im Recht* (Leipzig 1903).

тумачењу и примени права, Али и ако је аналогија у опште допуштени метод у тумачењу приватног права, ипак се она не може увек применити, у свима случајевима. Грађански Законик није истина поставио никакве границе примени аналогије, али то не значи, да је тумачење закона путем аналогије увек допуштено и могуће. Аналогија је изузетан метод и може се само тамо применити, где постоје очигледне празнине и где општи принципи омогућавају решење. Свуда међутим није то случај. Тако на пример изузетци од једног правила не могу се аналогично проширивати.

Ако би се десило, да се једна празнина у праву не може да попуни ни путем аналогије, онда се приступа оној истој методи, која се примењује у случају да за такве односе у опште нема правила. О томе се говори под 2).

2. Пошто је живот бржи од законодавног апарата, то је могућ случај, који се фактички и дешава често, да за извесне односе у опште нису предвиђена никаква законска правила, тако да се пита, по каквим ће се прописима овакви односи регулисати. Ранија правна доктрина је сматрала, да се тражено правило има да изнађе по принципима природног права. То су чак и неки законици прописали, као на пример аустриски (§ 7: „.....es muss nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden“). Ти су прописи међутим остали без примене. Природног права нема, нити га је било. Оно што се истицало као природно право, било је или субјективно мишљење појединаца или пак дотерано римско право. Данас је зато то мишљење сасвим напуштено и на случај да нема правног правила за један однос, кад је однос са свим нов, решење се налази другим путем. Решење се мора наћи, пошто је суд дужан сваки спор да расправи, без обзира на то, да ли има предвиђеног правила или не. У интересу је ауторитета судског и државног, да се тужбе не одбијају услед недостатка правног правила. По чл. 4 француског грађанског законика судија се кажњава за једно специјално кривично дело (*déni de justice*) ако би одбио парничара од суђења зато што нема правног правила. У српском праву постоји сличан пропис. Тако по § 120 Казненог Законика судија, који „.....и кад нема правила ни на опомену своје претпостављене власти неће да суди“ да се казни повчано до сто талира, а евентуално и лишењем звања.

Како ће судија међутим расправити један спор кад нема

правила предвиђеног у закону? Грађански Законик у § 10 каже само то, да ће се судити по обичајном праву, али се овде претпоставља, да ни обичајно право нема прописа за однос, који је у питању. Кад Грађански Законик није упутио судију, остаје да се учини онако, како то правна теорија предлаже. У теорији постоје истина разна мишљења, али се она на крају крајева сва своди на то, да се судији остави слобода да он на основу свога ума и разума, руководећи се начелом правичности и општим правним начелима, нађе и створи правно правило за спорни случај. Овако попуњавање права названо је *слободно тумачење* права, да би се прикрила та очигледна истина, да судија овде у ствари ништа не тумачи, већ сам ствара правно правило. Судија има сам да конструише такво правно правило, за које се може рећи, да треба да буде правило правног поретка. Од новијих законика први је швајцарски грађ, законик од 1. јануара 1912 године изречно дао такву власт судији. У § 1 ставу 3 прописано је: „Ако судија не би могао да нађе правно правило, донеће одлуку по оној норми, коју би он као законодавац за такав случај поставио“. И ако други законици ово не предвиђају изречно, ипак треба, као што сасвим умесно примећује *Kohler*,¹ бити начисто с тим, да и у другим правима не може друкчије бити и да и ту судија, кад мора да суди а нема законског прописа, ништа друго не може да учини, него да сам скроји пропис.²

3. У вези са т. зв. слободним тумачењем права стоји читав један нов покрет ка *слободном праву*, покрет који још није потпуно изражен у позитивном правцу, али чија је негативна страна јасна: борба против досадањег метода у проучавању и примени права. У место досадањег чисто конструктивног савлађивања права, истиче се социолошко и телеолошко схватање, чија се круна састоји у захтеву, да судија ствара и правни пропис и да га примењује. Судија би тако постао и законодавцем.

могао не само да допуни и попуни право и ње-

hes Recht, Bd. I, S. 84. Колеп је још много раније у једном von Gesetzen (Grünhuts Zeitschrift, XIII, S. 1—61) а, да се свака судска одлука мора заснивати

ју Ж. Перућ у свом чланку „О улози судске власти по грађански Законик од Никетића, стр. LXII) и А. Ђор- само што Ђорђевић увија слободно стварање права *проди ствара*и.

гове празнине, већ би својим одлукама и прописивањем својих норма могао и да измени закон. У место данашње одстрањености права од живота наступио би један интимни однос, који је у природи права основан. Право би се приближило животу и боље би одговорило свом задатку. Ове и сличне замерке данашњем праву и данашњим правним методама упућују многи правници, али су њихова мишљења још у стању несређености. Ипак тај покрет заслужује да се помене као један покрет, који ће и ако не може успети, ипак донети праву и правној науци користи.¹

II Законско или аутентично тумачење.

Законско или аутентично тумачење је изјава од стране законодавне или (код уредаба) управне власти, да се једна норма, чији је смисао нејасан, има разумети на извесан одређени начин. О том тумачењу путем правног прописа говори § 9 Грађ. Законика, у коме стоји да ће само оно тумачење имати силу закона, које би потицало од законодавне власти. Сличан пропис има и сам Устав у чл. 37: „Обавезно тумачење закона припада само законодавној власти“. Кад се ближе промотри види се, да у суштини својој ово и није тумачење, већ је стварање нове норме на место оне, која је нејасна. Али се при том замишља, да је нејасна норма имала такав смисао и зато се интерпретативним законима даје повратно дејство. Према томе законским или аутентичним путем утврђени смисао једне правне норме важи и за оне односе, који су постали пре тог тумачења, а још нису расправљени, као и за оне односе, који су делимично расправљени, пошто су и судске одлуке у нижим инстанцијама већ биле доношене, али однос још није дефинитивно расправљен извршном судском пресудом. Све до тог момента, док спор не буде расправљен извршном пресудом или решењем, може се и мора се применити ново правило, добивено путем аутентичног тумачења.

Спорно је питање, да ли се аутентичним путем протумачено правило може применити и на односе утврђене поравнањем и

¹ *Sinzheimer*, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft (1909); *Gnaeus Flavius*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906); *Ehrlich*, Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft; *Fuchs*, Schreibjustiz und Richterkönigtum; *Gény*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (1899); *Ж. Петух*, Један поглед на еволуционистичку правну школу (Глас. Срп. Кр. Ак. LXXIV, стр. 122).

према томе евентуално и то поравнање оборити. Поравнање претпоставља обично једну неизвесност о правцу, у коме се постојећи односи имају регулисати, и оно ту неизвесност отклања утврђујући парочиту норму за односе који су у питању, али захтевајући при том попуштања и жртве и од једне и од друге стране. По једним правницима аутентично тумачење не може ни у колико утицати на већ закључено поравнање. Поравнање се сматра као извршна судска пресуда. Такво мишљење имају Виндшајд и Дерибург. По другима пак треба правити разлику. Ако је побуда поравнању била неизвесност и сумња о смислу закона, онда се поравнање не може обарати. Али ако је побуда за поравнање потекла из другог неког разлога, ако су дакле обе стране схватиле закон подједнако погрешно и поравнале се због другог нечег, онда по мишљењу овом требало би допустити, да аутентично тумачење има утицаја на овако поравнање и да га може оборити. То мишљење брани аустриски правник Унгер.¹

Што се тиче српског права правилније је узети, да аутентично тумачење нема утицаја на већ закључено поравнање ни у ком случају. Јер према § 858 само фактичка заблуда у погледу лица или предмета може учинити, да се поравнање поништи. Према томе једна правна обмана, која се открива аутентичним тумачењем, нема утицаја на важност закона. У прилог овог мишљења може се навести и пропис § 146 Г. С. П. по коме судско поравнање има снагу извршне судске пресуде, као и то, да се на основу поравнања судског или вансудског може истицати приговор већ расправљеног спора (*exceptio rei judicatae*) и тражити одбачај парнице (§ 109 тачка 2 Г. С. П.). Ово мишљење има и А. Ђорђевић.²

Спорно је и то питање, да ли се у случају кад је нешто учињено или дато, у опште кад је обавеза каква испуњена у уверењу да правни пропис такву обавезу санкционише, па се услед аутентичног тумачења утврди, да је то била правна заблуда, да обавеза није ни постојала, да ли се у таквом случају може тражити повраћај онога што је дато, или захтевати накнада за учињено услед неправичног обогатења. Да ли другим речима има места тужби *condictio indebiti*? Одговор на ово питање зависи од позитивног права. У српском праву мишљења

¹ Unger, System, I, S. 100.

² А. Ђорђевић. Систем, II, стр. 104.

су подељена. По једнима законско тумачење нема примене на већ свршене односе и догађаје, те према томе нема места ни горњој тужби. То мишљење заступа А. Ђорђевић.¹ По другима пак треба допустити *condictio indebiti*. Овако мишљење има Г. Гершић. Ово друго мишљење је боље с обзиром на пропис § 802, у коме стоји: „Ко се превари у незнању закона, па плати оно што није дужан био платити, онда има право потраг искати“. Као што се види основ овој тужби може бити и правна заблуда, а правна заблуда постоји и овде.

Престанак закона.

Правна правила која под именом закона потичу од законодавне власти, важе за унапред и то по правилу за неодређено време. По својој природи ново право важи за будућност и то све дотле, док се не промени и замени новим правом. Само изузетно престају важити неки закони по истеку одређеног времена и без изречне промене или укидања. То су привремени или прелазни закони. Код осталих закона редовни је престанак било *укидањем* (аброгацијом) закона, кад се на место досадашњег правила не поставља никакво друго правило, било *променом* (дерогацијом) закона, под којом се разуме замењивање досадашње норме једним новим прописом. И укидање закона и промена његова могу бити потпуни, у целом обиму, или само делимични.

Укидање закона, као и измена његова може бити *изречна*, кад нови закон садржи нарочиту одредбу о томе, да стари закон нема више правне важности, или *прећутна*, кад нови закон садржи за један исти однос друкчије правило, по што је било правило досадашњег закона, тако да се та два правила не могу помирити. У таквом случају примењује се ново правило, према начелу *lex posterior derogat priori*. Изречно укидање је боље, да би се отклонила свака сумња и забуна. Међутим практикује се и прећутно укидање, тако да је суд дужан у сваком конкретном случају да одреди, у колико је старо право замењено новим правом. При томе ваља бити врло опрезан, и само у случајевима, где је немогуће да оба правила опстану једно поред другог, треба примити да је старије право измењено новијим.

¹ А. Ђорђевић, Систем, II, стр. 104.

² Г. Гершић, Систем римског приватног права, I, стр. 39.

Грађански Законик говори о престанку закона у § 3, по коме закони задржавају силу и важност докле их закона власт прописаним начином не би преиначила. Овај пропис важи и за изречно као и прећутно преиначење, а исто тако и за потпуно укидање, без доношења новог правила. Он се аналого примењује и на престанак важности правних уредаба.

Грађански Законик не говори о другом једном начину престанка закона, наиме услед отпадања унутарњег основа, који је био довео до тог закона. Такав случај може се десити, кад престану постојати фактичке погодбе и претпоставке за примену једног права. Престанак закона у оваком случају је чисто фактичке природе. Закон се не може више да примењује, зато што нема таквих односа, ради којих је закон и постао. Само у том смислу схваћено може се примити правило: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*.

Б) АУТОНОМНО ПРАВО.

Под аутономијом разуме се овлашћење једне заједнице, која није држава, да сама ствара себи право. Из појма права већ проистиче да таква заједница мора бити организована заједница. Право такве једне заједнице назива се према законском праву аутономно право, или статут или правило, или и уредба (у нарочитом смислу).

У заједницама које уживају аутономију може постати и прописано право и обичајно право, које се у Немачкој назива *обсерванца*. У Србији тај је израз непознат.

У средњем веку аутономно право имало је врло пространо поље примене. То је нарочито био случај у Немачкој, где су многе провинције, као и поједине вароши, имале овлашћење, да саме стварају себи право. По једној средњовековној теорији, која је дуго времена била у важности, законодавну власт (*potestas leges ferendi*) имали су само папа (у духовним и црквеним стварима) и цар у световним стварима. Све остале заједнице, рачунајући ту и поједине савезне државице немачке, имале су т. зв. *potestas statuendi*. Отуда се и право тих провинција и вароши називало статутима (*statuta*), а само оно право, које је потицало од цара или папе, имало је назив закона (*leges*). Тиме се објашњују и термини: теорија статута и колизија статута, уобичајени у средњем веку при излагању начела међународног приватног права.

На западу је држава услед тежње да концентрише сву власт у своје руке постепено сузбијала ту аутономију, покушавајући да је сасвим искључи. Данас је та тежња државе потпуно остварена, јер су аутономији повучене врло уске границе. Аутономија постоји само у толико, у колико је Уставом или специјалним законима изречно предвиђена и одређена. У Србији има на пример аутономију црква у границама обележеним чл. 189 Устава. Та аутономија нема везе са приватним правом, сем у неким питањима из брачног права. Аутономију имају општине, срезови и окрузи, али само у погледу управљања чисто својим локалним пословима. Ова аутономија не простире се ниуколико на приватно право. Аутономно је право, које стварају правна лица у границама своје власти. То су статuti и правила људских удружења, задужбина и установа.

Аутономно право престаје исто онако, као и закон. Сва правила напред поменута вреде и овде.

В) ОБИЧАЈНО ПРАВО.

Књижевности: Puchta, Das Gewohnheitsrecht (2 Teile 1828, 1837); Schuppe, Das Gewohnheitsrecht (1890); Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht (1899); Neukamp, Das Gewohnheitsrecht in Theorie und Praxis (Archiv für bürgerl. Recht, XII, S. 126 ff); Eich, Gewohnheitsrecht und Gewohnheitsrechtstheorien (1896); Oertmann, Volksrecht und Gesetzesrecht; Lambert, La fonction du droit civil comparé (1903); Génv, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (1899); Stier-Somlo, Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle (1900).

1) О обичајном праву у опште.

Обичајно право је такво право, које постаје у самом животу, а не свесним одређивањем правне норме од стране државног органа. Два основна елемента у бићу права: уверење и изјава у спољнем свету код обичајног права су спојена уједно и оличавају се у вршењу, у самом животу. Обичајно право постојало је и раније, а постоји и данас. То је утврђена чињеница, о којој не може бити дискусије.

Обичајно право је примарно право и зато је оно уживало у ранија времена већи углед него и законско право. Приватни односи првобитно су били регулисани обичајним правом. Тако је у старој српској држави готово целокупно приватно право било обичајно право. Само за извесне односе постојало је законско право, али су ти односи тако малобројни били, да је

претежност обичајног права очигледна.¹ Исто тако је и у другим државама пре израде законика обичајно право било главни извор приватног права. У новије време међутим, кад се почела ширити идеја, да је корен праву у држави, да она ствара право и да је закон једини облик или форма, у којој право постаје, појавила су се и таква мишљења, којима се ишло на то, да се обичајном праву ако не сасвим одузме карактер права, а оно бар да се његова важност сведе у најуже границе. Прва је у том правцу радила школа природног права, учећи да је само закон право, јер се само он ствара једном свесном и на заснивање закона нарочито управљеном операцијом ума. Овај покрет је био толико јак, да је ушао чак и у законике, који су почели доносити нарочите прописе о ограничењима у примени обичајног права. Тек је историска школа могла у теорији да сузбије ове идеје и да обичајном праву поврати ону важност, која му стварно припада. Али како је историска школа сувише једнострано наглашавала несвесно постајање права, то је она изазвала и опозицију, тако да идеје историске школе нису могле продрети у законодавство. Законодавство је и даље прихватило покрет против обичајног права, један узалудан и излишан покрет. И ако постоји у свима државама данас тенденција, да се сви приватни односи, у колико су правни односи, регулишу законом ради стабилности и безбедности, ипак ће обичајно право и даље имати учешћа у регулисању приватних односа. Истина услед обилног законодавног рада обичајном праву је остављен мали простор рада, али тек и у том мањем кругу обичајно право ће бити право и испуњавати правне задатке, нити ће га моћи законодавство сасвим уклонити. Кад је образована држава друштво није своју моћ стварања права сасвим пренело на нарочити орган један, нити је могло то да учини, пошто је способност друштва за такво стварање један неотуђив атрибут његов. И зато ће се обичајно право одржати, све док буде друштва и државе.

¹ Видети *L. Markowitsch*, Die Grundbesitzverhältnisse in Serbien nach Duschans Gesetz [Zeitschrift für die vergl. Rechtswissenschaft, Bd. XX. 1909]. Противно мишљење има Стојан Новаковић који у свом делу *Синџагма Маџије Власџара* тврди, да је у српској држави важило византиско приватно право. Поред свег ауторитета који Новаковић ужива, ово се мишљење никако не може примити. Докази, који су наведени тако су слаби и незнатни (свега једна исправа, која не значи у ствари ништа) да се овако велико тврђење на таквим доказима не може одржати.

2. Суштина обичајног права. Обавезност његова.

Питање о суштини и обавезности обичајног права није се раније ни претресало ни испитивало пошто се сматрало као по-све разумљива ствар, да обичајно право важи као и законско право. Тек доцније, кад су правници приликом проучавања права дошли на ту недоказану мисао, да је само законско правило обавезна норма, почела се истраживати суштина обичајног права и испитивати какав је разлог његовој обавезној снази.

Римски правници схватали су обичајно право као прећутно изјављену вољу законодавчеву, *tacitus consensus populi*. И зато правило обичајног права исто онако је обавезно, као и норма изражена изречним начином, путем *suffragium-a*. Пандектно право примило је ово схватање и сматрало је обичајно право као *tacitum statutum*. Но услед тога што средњевековне државе нису имале демократско уређење Рима, *tacitus consensus populi* претворио се у *tacitus consensus Superioris*. Тако се било учврстило мишљење, да обавезност обичајног права почива на прећутном одобрењу законодавчевом. То мишљење још и данас бране неки правници.¹ Овакво објашњавање обичајног права и његове важности потиче од погрешног схватања, да је право творевина државе и да без њеног ауторитета не може постати. Али то није тачно. Права је било и пре него што је постала оваква законодавна власт, каква данас постоји. Држава кад је примила да ствара право преко нарочитог органа, узела је на себе само један део стваралачке функције, а други неотуђиви и непреносиви део остао је и даље код друштва.

Све ове старије теорије оборила је историска школа са Савињијем и Пухтом на челу. Учећи у опште о праву, да је оно израз правне свести и продукт општег народног духа, историска школа је сасвим логично пренела то тврђење и на обичајно право. И обичајно право постаје радом ума народног, као и законско право. Сва је разлика у начину изражавања права. Док се законско право изјављује нарочитим актом једним, дотле се обичајно право изражава непосредно у животу. И ако је основна мисао историске школе о природи сваког права, па и обичајног тачна, ипак целокупно схватање историске школе о обичајном праву није могло бити усвојено, пошто је и оно показивало велику једностраност. Та се једностраност огледа у овоме: Ако је право,

¹ Видети наводе код Windscheid — Kipp, Pandekten, I, § 15, Anmerkung 1.

учила је историска школа, у опште производ људског духа, онда обичај сам по себи не заснива нити може заснивати право. Он је само форма, у којој се право, које је већ у свести постало, споља изјављује или оличава. По том схватању правни обичај је само једно средство за сазнање права. Наглашујући овај спиритуалистички или душевни елеменат историска школа је гледала у вршењу обичаја само примену већ постојећег и важећег права. Обичај је истина нераздвојни пратилац обичајног права, али он као такав нема конститутиван значај. Ово мишљење је први бранио Савињи, а образложио га је и боље документовао Пухта у свом „Обичајном Праву“, које је напред наведено. И данас има правника, који то мишљење сматрају као тачно.¹

Поред свег ауторитета, којим су преставници историске школе бранили овако схватање обичајног права, оно се као једнострано и непотпуно није могло одржати. Једно правно уверење само за себе, док се не изјави у спољнем свету, није још право. Вршењу у облику обичаја мора се дакле признати и конститутивна функција при стварању права.

Што се тиче самог основа важења обичајног права, историска школа је сматрала, да обавезност обичајног права почива на уверењу, да је то што се врши, доиста право и да му се треба повиновати. И ово мишљење неки правници данас бране,² али је и оно као недовољно у главном одбачено.

Једностраност учења историске школе учинила је, да су други правници, који су обарали теорију историске школе у овом питању, отишли у другу крајност. По њима обавезност обичајног права и суштина његова леже у самом обичају, у дуготрајном вршењу његовом. Чим се извесан однос стално регулише по одређеном начину, чим се то често понавља, постоји обичајно право, без обзира на то да ли има каквог уверења или не. Уверење је безначајно за појам обичајног права.³ Али ни ово мишљење није се могло, нити се може примити, пошто према основној природи права ма како дуготрајно вршење било, оно само не може да заснује обичајно право.

Права природа обичајног права уочава се тек спајањем оба битна елемента, која садржи свако право, па и обичајно

¹ Видети наводе код *Windscheid-Kipp*, *Pandekten*, I, § 15, *Anmerkung* 2.

² *Schuppe*, *op. cit.*

³ *Dernburg*, *Pandekten*, I, § 26—27; *Bürgerliches Recht*, I, § 28. Тако исто и *Zitelmann* (*Archiv für zivilistische Praxis*, Bd. 66, S. 412 ff.).

право. И правно уверење и његово остварење у животу јесу два подједнако важна фактора обичајног права. То су два догађаја, један унутарњи, други спољни, који у целини престављају процес постојања обичајног права. Један елеменат сам без другог не ствара право. Однос њихов међусобни може бити врло разнолик. Час претеже један фактор, час други. Али главно је, да само правно уверење, које не би путем вршења у животу било исказано, јесте једно унутарње стање, исто онако, као један необјављени закон, који пре објаве нема снагу обавезне норме. С друге стране пак вршење, следовање обичају мора се појављивати као повиновање једном правном правилу чија се обавезност осећа и у себи признаје. Ово мишљење заступају многи правници, као Ертман,¹ Бри,² Гирке,³ Жени и други. Од српских правника А. Ђорђевић.⁵

Кад су за постојање обичајног права потребна два услова, треба размотрити изближе поједине моменте у погледу оба услова.

а) Први услов који проистиче из одредбе обичајног права јесте стварање *правног уверења*. Правно уверење треба да се створи у крилу једне заједнице, која треба да је такве природе да у њој постају односи, који се морају споља регулисати. Заједница је обично организована, али међународна заједница, и ако није организована, може створити у свом крилу обичајно право. Што се тиче природе уверења, оно треба на првом месту да буде уверење. То уверење обично се ствара лагано, и више инстинктивно. Затим треба да је опште. По својој унутарњој природи уверење је један психички појав и може се наћи само код физичких лица. Али појављујући се код појединаца, оно треба да се преставља као опште уверење. Наравно да под општим уверењем не треба разумети уверење баш свих чланова заједнице. Не тражи се ни уверење већине, већ уверење оних кругова, који се налазе у односима регулисаним тим обичајним правом.

Уверење треба да је *правно* уверење. Садржина његова треба да је једна правна норма, која се осећа као обавезно правило делања. Уверење једно, које не би такву норму садржавало, већ се само односило на унутарњу обавезу наравствене

¹ *Oertmann*, *Volksrecht und Gesetzesrecht* (1898).

² *Brie*, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht* (1899).

³ *Gierke*, Bd. I, S. 164 ff.

⁴ *Gény*, *Méthode d'interprétation*, № 109.

⁵ А. Ђорђевић. Систем, I, стр. 69.

природе, не би било у стању да заснује обичајно право. Овако правно уверење назива се обично *opinio juris*.

Што се тиче мотива, који су довели до правног уверења, они су равнодушни. Према томе на важност обичајног права нема утицаја та околност, што би правно уверење постало услед заблуде.⁶ Исто тако је без значаја садржина правног уверења, цењена са гледишта умесности или неумесности. Раније је истина постојало мишљење, да обичајно право треба такву садржину да има, да се не противи разуму ни благодари. Тражило се другим речима, да је обичајно право и рационално. По мишљењу Гирке-овом, које је сасвим умесно, овај захтев треба одбацити. Дужност и овлашћење је суда, да један правни пропис примењује, а не да испитује његову сагласност са здравим разумом односно моралом. Његово је да утврди, да ли једна норма важи или не, а не да испитује њену сагласност са здравим разумом односно моралом. Његово је да утврди, да ли једна норма постоји или не, а не да испитује, да ли је она добра. Такво овлашћење нема суд ни у погледу законског права, па му оно не припада ни код обичајног права. Само код непаметних прописа обичајног права треба им прићи с већим критицизмом и строжије ценити, да ли ту доиста постоји обичајно право или не. Према томе суд је дужан да примени и једно сасвим рђаво и непаметно обичајно право. Лек таквом стању може доћи само од законодавца, који би законским путем такво обичајно право изменио.

б) Други услов јесте фактичко *вршење* обичаја, следовање обичајном праву, т. ј. оној норми садржаној у обичајном праву. Тек услед честог и трајног вршења једног правила, услед обичаја, може правно уверење да постане обичајним правом. Обично та два процеса иду паралелно један с другим, а не одвојено. Са вршењем постепено се учвршћује и уверење.

Какво се вршење тражи, које су радње потребне, то зависи од садржине норме, која је у питању. Што се тиче пак броја понављања и у том погледу не могу се поставити нека објективна правила. Главно је да се опажа извесна сталност. У неким партикуларним правима у Немачкој тражио се протек времена застарелости, али је то данас сасвим одбачено. Питање је ово чисто фактичке природе и не може се решити одређивањем нарочитог рока.

⁶ Gierke, I, S. 167 ff. Противно мишљење Windscheid, Pandekten, I, § 16.

Кад се утврди постојање оба услова, онда је несумњиво, да је у питању једна норма обичајног права, коју суд има да примењује. Што се тиче основа обавезности обичајног права, наиме зашто и по ком основу обичајно право обавезује исто онако као и законско право, на то питање модерна правна наука даје такав одговор: да је обичајно право првобитна форма права и да се постављено питање поклапа са питањем о основу важења права у опште. На то питање наука позитивног права не може да да одговор, пошто основ права не може да буде опет правни разлог. Основ важењу права у опште има да утврди правна философија и социологија. За науку позитивног права обавезност обичајног права је један факт, који је дат и који не треба даље образложавати.¹

Са овим питањем у вези је и питање о узајамном односу између законског и обичајног права у погледу њихове важности. Пошто је обичајно право исто онако *право*, као и законско или прописано право, то би најлогичније било мишљење, да је снага и обавезност обичајног права иста као и код законског права. Из тога би изишло, да се обичајним правом не само може допунити законско право, у случајевима где би оно показивало празнине, већ би се њиме могло једно законско правило и аутентично протумачити (узуална интерпретација). И најзад обичајним правом могло би се изменити законско право. Новије обичајно право би било прече од старијег законског права. Ово мишљење, да су обичајно и законско право подједнако важни и имају једнаку силу и обавезну снагу, потпуно је логично и умесно и најбоље одговара природи обичајног права. Најугледнији правници бране то гледиште.² Међутим позитивно законодавство стоји на другом гледишту. Тако пруско земаљско право допушта примену обичајног права само у случају законских празнина, да би се законско право допунило. (Pr. All. L. Einleitung, § 3—4, 60). Француски и аустриски законик допуштају примену обичајног права само у случајевима, где се закон на обичајно право позвао.³ Немачко право нема изречног прописа о обичајном праву и његовој важности. Пројект грађанског законика од 1900 год. имао је пропис, по коме се само закон-

¹ *Gierke*, I, S. 161; *Dernburg*, Pandekten, I, S. 59.

² *Kohler*, I, S. 78 ff; *Gierke*, I, S. 112; *Dernburg*, Pandekten, I, § 28; *Windscheid-Kipp*, I, § 92.

³ Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden (§ 10 аустр. грађ. законика).

ском праву признаје важност, али је та одредба на протест многих правника испала из законског текста. Уводни закон за грађански законик прописује у Art. 2: „Unter dem Gesetz ist jede Rechtsnorm zu verstehen.“ Под законом се разуме свака правна норма, па слествено и норма обичајног права. Из ове одредбе изводе Колер¹ и Дернбург,² да је обичајно право изречно признато.

Грађански Законик у § 10 признаје и обичајно право као право, али му према законском праву даје субсидијерну важност. Обичајно право се примењује једино у случају, кад има празнина у закону, које се празнине допуњују обичајним правом. Према томе у српском праву обичајним правом не може да се измени законско право. Исти пропис као и српско право има и швајцарски законик од 1912 у свом члану 1. У црногорском праву обичајно право такође се примењује само у недостатку законског права (чл. 779 и 780). У Енглеској обичајно право је потпуно изједначено за законским правом.

3. Сазнање обичајног права.

Пошто се обичајно право не налази формулисано у апстрактним правилима, која би била стављена на расположење суду, већ се оно оличава у радњама и поступцима грађана, то је важно питање о начину сазнања обичајног права. На првом месту несумњива је ствар, да је обичајно право једно право и да је суд по званичној дужности позван то право да познаје исто онако као и законско право. Према томе је погрешна одлука опште седнице Касационог Суда од 1.-X-1894 Бр. 6462, да суд није обвезан по званичној дужности да истражује постојање обичаја. Никако се не може примити раније мишљење, које је имало доста присталица, да је обичајно право само један факат, који има да докаже она страна, која се позива на обичај. То је сасвим погрешно и напуштено мишљење.³ Али наравно да странке могу својевољно доказивати постојање извесног обичајног права, као што и суд сам може једну страну оптеретити доказом, ако би му обичај био сасвим непознат, а странка се на то позива. Само што и у таквом случају судија мора и сам да се стара о сазнању обичајног права. За доказ пак, који би странка имала

¹ Kohler, I, S. 79.

² Dernburg, Bürgerliches Recht, I, § 28.

³ Gierke, I, S. 175.

да пружи о обичајном праву, не вреде општа правила о процесним доказима, пошто овде није у питању једна обична процесна чињеница.

Што се тиче пак појединих начина, како се у опште утврђује постојање правног обичаја, не може се поставити неко опште правило. Срества за сазнање правног обичаја су врло разнолика. Или се узимају изјаве преставника оних друштвених редова, где је обичај постао, или пак изјаве власти, којима би такав обичај био познат или требао бити познат. Обичајно право се сазнаје и из ранијих судских одлука. Сви ти податци могу да послуже при испитивању, да ли постоји извесна норма обичајног права или не.

Научна обрада права.

1. Правна наука или теорија. Правна техника.

Књижевност: Bierling, Die juristische Prinzipienlehre; Stammler, Die Theorie der Rechtswissenschaft (1911); Eltzbacher, Ueber die Rechtsbegriffe (1900); Bekker, Die Grundbegriffe des Rechts.

Правна наука има у неколико сличности са тумачењем права. С једне стране свако правно тумачење (сем законског тумачења) заснива се на научној методи, а с друге стране крајњи циљ сваког правно научног истраживања јесте нека врста тумачења и сазнања права. При свем том правна наука се знатно разликује од обичног тумачења права. Она има и друго нешто за циљ, а и метод њеног рада у суштини је сасвим друкчији од метода обичног тумачења. Задатак правне науке је многостручнији, но што је задатак тумачења које увек има да се бави применом једног општег правила на конкретне случајеве.

Ако се остави на страну правна философија која има да утврди појам права у општем, философском смислу, онда се за науку позитивног права, која је овде у питању, може поставити ово као задатак: да путем анализе правних појава истражује принципе па из добивених резултата путем синтезе да изводи нове закључке, да ствара нове појмове. Правна наука има за циљ утврђивање принципа, који владају правним појавама, развијање тих принципа и њихово рашчлањавање у појмове до крајњих граница. Затим сабирање добивених закључака и везивање правних установа у један систем. Правна наука ствара нарочите правне конструкције, т. ј. доводи принципе у узамјамну везу и однос.

Од потпуног схватања садржине једног правног прописа зависи правилна примена права. Правни односи и чињенице, које се имају подвести под правна правила, обично се не дају подвести само под елементе једног правила, већ обухватају више разних елемената. Да би се ти елементи могли наћи, потребно је да су сређени у њиховој логичкој и систематској вези. Тај ред и систематисање омогућава правна наука.

Али правна наука не сме само на то да се ограничи, да путем дијалектичке и логичке методе развија право. Та т. зв. *Begriffsjurisprudenz*, против које је први устао Јеринг¹ не води рачуна о културном задатку сваког права. Право није једна инертна маса, која би се савлађивала и сазнавала чисто по законима формалне логике, већ је то жива функција људског друштва, тако да се при примени права мора и о томе водити рачуна. У овоме Јеринг има несумњиво право. Али и његово телеолошко схватање права је погрешно. Теорија „циља“ је и сувише површна, да би могла дати одговор на питање о природи права и суштини правне науке. И ако дакле тенденцију ранијих правника да иду што даље са рашчлањавањем појмова треба сузбијати, ипак ће тај посао у паметним границама остати вечито један од главних задатака правне науке. Без тога правна наука неће бити у стању да савлада онај силни материјал, садржан у прописима позитивног права.

У последње време упоредно са покретом ка *слободној праву*, о коме је напред било речи, осеће се и покрет против правне науке и њених чисто конструктивних метода. Услед критицизма, који је почео да се шири у правној науци појавило се питање, да ли целокупна правна наука, оваква каква постоји, није била једна заблуда, коју би требало напустити. Да ли не би било боље оставити правној науци чисто теориски значај, упутити је да се слије са правном философијом, а судију ослободити од обавезе да се управља по принципима правне науке и дати му право да сам по свом нахођењу примењује право. То питање, које раније никога није занимало, јер се оправданост правне науке сматрала као нешто сасвим природно, данас се сасвим озбиљно претреса.² Што овом питању даје нарочиту

¹ *Jhering*, Geist des röm. Rechts, II, S. 309 ff.

² Видети студије о томе: *Stampe*, Unsere Rechts-und Begriffsbildung (1907); *Ehrlich*, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903); *Fuchs*, Die Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz (1909).

важност јесте та околност, коју је позитивно утврдила наука позитивног права, да већина народа, и ако има врло развијено право и правне установе, не познаје конструктивну правну науку. Такав је пример са грчким правом, а такав исти пример пружа и данас енглеско право. Енглески судови сазнају право и владају њиме не путем научних принципа, већ на основу ранијих случајева или преседана (*precedents*). И зато се данас извесни правници питају, да ли су дониста римско право са својом техником, као и пандектно право са својим принципима учинили услугу човечанству или не. Поред свих ових питања које овај критички правац поставља, ипак остаје неоспорна чињеница, да је правна наука корисна и потребна, само не треба претеривати у употреби чисто логичких и дијалектичких метода при сазнању права.

Кад је конструктивна правна наука потребна за сазнање права, онда је самим тим и егзистенција *правне технике* оправдана. Техником се лакше примењује право. Она је једна вештина, за коју треба времена да се потпуно савлада. Правна техника има своје особене законе по којима се управља, али што је нарочито важно приметити, са техником не треба ићи у крајност. Она је само оруђе за владање правом и где дође у питање један принцип правне технике и један принцип права као ума, ту наравно треба дати првенство начелу права, а не начелу технике. Многи правници греше овде и иду више за техником, него за правом као разумом.

Кад се правном науком не иде на тумачење права у ужем смислу те речи, још мање може бити речи о томе, да се правном науком ствара право. *Наука није извор права*. Неког правничког права нема данас. Оно је раније постојало у римском праву (пандекте из *Corpus juris civilis* су по пореклу свом правничко право) као и у средњем веку у немачком праву, али је данас изгубило ту важност. Ако би се правном науком дошло до неког правила, то не би било стварање новог, већ само откривање једног већ постојећег али скривеног правила.¹

2. Судска пракса.

У вези са правном науком или правничким правом у ширем смислу стоји *судска пракса* или рад правника при примени права. Примењивањем права постиже се често пута то, да се дође до једне

¹ Исто мишљење и А. Ђорђевић, Систем, II, стр. 72.

нове норме, али исто онако као и код правне теорије, рад правника у пракси је један чисто *изналазачки* а не стваралачки посао. Према томе судска пракса по правилу није извор права. Она само помаже бољем разумевању права. Више судских одлука, заснованих на истој норми и изречених у истом смислу, представљају несумњиво извесан ауторитет, али се ни у таквом једном случају суд не везује, да од једном изреченог схватања не може више оступити. Сваки суд има у конкретним приликама по свом уверењу да суди. Једнообразност је у интересу правне сигурности и безбедности потребна и она се постиже установом једног највишег суда, Касационог Суда, који се стара о једнообразној примени закона.

И ако судска пракса као таква није извор права, ипак има један случај, када она може посредним путем да доведе до стварања права и то обичајног права. То ће бити онда, кад за један однос у опште нема правног правила, кад судија сам мора за такав однос да створи правило. То правило само за конкретни однос створено, ако се одомаћи и редовно примењује у сличним случајевима, биће у ствари норма обичајног права.

Грађански Законик прописао је изречно у § 11 да судска пракса не води стварању објективног права. „Више пресуда изречених у подобним случајевима сачињавају постојано судско тумачење и само ће се као на такво призрење имати, али силе закона још зато нема“. При свем том има извесних случајева у којима практички судске одлуке имају снагу закона пошто је судовима одузета могућност, да од тих одлука одступе. Према § 16 Закона о устројству Касационог Суда (допуна од 25. новембра 1895) општа седница има начелно да реши, како се има разумети извесан законски пропис о коме би се приметило, да се у појединим одељењима Касационог Суда, а у сличним случајевима различне одлуке доносе. Овака начелна одлука опште седнице заводи се у нарочиту књигу са потписом свих судија, који су у томе учествовали. Таква решења су *обавезна* за одељења и општу седницу све дотле, док не би поновна општа седница на два своја састанка, на сваком са најмање једанајест гласова већине, донела друкчију одлуку о разумевању и примени законског прописа, који је у питању. *Друго решење опште седнице не може се више мењати*. Само путем закона могао би се после ове друге одлуке односни пропис изменити или друкчије протумачити. Из овога се види, да начелне одлуке опште седнице фак-

тички стварају ново право у облику потпуно обавезног тумачења закона.¹

Примена објективног права. Ограничења примене.

1. У опште о ограничености примене сваког права.

Право по себи није ни апсолутно ни универзално. Оно је један чисто релативни социјални појав. Свако право има скромну претензију. Оно важи за одређено време, на одређеном месту и под одређеним условима. Зато што правна правила имају тако услован значај, врло су могући и чести т. зв. сукоби између два правила, тако да се појављује питање, које правило треба да се примени на конкретни однос. Зато је потребно одредити границе примени права. Право се стално мења, правни извори стварају ново право, тако да се има одредити положај новог права према старом, које не може наједанпут да ишчезне, већ се макар и делимично одржава. Али правило је, да је важност права временом ограничена и да ниједно право не долази на свет са амбицијом да вечито важи. Свако правно правило вреди извесно дуже или краће време, па се повлачи пред новим правом. Да би било реда и сталности у правним односима потребно је тачно утврдити временске границе у примени права.

На другом месту важно је одредити границе права и у чисто личном погледу. Правни поредак, нарочито онај који се тиче приватног права, не примењује своја правила безусловно на сва лица. Право једне државе у првом реду вреди за чланове њене. Али услед врло развијених саобраћајних веза и честих додира са грађанима и других држава, важност права је везана за територију, а не само за лица, тако да се и странци на српској територији потчињавају српском праву, исто онако, као што и Срби у иностранству подлеже иностраним законима. О примени права на странце и обиму те примене треба дакле такође говорити. Ограничења у примени права из чисто личних разлога може бити и у погледу државног поглавара. У колико је то случај код грађанског права, биће такође овде расправљено.

Приликом примене права могу најзад доћи у сукоб и правне норме двеју држава. Истина по правилу право једне државе

¹ Видети о овом питању *Ж. Перих*, О улози судске власти по српском законодавству (Грађански Законик од Г. Никетића стр. XXIV и даље).

важи само за ту државу, али врло су чести случајеви, да правни односи не буду ограничени на један одређени простор, већ се шире и производе своја дејства и ван првобитног простора. Отуда настају сукоби закона двеју или више држава. Сваки закон истиче претензију да он буде примењен, Кад би ти закони по својој садржини били једнаки, сасвим би било свеједно, који ће се закон применити, али закони обично пису једнаки и није свеједно појединцима, да ли ће се применити овај или онај закон. У томе је сад велика тешкоћа одредити онај закон, оно право, које у таквом једном случају треба применити. Наука о правилима по којима се одређује, у ком ће се случају применити које право, јесте особена дисциплина, позната под именом Међународно Приватно Право. Она изилази из обима Грађанског Права, које се овде излаже.

2. О временским ограничењима права.

Књижевности: Г. Гершин, Теорија о повратној сили закона (Гласник Срп. Уч. Друштва, књ. 54, стр. 1—94); Јован М. Лешјанин, На које се време простире нов закон („Правда“ 1863, стр. 635); F. Lassale. Das System der erworbenen Rechte (2. Aufl. 1880); Chironi. Della non retroattività delle leggi in materia civile (1884).

а) О нејповратној и повратној сили закона.

Кад је један исти правни однос регулисан двема нормама, од којих је по времену једна старија, а друга новија, онда је правило, да првенство припада новијем праву. Старије право се повлачи и новије се примењује. То је смисао римског начела: *lex posterior derogat priori*. Ово начело је сасвим природна последица начина постанка права. Смисао и разлог постанка новог права је у томе, да се замени старо право. Ново право има да важи место досадашњег права. Али оно важи само од дана свог постанка, па за у будуће. Сам разум налаже, да се нови закон не примењује на оне радије и оне правне односе, који су већ засновани. Најважнији интереси појединаца би били угрожени, кад би се већ створена правна стања могла мењати доцнијим законима.

С друге стране, ако се узме у обзир природа права као једне културне појаве, чији је крајњи циљ унапређење опште културе и усавршавање човечанства, мора се логично доћи до закључка, да би новим законом требало обухватити и већ засноване односе, да би на тај начин сва лица могла да се ко-

ристе благодетима новог права. Јер претпоставка је, да је ново право културније и прилагодније оним приликама, које постоје у тренутку постанка права, него старо право, које се напушта. И онда би изишло, да новом праву треба дати што шири обим примене.

Ова два захтева: да се новим правом не ремети ред у друштву, већ утврђен правилима старог права, и да се новим правом користе што шири слојеви, односно целина, та два правила и захтева треба измирити и наћи неко средње начело, којим ће се и правично и целисходно решити сукоби правних правила по времену.

Ранија правна теорија, а и данашња теорија махом истиче као принцип прво правило, да закони немају повратне силе, да се простиру за унапред и да немају утицаја на већ засноване правне односе. Ово је и римско право утврдило (l. 7 C. I, 14) а и канонско право садржи исти такав принцип. Отуда се овако начело раширило међу све народе, ушавши у целокупно законодавство. Први је француски законик у чл. 2 прописао: „La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif“). Сличне прописе имају аустриски (§ 5), црногорски (чл. 773) и српски законик (§ 7). Овај последњи пропис гласи: „Закони ови немају повратне силе. Они се простиру само за унапредак“.

Начело да закони немају повратне силе не може се међутим до краја извести, зато што је незгодно оставити старо право, да и даље регулише већ засноване односе све док би они трајали. Такво трајање старог и напуштеног права у бесконачност не само што би кварило правно јединство, већ би стајало у отвореној контрадикцији са природом права, са његовом еволуцијом. Осим тога у јавном праву постоји потреба, да се новим законом обухвате и већ засновани односи. У приватном праву истиче се овакав захтев код оних норма, које су принудног карактера, које су донете у општем интересу. И зато се дошло до сазнања, да дејство нових закона на раније засноване односе не треба сасвим искључити. У место правила, да закони немају повратне силе, истакло се правило, да се законима не могу вређати *стечена права*. Из овога су неки правници извели један даљи закључак: да закони у опште имају повратну снагу, али да је само изузетно немају кад су у питању стечена права. По тим правницима закони имају општу и неограничену важност, тако да се само изузетно они не могу применити на штету права сте-

чених под владом ранијег закона. Ово мишљење има Ж. Перић.¹ За српско право наводи се у прилог таквог мишљења и чл. 36 Устава, који прописује да закони не могу имати повратне силе на штету стечених права, што значи, да они иначе могу имати и имају повратне силе.

Кад се правило о временом ограничењу права овако обрнуло, сав је труд био управљен на то, да се утврди, у којим случајевима постоје стечена права, када закони немају повратне силе, док се иначе они примењују и на већ засноване односе. Али и при утврђивању појма стечених права правници се нису могли сложити, тако да су неки почели доказивати, како је цео труд узалудан и како је издвајање стечених права немогуће извршити.² И тако ово питање ни данас још није потпуно прецишћено.

Покушај правне доктрине, да питање о повратној снази закона сведе искључиво на питање о повреди стечених права, не треба одобрити пошто се њиме у ствари не добија никакво решење. И зато је боље остати при правилу, које је и у законодавство ушло, да закони у опште немају повратну силу, а имају је само изузетно, него тврдити, да закони у опште имају повратну силу, а немају је само изузетно, кад су у питању стечена права. То се правило само по себи логично намеће с обзиром на то, да целокупно право важи у времену и да се важност новог закона разумно судећи треба да простире само на будућност.³ Захтев, да право важи апсолутно и неограничено и у погледу времена, не одговара основном циљу правном за стварањем хармоније у друштвеним односима. Колико је начело о неповратној сили закона укоренењено, види се и по томе, што је оно ушло и у саме Уставе земаљске. Пропис чл. 36 Устава и ако је друкчије стилизован, у ствари ни он није хтео нешто друго да каже. Јер, ако је по чл. 36 Устава и допуштено, да закони могу имати повратну силу, где је разлог да се ово начело претвори у начело: закони имају увек повратну силу. Таквог разлога нема, а понајмање се он може наћи у самом тексту Устава.

Начело да закони немају повратну силу може се рашчланиити у два начела, која дејствују различито.⁴ Једно је начело импе-

¹ Ж. Перић. О повратном дејству интерпретативних закона (Мјесећник, 1905, а штампано и у књизи „Приватно право“, стр. 175).

² *Vareilles-Sommières*, Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois (Revue critique 1893).

³ У истом смислу и А. Ђорђевић, II, стр. 137.

⁴ *Gierke*, I, S. 187.

ративне природе и управљено је на органе законодавне власти. Њиме се каже: Законодавна власт не треба или не сме да доноси законе са повратним дејством. Српски Устав истина нема такво правило, да се *не смеју* доносити закони са повратним дејством, али као што је већ поменуто, он не садржи ни обратно правило, да закони треба да имају и да фактички имају повратне силе. И зато горње начело важи у српском праву као један принцип правне политике, којег се законодавац треба да држи и да не доноси законе са повратним дејством, сем кад је то у интересу целине безусловно потребно.

Ово начело у данашњим европским државама у ствари не може да спречи доношење закона са повратним дејством. Ако би парламент вотирао такав један закон, чак да је у Уставу изречно прописано, да закони немају повратну силу; ништа не би појединцима помогао уставни пропис. Судови би морали такав закон да примењују, пошто нису овлашћени да цене уставност једног закона. Друкчије би било у Америци, где је судији дато право да цени и уставност закона.

Друго правило управљено је на свакога, а нарочито на судске органе и њихов рад при примени права. Начело да закони немају повратне силе овде је само једно интерпретативно правило, чији је смисао, да се увек у сумњи одбацује повратно дејство закона. Према томе суд ће само у толико дати повратно дејство једном закону, у колико је овај сам себи изречно или прећутно, али ипак несумњиво, то дејство придао. Претпоставка је пак, да закон нема повратног дејства (§ 7). Ако се види, да се хтело дати закону и повратно дејство, то дејство треба ограничити и узети га у што мањој мери. Према томе да ли је закон хтео слабије или јаче или пак потпуно повратно дејство одређује се и примена његова на већ засноване односе, као и на односе, о којима се води спор, још недовршен. Али ни најшире повратно дејство једног закона нема утицаја на извршном судском одлуком утврђене односе, као и на односе завршене путем поравнања или испуњења обавезе.

Од ова два начела постоји изузетак код интерпретативних закона. Ти закони имају повратно дејство. Разлог је оправдан и проистиче из саме природе интерпретативних закона. Интерпретативним законом се утврђује смисао једног већ постојећег правила и зато се тај смисао примењује од дана кад је само правило постало. У суштини пак, као што је већ напред изложено,

аутентичним тумачењем закона обично се ствара ново право, али се замишља, да се само тумачи постојеће право. И пошто аутентично тумачење има повратно дејство, то се могу вршити злоупотребе тиме што ће се путем интерпретативних закона давати једном правном правилу смисао, који оно нема нити је имало. Од овога се никаквим правним принципом грађани не могу спасти, јер законодавна власт, фактички неограничена у својој моћи, може доносити законе и са потпуним повратним дејством. Ту једино помаже јавни морал, који не допушти овако гажење најосновнијих правних начела.

б) *О стеченим правима и забрани њихове повреде.*

Начело да закони немају повратне силе у пракси значи то, да се законима не смеју вређати стечена права. То је главна али не и једина садржина овог начела. Субјективна права, заснована по прописима једног одређеног објективног права, треба дакле и даље да важе, и после промене тог објективног права. То су стечена права, која се уживају и по престанку досадашњег објективног права. Нови закони немају утицаја на та права. Ово вреди чак и за интерпретативне законе, који иначе имају повратно дејство. Ни интерпретативним законима се не могу вређати стечена права.¹ Српски Устав је у чл. 36 прокламовао као уставни принцип то начело, да се законима не могу вређати стечена права.

Принцип о заштити стечених права сасвим је умесан и оправдан, али се границе његове врло тешко могу обележити. Ни данас се правници не слажу у томе, шта се разуме под стеченим правом. Нејасне су и бескорисне опште формуле о *праву* и *интересу*,² као и формула о *праву* и *очекивању правном*. Немачки правници су покушали да дубље уђу у питање о стеченим правима па су дошли до закључака, који имају вредности. По немачкој владајућој доктрини под стеченим правима треба разумети она права, која припадају одређеном субјекту на основу једног особеног правног основа прибављања. Не треба само ограничити појам стечених права на она права, која су прибављена сопственом вољном радњом, као што то

¹ Тако и Ж. Перу, Приватно право, стр. 175 и даље.

² Ту је формулу усвојио Ж. Перу (Приватно право, стр. 176) по угледу на белгиског правника *Laurent-a* (Principes du droit civil francais t. I. № 153—161) и француског правника *Huc-a* (Commentaire du Code Civil, t. I, № 60). Против те формуле и *Planiol* t. I, p. 94.

сматрају *Lassale* и још неки правници.¹ Кад би се мишљење Ласалово примило, изишло би да нема стечених права тамо, где није било индивидуалних, вољних радња. Ово међутим није тачно, јер стечена права могу постојати и без сопственог делања. На пример, права из отвореног наслеђа, права из деликата, извршених од стране трећих лица, права из судских наредба.

Појам стечених права не треба ограничити само на имовинска права, јер и породична и лична права могу бити стечена права. С друге стране опет изгледа неопортуно заштитити сва могућа права, чак и она која проистичу из једног одређеног сложеног права. Кад би се и најмање и најнезнатније овлашћење чувало, задржао би се правни развитак и напредак. Држава има и дужност и право, да својом влашћу упућује и чисто приватне односе другим правцем, само ако је то потребно и по целину корисно.

Као што се види граница између стечених права, и оних овлашћења, интереса, нада и очекивања, која не долазе под појам стечених права, је врло покретљива и не може се увек са сигурношћу одредити. Да би се пак у конкретним случајевима олакшало испитивање о томе, постоји ли стечено право или не, предузете су две врсте мера, које знатно помажу суду при решавању овог и важног и деликатног питања. Те мере потичу с једне стране од правне теорије, а с друге стране од позитивног права.

1. Правна теорија се труди да издвоји оне случајеве у којима несумњиво нема стечених права. То су махом ови случајеви:

а) Нису стечена права, која се још налазе у стадијуму стварања или постајања; где досадашњи закон отвара само могућност или вероватноћу будућег прибављања. Ту може бити говора само о нади једној, а не о стеченом праву. Тако, законско право наслеђа пре отварања наслеђа, пре смрти *de cuius-a*, није никакво стечено право. То је једна правна нада, која може бити уништена новим законом. По старом закону један сродник је означен за ближег законског наследника. Новим законом буде други сродник означен као наследник, који има првенство. Ако наслеђе није још отворено, нема повреде стеченог права. Право из почете застарелости такође је једна правна нада, а не сте-

¹ *F. Lassale*, op. cit. I, S. 55. Мишљење Ласалово сматра као најбоље и усваја га *А. Ђорђевић*, II, стр. 142 и даље.

чено право. Друкчије ће бити у случају, ако је изглед на будуће прибављање кристалисан у облику особеног субјективног права, као што је случај са правом најближег фидеикомисарног наследника, кад је неизвесно, да ли постоји стечено право или не (§ 467 Г. З.).

б) Стечена права нису даље она општа или специјална лична права, која постоје било за све грађане, било само за чланове једног друштвеног реда, и то непосредно на основу законског прописа. Ту долази на пример право на слободу занимања. Даље сва т. зв. статусна права, која су у суштини правна стања, слична са субјективним правима. Код тих права недостаје особени правни основ прибављања. На пример, пунолетство је такво једно правно стање или статусно право. Ако би новим законом прописано било, да пунолетство наступа са навршетком 25. године, док је стари закон предвиђао 21 годину као границу малолетства, онда ће нови закон важити не само у погледу оних лица, која нису још навршила 21 годину, већ и у погледу оних, која истина имају 21 годину, али немају 25 година. Сва та лица понова ће се сматрати као малолетници. Пунолетство као такво није стечено право.¹ Друкчије би било кад би пунолетство било прибављено једним особеним правним актом, еманципацијом. Проглас за пунолетно лице је особени правни основ за стицање пунолетности и зато лица која су проглашена за пунолетнике, остају то и даље, макар новим законом били прописани и други услови.

в) Не постоји непосредна повреда стечених права кад се услед укидања читавог једног правног института одузима могућност постојања раније стечених права из тог института. Истина у сумњи ваља и овде узети, да се само нови односи укинуте врсте не могу више заснивати, а да већ засновани односи и даље трају. Исто важи и на случај потпуног преображаја једног правног института. Нови се односи не заснивају, а већ засновани односи постоје и даље. На пример, у случају укидања установе уговора о наслеђу, фиденкомиса, уговора о усвојењу и т. д. Или за преображај установе пример са променом права очевог у погледу дечијег имања, са променом имовинског брачног права.

¹ Овако и А. *Borheuth*. II, стр. 144—145. Ово је владајуће мишљење, али није опште усвојено. Противно мишљење у погледу лица која су по ранијем закону постала пунолетна, имају: *Savigny*, System, VIII, S. 115; *Regelsberger*, Pandekten, I, § 48; *Köhler*, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, I, S. 61.

Међутим често се дешава, да је циљ правне реформе не само у томе, да се нови односи из једног правног института не заснивају више, већ у опште, да се такви односи не могу више трпети. У таквом случају и сва стечена права падају на жртву општим интересима. Управо ту не би могло ни бити говора о поништају стечених права, јер се о таквом поништају говори онда, кад се не укидају читаве установе, које су се преживеле, и које се морају заменити новима. Обзири на стечена права овде не играју готово никакву улогу, кад су у питању виши интереси културе и хуманости. Као пример може да послужи у Србији решење аграрног питања, укидање спахилука на основу закона од 26. октобра 1833 и § 213 Грађанског Законика у вези са законом о уређењу аграрних одношаја у новоослобођеним пределима од 3. марта 1880 године. Данас је пример решење аграрног питања у Босни и Херцеговини, где се погрешно износи као разлог за неувођење обавезног откупа кметова принцип о заштити стечених права.¹

2. На другом месту позитивно право, кад је видело да се теорија не слаже у питању о стеченим правима, почело је сасвим умесно при променама закона да доноси нарочите одредбе, т. зв. прелазна наређења о томе, како ће се регулисати однос између старог и новог закона. Тим прелазним наређењима тачно се одређује, које ће питање бити расправљено по старом, а које по новом закону. Законодавац тиме знатно олакшава посао суду, који је често пута у великој недоумици, како ће решити оваква питања. За Грађански Законик од 1844 прелазна наређења налазе се у закону од 22 августа 1844 (Зборник V, 331).

в) Примена ошћих начела на поједине случајеве.

Из напред изложених правила види се како је овде све прилично колебљиво и како на крају крајева одлуке зависе од особености појединих односа. Да би се горње излагање попунило, навешће се још неколико примера из појединих делова грађанског права, из којих се може добити мало јаснија слика о гледишту правне теорије.

Ко је по старом закону оглашен за пунолетног, остаје пунолетан. Ко је стављен под старатељство, остаје и даље, сем ако новим законом узрок тај није више предвиђен као разлог за стављање

¹ Видети *Dr. Karl Grünberg. Die Agrarverfassung und das Grundentlastungsproblem in Bosnien und Herzegowina (1911).*

под старатељство. Ко је проглашен за умрлог сматра се и даље као умрли, макар да нови закон садржи друкчије услове. Правне личности постале под владом старог закова, задржавају своју личност, али се морају по могућству прилагодити прописима новог права. Ово је на пример усвојио закон о задужбинама од 14. јануара 1912 године, који у свом чл. 21 прописује, да све раније основане задужбине правно постоје и даље, макар да нису основане у смислу одредаба новог закона, али се имају у року од шест месеца у погледу своје организације саобразити прописима новог закона и уписати у регистар задужбина.

Започета застарелост је правно стање, и не може се сасвим укинути. Појединац има право на продужење застарелости. Али ово није опште усвојено мишљење, јер има правника који налазе, да се новим законом једно право може огласити за незастариво, и ако је било застариво по старијем закону. Рок застарелости рачуна се међутим и за отпочете застарелости по новом закону. На већ завршену застарелост нови закон нема утицаја.

Код стварних права утицај новог закона огледа се у томе, што се истина постојећа стечена права признају и задржавају, али се у појединостима та права регулишу по новом закону. Тако, свако право својине, прибављено под режимом ранијег закона, остаје у важности, али се вршење његово, његово фактичко и правно остварење регулише по одредбама новог закона. Исто то важи и за стварне службености и остала стварна права.

Тражбени односи у начелу се регулишу по прописима ранијег закона, и ако се то у целини не може извести. Ово вреди и за поједина овлашћења из тражбених односа, која имају облик субјективних права и сматрају се према томе као стечена права.

У породичном праву огледа се велики утицај новог права и на раније засноване односе. Тако у питању о ништавности брака као и оборљивости или рушљивости, ако би по досадашњем праву један брак био ништаван или оборљив, а ново право не предвиђа такав узрок ништавности или оборљивости, онда брак остаје у снази, ако супрузи нису раније већ тражили поништај брака. Што се тиче пак личних односа између супруга они се управљају по новом праву.

Развод брака и однојеност живота управљају се по новом праву. Ако се раније десно догађај, који преставља разлог за развод брака по новом закону, неће се моћи наравно тражити

развод брака, ако тај догађај није и по ранијем закону био признат као законски узрок за развод брака. Обратно, ако нови закон не зна за један узрок, који је постојао по ранијем закону, супрузи имају право да се на тај узрок позивају и под владом новог закона. Имовински односи супруга регулишу се по новом закону, у колико нису брачним уговором утврђени. Ако је брачни уговор упућивао на законско право, могуће су модификације у извесним односима. Односи између родитеља и деце, како лични тако и имовински, регулишу се по новом закону.

Што се тиче наслеђа и наследног права по правилу је ме-
родаван закон оног времена, кад је наслеђе отворено, т. ј. кад је *de cuius* умро. Нови закон нема утицаја на расправу наслеђа припало: за владе старијег закона. Што се тиче аката последње воље, њихова се важност управља по закону оног времена, кад су ти акти постали. Али и ово се не спроводи безусловно, нарочито у случају укидања једне правне установе. Тако је законом од 24. маја 1911, којим су укинута усмени тестаменти и одређена нова форма за писмене тестаменте, прописано, да се акти последње воље цене по прописима ранијег закона само до истека три месеца од дана ступања закона у живот. За сва доцније отворена наслеђа вреде прописи новог права (в. § 448 а).

3. О ограничењу примене објективног права у личном погледу.

а) О примени приватног права на краља и чланове краљевског дома.

Објективно право по својој природи важи за сва лица на територији једне државе. Приватноправни односи свих грађана регулисани су Грађанским Закоником. Питање је, да ли то вреди и за шефа државне власти, краља и чланове краљевог дома. Краљ је, као што је познато, не само неодговорна, него и неприкосновена личност. Према томе би изишло, да се он налази над правним поретком и да за њега не важе прописи објективног права. Али ово није тачно. Нарочито то није тачно у погледу приватно-правних односа. Личност владаочева као личност приватног права постоји независно од личности његове као шефа државне власти, и зато владар може имати приватног имања као и обични грађани. За правне односе на том имању важе општи прописи грађанског права. У том смислу постоји

изречан пропис у § 19 Грађанског Законика: „И права самог краља и правитељства која у овом законуку извор и опредељење имају, хоће се по овом законуку судити“. Исти принцип садржи и Устав у чл. 178 ставу I, који гласи: „Од државног имања разликује се краљево приватно имање, којим краљ слободно располаже за живота и смрти по одредбама Грађанског Законика. За краљево имање не вреди други одељак чл. 40 Устава“. Тај одељак гласи, да је краљ неприкосновен и да не може бити тужен. И ако у чл. 178 Устава стоји само то, да се краљево право располагања управља по прописима Грађанског Законика, ипак овај пропис треба тумачити у ширем смислу, да се сви приватни, имовински и породични односи краљеви управљају по општим правилима, која вреде и за остале грађане. Изузетак постоји у погледу само оних породичних односа, који би били регулисани особеним законом или дворским статутом.

Све ово вреди и за чланове краљевског дома кад вреди за краља. И они у својим приватним односима имају да се управљају по прописима Грађанског Законика, у колико не би било особених одредаба у нарочитим законима. Таква је једна одредба у чл. 44 Устава, да ниједан члан краљевског дома не може ступити у брак без одобрења краљевог, макар био и пунолетан. Истина брак закључен мимо ове забране, дакле без одобрења краљевог, неће бити поништен, али ће односни члан краљевог дома услед тога изгубити извесна права која има по Уставу.

б) О примени приватног права на државу.

И држава се појављује у правном саобраћају у двојаком облику: као личност јавног права, као највиша власт, којој су појединци потчињени, и као личност приватног права, изједначена са појединим грађанима. Кад се држава појављује као правно лице приватног права, онда се сви њени приватни односи регулишу по одредбама Грађанског Законика. У напред наведеном § 19 налази се изречна одредба о томе. Исто то важи и за самоуправна тела, као округе, срезове и општине.

в) О примени српског објективног права на странце и њихове односе.

Држава прописује право у првом реду за своје поданике, али благодети права не ускраћује и странцима. Данас је при-

вредни живот тако развијен, саобраћајни односи су постали тако живи и чести, да у свакој држави има велики број странаца, који се потчињавају правном поретку те државе, примајући обавезу да се покоравају њеним законима, али користећи се једновремено и свима благодетима права.

Раније није било тако и правни положај странаца није ни мало био завидан. Странци су обично третирани као непријатељи и тек је постепено њихов положај у држави почео бивати регулисан правним правилима. И несумњиво културне државе, као што су биле грчке републике или римска република, биле су неповерљиве према странцима и имале су нарочите прописе за односе странаца, који су прописи далеко били од изједначења са домаћима. Оваке идеје одржале су се и кроз цео средњи век, док се у току 18. и 19. века није дошло до нових, хуманијих и културнијих погледа.

Правни положај странаца данас није један исти у свима државама. Најлибералнији систем постоји у Италији, где су странци у приватноправним односима потпуно изједначени са домородцима. То начепо равноправности странаца са домаћим грађанима изречено је у чл. 3 италијанског грађ. законика, који гласи: „Странцу се допушта да ужива иста грађанска права, која и домаћи грађани“. Друге државе су усвојиле т. зв. систем законског или фактичког реципроцитета, по коме странци у једној држави имају иста она права, која би имали грађани те државе у домовини странаца, на основу законског прописа или пак обичајног права. Овакав систем постоји у Аустрији (§ 33). И најзад постоји и систем дипломатског реципроцитета, по коме је правни положај странаца доста неповољан. По том систему, који је усвојен у Француској (чл. 11 Code Civil), странац ужива у једној држави она грађанска права, која имају и грађани те државе у домовини странчевој на основу међународног уговора. У Француској постоји и нарочити један пропис за странце, који би се стално настанили у Француској, по коме се они изједначају са домаћим грађанима у погледу уживања приватних права (чл. 13). Француски систем дипломатског реципроцитета није добар, јер је по њему положај странаца несталан. Међутим ваља знати, да француска судска пракса не тумачи чл. 11 дословно, већ чини разлику између оних права, која се могу сматрати као основна права човечија, као што су право својине, право уговарања, право закључити брак и т. д. и осталих права, која проистичу

из домаћег законика. Она прва права, освештана законодавством свих држава, уживају и странци у држави, без обзира на реципроцитет. Ова друга права пак може странац уживати само под погодбама из чл. 11 и 13 Code Civil-а.

Српско право је у питању о правном положају странаца врло либерално. Оно садржи неколико одредаба, из којих се може извести, какав је српски систем.¹ По § 47 Г. З. изишло би, да је српско право усвојило систем законског или фактичког реципроцитета. Тај пропис гласи: У опште, у свима случајевима у којима страна држава поступа са Србима као са својим, сматраће и ови закони странце као и своје“. Али овај пропис не треба тако схватити, да странци уживају грађанска права у Србији само под условом законског реципроцитета. У § 47 стоји само то, да ће странци *бити поједино изједначени* са домаћим грађанима у случају таквог реципроцитета, а иначе да њихов правни положај може и друкчије бити регулисан. У колико је правни положај странаца друкчији од положаја српских грађана, то се види из нарочитих одредаба о странцима, које се налазе у Грађанском Законику и другим специјалним законима. Међутим у § 47 о томе нема ни речи, и зато се § 47 не може употребити као аргуменат за постојање нарочитих ограничења у погледу странаца. Странци су у српском праву изједначени у начелу са домородцима, сем у случајевима, где би позитивним законским прописима положај странаца био друкчије регулисан. Ово се види јасно из чл. 30 Устава, да странци на српском земљишту уживају заштиту у погледу своје личности и имања. Па по § 15 Г. З. личност и сопственост странаца заштићене су исто онако као и личност и сопственост домородаца. Исти такав пропис има и § 45 Г. З. који гласи: „И странце овде живеће у призрењу права на њихову личност и сопственост односећих се узимају закони под савршену заштиту, у колико се за уживање каквог особитог права не би нарочито српско грађанство изискивало“.

Изузетних наређења има на штету странаца, т. ј. таквих наређења, по којима се странци у односним случајевима изједначају са домородцима само под одређеним условима. То су на пример ова наређења:

¹ Видети студије: *G. Pavlovitch*, De la condition juridique des étrangers en Serbie („Journal de droit international privé“, 1884); *J. Мухевић*, Странци и њихова права (Исток, 1872, бр. 36—47); *У. Кнежевић*, Странци и њихова права у нас (Будућност, 1873, бр. 17—21).

1. По § 423 Г. З. инострани житељи имају право наслеђа на имању српског грађанина само у случају кад је путем међународних уговора такво право обезбеђено грађанима те државе. Тако по конвенцији закљученој 1911 године између Србије и Аустро-Угарске о помоћи у судским делима утврђен је овај реципроцитет у погледу наслеђа.

2. Према законодавном решењу од 5. марта 1851 године странци као тужиоци су дужни у случају спора да дају обезбеђење (*cautio judicatum solvi*), било лично јемство, било у имању, сем у случају кад их заступа српски правозаступник, јер тада је он лично одговоран за све судске трошкове (§ 43 Закона о правозаступницима).

3. Приликом стецишта једног српског грађанина повериоци странци имају подједнако право наплате из стечајне масе за своје тражбине под условом да и српски грађани у земљи тих странаца такво право имају, било на основу закона или међународног уговора. Постојање таквог реципроцитета дужан је странац у случају сумње да докаже (Видети § 20 Закона о стецишном поступку).

ДРУГИ ОДЕЉАК.

СУБЈЕКТИВНА ПРАВА.

1. Субјективна права и објективно право.

Под субјективним правима разумеју се она поједина права, која имају грађани у уређеним друштвеним заједницама. У одређивању суштине субјективних права постоје врло разнолика мишљења. Тек из скупа разноврсних мишљења издваја се оно, што се може као несумњиво примити. За правилно схватање субјективних права на првом месту је потребно одредити однос њихов према објективном праву.

Субјективно право је корелат објективног права. То су две стране једне исте сложене појаве, тако да се природа субјективног права правилно може разумети тек кад се уочи однос његов према објективном праву. Тај однос се у току времена мењао. Првобитно је владала неодвојеност и нераздељивост објективног и субјективног права. Оба та права појављивала су се у конкретном облику, у облику права одређеног лица.¹ Међутим са постепеним развитком и усавршавањем права почело се вршити и издвајање објективног права од субјективног права. Објективно право све више и више је узимало облик апстрактног правила, тако да је правни поредак на послетку почео престављати скуп чисто апстрактних правила. То је био несумњиви напредак, који је ишао напореда са културним развитком. Субјективна права међутим задржала су свој конкретни облик, али су тај облик довела у непосредну везу са објективним правом. Та је веза веза зависности.

¹ О овој неразднојености видети *Bierling*, Die juristische Prinzipienlehre I, S. 145 ff.

Услед овог издвајања променио се и положај објективног права и субјективних права према судској пракси и правној науци. Судска пракса мора објективно право као једно апстрактно правило, да учини конкретним, примењујући га на поједине случајеве у животу. Правна наука међутим претпоставља постојање апстрактних правила, која она има да среди у систем. И зато она има само у толико посла са конкретним појавама, што из њихове гомиле издваја апстрактне норме, које тим догађајима владају, у колико оне не би већ биле изведене. За судску праксу објективно право је помоћно средство, да се остваре субјективна права, а за правну науку конкретна субјективна права су данас само чињенице, које служе само као пример за проверавање тачности и умесности постављених принципа.

Субјективно право и објективно право су подједнако првобитни, т. ј. они су се једновременно јавили. Једновременост њихова постанка најбоље се утврђује том околношћу, што су субјективна права и објективно право првобитно били неподвојени, престављајући једну једину појаву. Преставља о субјективним правима није могла да се појави у људском уму без једновремене појаве и преставе једне о норми, којом се људско кретање ограничава. Према томе из ове једновремености мора се закључити, да је погрешно схватити субјективна права као творевину објективног права, као што није тачно ни обратно мишљење, да је субјективних права било и пре постанка правног поретка, пре објективног права, пре закона и над законима. Оно прво уче многи модерни правници, а ово друго је учила теорија природног права.

Модерни правници, који сматрају објективно право као вољу, општу вољу или наредбу, наравно да морају сматрати субјективна права као творевину објективног права. То мишљење имају Thon,¹ Windscheid,² Klausius,³ а од српских правника Андра Ђорђевић.⁴ Интересантно је код овог мишљења, да оно по својим крајњим последицама доводи до негирања субјективних права. Ако је субјективно право само једна бенефиција, коју правни поредак ствара, онда би правном поретку стајало на вољу, да

¹ Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 147.

² Windscheid, Pandekten, I, § 37.

³ Klausius, Das Merkmal der Macht im Begriff der subjektiven Rechte (1890), S. 7.

⁴ А. Ђорђевић, Систем, 12 стр. 6.

ту бенефицију, та права, у свако доба одузме. И доиста један писац који заступа овако мишљење, био је сасвим конзеквентан, кад је тврдио, да субјективних права у ствари и нема.¹ Против овог мишљења нарочито је устао познати немачки правник Dernburg, позивајући се на два аргумента из позитивног права, који имају несумњиву вредност. Први је уставни пропис, који се налази и у српском Уставу (чл. 16), да је својина неповредна. Тај се пропис као *правни* пропис не би могао схватити ни објаснити, ако би право својине било створено и дато од објективног права, јер би оно зависило тада искључиво од нахођења законодавне власти. Други аргуменат тиче се познатог правила, да закони не могу имати повратне силе на штету стечених права (чл. 36 Устава). И овај принцип био би необјашњив, нити би се могао одржати, кад би се примила као тачна теорија о стварању субјективних права путем објективног права.

Да је пак оно друго мишљење, како су субјективна права постојала и пре објективног права, погрешно, то су несумњиво утврдили многи правници при обарању теорије о природним правима. Без објективног права, без правног поретка, нема нити може бити субјективних права. Истина, раније на нижим ступњима правног развитка правни поредак није се овако јасно и оштро издвајао, као данас, али је он ипак постојао, и ако је био скривен у самим правним односима.

Кад су објективно право и субјективно право једновремено постали, кад једно другоме не дугују за свој опстанак и своју егзистенцију, остаје да се тачно одреди однос између та два права. Тај однос је однос зависности. Субјективна права зависе од објективног права. Истина субјективна права нису творевина објективног права, али је објективно право онај фактор, који субјективна права формира из датих погодаба. У том стварању облика субјективних права објективно право је свемоћно. Само оно право, које је објективно право формирало и признало, само такво право долази у категорију савршених субјективних права.

С друге стране пак објективно право зависи од субјективног права у толико, што мора да води рачуна о оним облицима и садржајима људских воља, о оним постулатима човечјег организма, без којих не може у опште бити субјективних права. Објективно право не може с мо да створи ниједан однос који не би већ био одређен тим постојећим вољама и њиховим обли-

цима. Према томе очигледно је, да се објективно право и субјективно право само у узајамној вези могу правилно разумети. Овако схватање субјективног и објективног права једино је тачно и за његово учвршћење највише има заслуга Гирке.¹

2. Појам и суштина субјективног права.

Књижевност: Schuppe, Der Begriff der subjektiven Rechte (Breslau 1877); J. Klausius, Das Merkmal der Macht im Begriff des subjektiven Rechts (1890); Jellinek, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte; Bierling, Die juristische Prinzipienlehre; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht.

Тачна одредба субјективног права могућа је тек после горњих претходних напомена о односу између субјективног и објективног права. Кад је објективно право у суштини ограничење људских воља у спољнем свету, онда се под субјективним правом има разумети једна одређена, детерминисана воља, заснована у нарочитој природи човечије личности, а одређена прописима објективног права. Ову идеју, да је објективно право воља, и то детерминисана воља, први је нагласио Виндшајд. По њему субјективно право је једна од правног поретка подарена моћ воље. Порекло Виндшајдовој дефиницији, да је субјективно право једна објективним правом створена моћ воље, пронашао је Дербург у схватањима оне философије, нарочите грчке, која даје првенство целини а не индивидуи. По тој философији води се рачун искључиво о целини. Кад су интереси целине задовољени, кад целина напредује, онда је то добро, макар појединци и не напредовали, или чак и пропадали. И зато о *правима* појединаца може бити говора само у толико, у колико би целина та права створила и признала.²

Виндшајдова дефиниција субјективног права није тачна, али она није ни апсолутно нетачна. Да је субјективно право у суштини својој воља, то је тачно. Да је то објективним правом створена воља, то није тачно. Корен вољи и субјективном праву је у личности, и зато држава само *признаје* детерминисане воље и облачи их у одећу субјективних права, али их не ствара. Нетачно је даље у Виндшајдовој дефиницији, да је субјективно право једна *просја* воља. Из такве би дефиниције изишло, да је субјективно право једна празна и бесциљна воља, а то се не може примити, пошто не одговара стварности. Субјективно право, то је једна воља испуњена одређеном садржином и управљена

¹ Gierke, Deutsches Privatrecht, I, S. 252 ff.

² Dernburg, Bürg. Recht, I, S. 112.

на нарочити циљ. Садржину сваког односа воље, који је признат као правни однос, т. ј. као субјективно право, чини један животни интерес из спољнег света, једно идеално или материјално добро. Циљ сваке детерминисане воље, која је призната као субјективно право, јесте задовољење једне душевне или телесне потребе, обезбеђење уживања животних добара, и у опште учешће у културном животу. Сасвим би наопако било, кад би се субјективно право одређивало само као гола моћ воље, тако да би изишло да су садржина те воље и циљ њен нешто што стоји ван појма субјективног права.

Ово мишљење о природи субјективног права као детерминисане воље није опште усвојено. Нарочито је против схватања субјективног права као воље устао Јеринг, тврдећи да се одредба субјективног права треба да заснива на *интересу*, а не на *вољи*. Мишљење Јерингово о субјективним правима гласи, да су субјективна права правно заштићени интереси.¹ Са Јерингом се донекле слаже и Дернбург, јер и по њему суштина права је у уживању нечега, у користи или неком интересу који се обезбеђује.² Против Јеринга се може на првом месту то навести, да циљ једног права не може бити у исто време и његов битни елеменат. Интерес је мотив за признање права и он доиста донекле улази у појам права, али први, примарни и битни елемент у појму права остаје ипак воља, и то онаква воља, како је горе означено. И зато се Јерингова одредба као једна чисто материјалистичка дефиниција не може усвојити.

Са схватањем субјективног права као детерминисане воље у погледу на једно животно добро, изгледа да се не слаже та околност, што и деца испод 7 година, и лица душевно болесна, која су апсолутно неспособна да врше правне радње, јер не могу имати правне воље, могу имати субјективних права. Недостатак воље не смета им да буду носиоци права и дужности, из чега би изишло, да суштина субјективних права није у вољи. И доиста на ову околност нарочито ударају гласом они правници, који не примају схватање субјективног права као воље.

¹ *Jhering*, Geist des röm. Rechts, III, § 61: Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.

² *Dernburg*, Pandekten, I, § 39: Recht im subjektiven Sinne ist der einer Person durch die Rechtsordnung gewährleistete Anteil an den Lebensgütern; *Derselbe*, Bürgerliches Recht, Bd. I, § 41: Recht im subjekt. Sinne besteht in einem Anteile an den Lebensgütern, welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet.

Међутим ова замерка није оправдана. Право сматра и оглашује сва људска створења за правне субјекте, признаје им способност, да могу имати субјективна права, и то зато, што су *људи*, бића обдарена разумом и свешћу, душевним и телесним организмом, који људе одликује. Та околност пак, што између људи постоје разлике, како у погледу развијености (деца и одрасли) тако и у погледу душевних способности (умно оболели, лица са телесним недостацима, који утичу и на душевну способност) учинила је, да се прави разлика између правне способности у опште и пословне способности, коју нека лица или никако немају, или је имају само у ограниченом обиму. Тим лицима која немају потпуну пословну способност, способност да предузимају правне радње, постављају се нарочити законски заступници, који ће вољу неспособних лица допуњавати, односно замењивати. Према томе очигледно је, да ова изузетна појава, која има свог оправдања у природним разликама, не може да се употреби као аргуменат против тачности горњег правила о природи субјективних права.

Као нарочита особина субјективних права не треба да се сматра њихова *изнудљивост*, за разлику од оних бенефиција, које човек у друштву очекује од других лица, али их не може остварити принудним путем. Као што се у појму објективног права не налази његова изнудљивост као битна особина, тако исто ни у појму субјективног права не налази се изнудљивост његова. Истина, субјективна права по својој природи имају тенденцију да су и изнудљива, али само је та тенденција карактеристична, а не и потпуна изнудљивост. Има субјективних права, која нису изнудљива. Ово мишљење о субјективним правима имају многи правници,¹ али оно није опште усвојено. Има доста правника који истичу, да је баш изнудљивост битна особина у појму субјективног права. То се мишљење до скоро сматрало као владајуће, али се данас напушта. Субјективно право, које је и изнудљиво, савршено је право. Једно неизнудљиво право пак ипак је право, само несавршено право.

¹ *Windscheid-Kipp*, I, S. 164; *Stammler*, *Wirtschaft und Recht*, S. 131 ff; *Bierling*, *Jurist. Prinzipienlehre*, I, S. 48.

Елементи субјективног права.

1. Право и дужност.

Под субјективним правом разуме се, као што је напред изложено, једна одређена воља, одређена по садржини и по правцу. Та одређеност воље схвата се обично као овлашћење, као моћ воље, и ако тако схватање само у пола карактерише природу субјективног права. Поред *власћи* или *овлашћења* налази се у појму права и *дужности* или *везаности* воље, која дужност одговара оном овлашћењу. Према томе у појму субјективног права има у ствари два елемента: један елемент је *овлашћење* субјекта, а други елемент је *обвезаност* или *дужност* тог истог или пак другог субјекта. Овлашћење је моћ воље, утврђена једном нормом, а дужност или обавеза је везаност воље, која је такође утврђена нормом.

На ово двојство у појму субјективног права треба обратити нарочиту пажњу, јер тек оно омогућава, да се природа права схвати правилно. У Грађанском Праву уобичајено је међутим, да се код субјективних права обраћа главна пажња на овлашћење субјекта, док се на обавезу гледа као на нешто секундарно, ма да је и израз обавеза сасвим одомаћен и означава везаност неког лица нечијим субјективним правом. У јавном праву је обратни случај. Тамо се дужност истиче на прво место, а право на друго место. При излагању појединих субјективних права у посебном делу задржаће се уобичајени метод о истицању овлашћења као главнога у појму субјективног права, али при свем том имаће се на уму, да је овлашћење само једна страна, један део субјективног права и да тек у заједници овлашћење и обавеза испуњују цео обим права.

2. Право и овлашћење.

а) Субјективно право као детерминисана воља може се рашчланити на два елемента. Први је елемент она моћ воље, која карактерише укупно право као такво. То је право на извесно држање или чинење од стране оних лица, која се појављују као обвезани према овлашћеном субјекту. Објективно право формира једну вољу, одреди јој садржину и уступи субјекту власт да слободно располаже кретањима те воље. Таква укупна, тачно детерминисана и од објективног права призната воља, јесте оно, што се у правној науци назива субјективним правом.

Али поред тог укупног овлашћења истичу се друга специјална овлашћења, која проистичу из оног првог права и која се такође појављују као детерминисане воље. Такво је, на пример, код права својине овлашћење сопственика, да ствар отуђи, да је оптерети, да је сасвим напусти. Код тражбених права овлашћење повериоца да тражбину откаже, да је пренесе, да је заложити, и т. д. Да ли су и ова посебна овлашћења субјективна права? Да ли и њих треба сматрати као нарочита јединачна субјективна права, тако да би оно прво, главно право било у ствари једно сложено субјективно право? Ово питање није чисто питање правне технике, већ има и практичног значаја, нарочито у погледу застарелости. Ако се и та специјална овлашћења сматрају као засебна субјективна права, онда значи да она могу као таква застарети независно од укупног или сложеног права. Мишљења су овде подељена. Већина правника сматра и ова овлашћења као субјективна права, али као права везана за главно право и неодвојима од њега. Други пак правници, нарочито Колер, налазе, да се та посебна овлашћења (*Befugnisse*) не могу опет посматрати као субјективна права.¹⁾

Грађански Законик кад говори о овим овлашћењима сматра их као субјективна права, али као права условљена главним правом и зависна од њега.

б) У вези са разликовањем између права и овлашћења стоји и разликовање између *Recht* и *Anspruch*, које се налази у немачком праву и немачким законима. Мишљења су подељена о значају овог разликовања. С једне стране однос између *Recht* и *Anspruch*-а може да се схвати као однос између субјективног права у целини и појединих правних овлашћења која проистичу из тог укупног права. Тада би се ово разликовање поклапало са напред наведеном разликом између права и овлашћења. Међутим немачка правна доктрина даје шири значај појму *Anspruch*-а. Први који је конструисао појам *Anspruch*-а и чије је схватање ушло и у немачке законе, специјално у Грађански Законик, био је познати правник Виндшајд. По Виндшајду *Anspruch* означаје са гледишта титулара ма ког права (личног или стварног, апсолутног или релативног) *захтев управљен на пошчињеност или везаност једне тлуђе воље*. *Anspruch* је израз за акцију права према једном одређеном лицу. То је овлашћење тражити нешто од једног лица. (*Das Recht von einem Anderen etwas zu verlan-*

¹⁾ Kohler, I, S. 150 ff.

gen). Стварна права садрже множину таквих захтева. Тражбена права се пак готово редовно појављују у форми *Anspruch*-а. У немачком праву значај *Anspruch*-а огледа се код застарелости. Право као такво не застарева. Застарети могу само поједини *Ansprüche*, који из права проистичу. Отуда потиче већа независност једног *Anspruch*-а од права, чији је он конкретни облик, него што је то случај у српском праву са овлашћењем, које проистиче из субјективног права као таквог.

Питање о значају *Anspruch*-а у немачком праву је веома дискутовано и врло спорно. Отуда и данас није јасно, да ли се доиста правна наука обогатила овом конструкцијом. Карактеристично је, да остала права, сем немачког, немају израза за *Anspruch*, као што га нема ни српско право. И зато српско право води рачуна само о разликовању између права као таквог и овлашћења, које из права као целине потиче.

3. Право и тужба.

Ранија правна доктрина чинила је разлику између *права* као таквог и *тужбе* којом је то право заштићено. Та разлика потиче још од римског права, које је услед свог особеног развитка створило један нарочити тужбени систем. У римском праву право на судску заштиту путем *тужбе* (*actio*) било је издвојено од права као таквог (*jus*). Али, и у томе је особина римског права, из сваког *jus*-а не потиче само по себи и право на тужбу или *actio*. Напротив, *actio* мора бити заснована особеним правним прописом. Једно исто право може бити заштићено и са неколико тужба. Из овога се види, да у римском праву под речи тужба (*actio*) не разуме се само радња приватног лица, којом се тражи помоћ од суда, у циљу заштите једног субјективног права, већ и овлашћење да се та заштита тражи. *Actio* је првенствено означавала то овлашћење, које је морало придоћи уз право на основу нарочитог прописа законског. Тако је римско право поред система субјективних права познавало и систем тужба.

Овај римски систем почео је у току времена бивати напуштан. Потреба за заштитом права довела је до стварања т. зв. *actiones utiles*, по аналогији постојећих тужба. Затим су допуштене и безимене тужбе, за заштиту свих могућих права, чиме је строги римски систем сасвим напуштен.

Данас се задржала још понека нарочита тужба, са наро-

читим називом, али без икаквог принципијелног значаја по правну заштиту. Данас је право на тужбу по себи разумљиви и нераздвојни припадак субјективног права (§ 16). Оно је скопчано са сваким у опште признатим правом, у колико не би изречно било одузето, као што је случај код т. зв. природних тражбина. То су несавршена права, али ипак права, ма да се не могу реализати принудним путем. Отуда у модерном праву није ни потребно, да се именује тачно тужба која се подиже. Једна погрешно означена тужба не повлачи никакве штетне правне последице. Она важи, само ако садржи тужбени основ и ако се њоме тражи нешто одређено, што у опште може тужбом да се тражи. Разликовање тужба на стварне и личне, које се такође одржало, потиче од природе права, која су у питању, и служи само ради боље карактеристике тих права.

Однос права према тужби изменио се у модерном праву још у једном погледу. Не само што је свако право добило судску заштиту путем тужбе, већ се та заштита данас схвата друкчије него у римском и пандектном праву. И данас се заштита права огледа у судској помоћи, која се даје по нарочитом поступку и нарочитим правилима. Том помоћи се иде у првом реду на коначно утврђење правних односа једном ауторитативном одлуком (пресудом). А затим према потреби судски рад је управљен и на фактичко остварење права, употребом принудних средстава којима држава располаже. У том погледу између данашњег права и ранијег права нема разлике. Али разлика постоји код питања о основу судске заштите. Раније се сматрало да судска заштита потиче искључиво од приватног права, тако да је и овлашћење, тражити судску заштиту, било сматрано као једно приватно право. Данас пак постоји у држави опште право на судску заштиту, и то је једно *јавно право* управљено према држави као таквој. Радовима многобројних правника несумњиво је утврђено, да је право на судску заштиту једно *субјективно јавно право*.¹ И пропис § 16 Грађанског Законика јасно показује, да је овде у питању једно јавно субјективно право. Тај пропис гласи: „сваки има право.... у случају нарушења својих права *помоћи код своје власи и тражити*....“.

Кад је право на судску заштиту путем тужбе једно јавно

¹ Wach, Zivilprocess, I, S. 19 ff; Fischer, Recht und Rechtsschutz, (Bekkers und Fischers Beiträge, Heft VI); Laband, Staatsrecht, II, S. 338 ff; Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1892) S. 118 ff.

право, онда је разумљиво, што се приватна лица не могу унапред пуноважно одрећи тог права. Једино што се допушта, да странке путем уговора замене одлуку државног суда, одлуком једног изборног суда, али и то у тачно одређеним случајевима и под нарочитим условима, које је закон прописао (вид. §§ 433 до 448 Г. С. П.).

Што се тиче односа у коме стоји јавно право на судску заштиту према приватном праву, коме је та заштита намењена, треба знати, да јавно право ступа у службу приватног права, да оно постаје само једно оруђе субјективног приватног права. У односу између овлашћеног и обвезаног лица право на судску помоћ појављује се као један састојак приватног права, намењен да ојача то приватно право. И зато се позивање суда у помоћ, обраћање суду за заштиту често сматра као вршење приватног права, ма да то у ствари није тачно. Али зато што се јавним субјективним правом иде на остварење приватног субјективног права, судска помоћ се даје искључиво на захтев приватних лица и у границама тог захтева. Тиме се утврђује веза субјективног јавног права за субјективно приватно право и зависност његова од тог приватног права.

4. Право и приговор.

Питање о односу између субјективног права као таквог и *приговора* (exsertio), долази у тежа питања из правне науке и правне технике. Сагласност постоји у томе, да се приговором једним, истакнутим против остварења каквог субјективног права, не пориче егзистенција самог права. Приговор је овлашћење једног лица, да се истицањем нарочитих околности, које спречавају извршење права, успротиви остварењу или реализању права. Приговор има везе са оним елементом субјективног права, који се зове дужност или везаност воље. Онај чија је воља субјективним правом везана, може услед неке нарочите околности, која има такав значај, своју вољу заштитити од субјективног права истицањем приговора.

Порекло приговора је у римском праву. У римском праву услед постојања две врсте објективног права: цивилног права и преторског права наступило је то, да једна чињеница има по цивилном праву такав значај, да услед ње само право престаје постојати, док слична чињеница по преторском праву нема утицаја на егзистенцију субјективног права као таквог, већ дејствује

само као приговор, као сметња или препрека реализању права. Екцепције су имале услед тог дејства у римском праву велики значај и створен је по угледу на тужбе читав систем екцепција. У модерном праву се од тог система екцепција мало задржало, али и то мало заслужује да се о њему нарочито говори.

Модерна правна наука утврдила је на основу критичког испитивања појединих екцепција или приговора, да нема сигурне и одређене границе између непостојања права као таквог и његове посредне неважности или спречености, да се реализише. Тиме је доказано да нема унутрашњег основа, или бар да га нема увек, зашто да се једна чињеница сматра само као приговор (exseptio), који не утиче на егзистенцију права као таквог, а друга као такав догађај, који чини да у опште право не постоји. Према томе дошло се до сасвим правилног сазнања, да граница између ове две врсте чињеница са разним дејствима није нешто нужно, што мора постојати, већ да је цело ово питање о приговорима питање чисто правне конструкције, тако да се може замислити један правни систем, који не би знао за приговоре и у коме би свака чињеница имала за последицу непосредно непостојање или неважност субјективног права. Таквих система је доиста и било, а такав је данас енглески правни систем. Међутим и поред свега тога модерно право задржало је појам приговора као један употребљив правни појам, којим се извесне правне појаве лакше сазнају и схватају.

Што се тиче пак питања, како се има схватити један приговор са гледишта онога, који такав приговор истиче, на то питање није тешко одговорити. Приговор је једно овлашћење са свима карактеристичним знацима субјективног права и зато се има сматрати као субјективно право. Али како је то право управљено непосредно на то, да се паралише друго једно право, и како је у томе и сва садржина преговора, без икаквих даљих овлашћења, то се не говори о праву, већ о *приговору*, чиме хоће да се једновременно укаже на узгредност овог права, на његов ограничени обим и ограничено дејство. У суштини међутим приговор није ништа друго до једно субјективно право. И он се увек заснива на чињеницама, које по објективном праву стварају овлашћење; и он се остварује судском заштитом али увек у одбрани, а никад при нападу.

Приговора има разноврсних. Најважнија подела њихова је према дејству које имају на остварење субјективног права, које

они препречују. Једни приговори трајно спречавају остварење права. То су т. зв. *exceptiones perpetuae seu peremptoriae*. Други пак само привремено не допуштају да се једно право реализише, т. зв. *exceptiones temporales seu dilatoriae*. Осим тога једним приговором се може *потпуно* паралисати остварење права, док други приговор само делимично спречава то остварење. Истицање застарелости на пример трајно и потпуно спречава остварење права. Истицање застарелости интереса је међутим делимичан приговор. Одбрана повериочева да рок тражбини још није дошао, јесте један дилаторни приговор, који само привремено спречава остварење права.

Од приговора из области Грађанског Права разликују се чисто процесни приговори, којима се, не улазећи у расправу саме спорне ствари, не упуштајући се у испитивање материјалног права, истиче недостатак извесне процесне радње, или пак погрешност и непотпуност такве једне радње. О тим приговорима говори наука о грађанском судском поступку.

5. Правни односи и правна стања.

У тесној вези са субјективним правима стоји и питање о *правним односима и правним стањима*.

1. Израз *правни однос* има двојако значење. На првом месту под правним односом разуме се сваки онај животни однос између људи и људских удружења, који је регулисан правом. Сви животни односи, сва кретања људска нису регулисана правом. Од паметне правне политике зависи, да ли ће један друштвени однос бити обухваћен правом или не. О тим првим односима није овде реч. Поред ових правних односа, који се могу назвати простим правним односима, постоје и *сложени правни односи*, који обухватају читав сплет простих правних односа и појављују се у правном животу у нарочитој форми. О том сложеном правном односу овде је говор. Пример за такав сложени однос пружа однос заснован браком, однос службе и т. д.

Кад се изближе расмотри природа и суштина једног сложеног правног односа, види се да правни однос није ништа друго до једно субјективно право, али субјективно право нарочите врсте. То је такво субјективно право, које је одређено да се развија, да производи нове последице и заснива нове односе.¹ Према томе и ако се правни однос, посматран у целини, појав-

¹ Kohler, Bd. I, S. 149.

љује као субјективно право, он се разликује од јединачних субјективних права по томе, што се мора увек рашчланити на поједине делимичне односе, да би се правилно схватио. Из тих мањих, појединачних односа проистичу појединачна субјективна права и обавезе, што у свом скупу сачињавају правни однос одређене врсте. Карактеристика свих појединачних субјективних права у томе је, што она по свом појму зависе од егзистенције укупног субјективног права, које се појављује у облику правног односа. Чим правно стање као такво престане или буде поништено, самим тим престају и сва права, која из њега проистичу.

2. *Правна стања* у својој суштини су правни односи у оном смислу, како су напред ти односи описани, али још неформирани у категорије субјективних права. Правно стање је према томе такав један сложени правни однос једног лица према другом или другима у погледу одређених животних добара, који је однос од битне важности по постанак и развитак субјективних права. Сам тај однос није субјективно право, јер не показује ону одређену вољу, управљену на одређено лице у погледу одређеног животног добра. Али из тог односа, из тог стања могу да се развијају субјективна права и она се фактички и развијају. Тако је правно стање на пример пословна способност или неспособност, *condicio usucapiendi* (положај законитог и савесног држаоца). Правно стање је при игри шаха одређени положај фигура шаховских. Или при тркама положај коња у половини трке. Правних стања има даље у судском поступку, где важе нарочита правила.

Правна стања не треба мешати са субјективним правима, и ако она имају доста сличности са тим правима. Много је боље издвојити правна стања у нарочиту категорију и одвојено их проучавати. О преносивости правних стања не могу се поставити општа правила. Нека су преносива, а нека нису. Исто тако многа правна стања су наследива.

6. Субјект и објект права.

Код сваког субјективног права истичу се и ова два елемента: *субјект* права, лице коме право припада, и *објект* права, предмет на који се право односи. То су два битна састојка субјективних права, и чим нема било субјекта, било објекта, ту не може бити ни субјективног права. Из појма субјективног права, као правом признате воље, детерминирани у спољнем свету и

упућене на једно животно добро, из тог појма проистиче по себи горње правило, да свако субјективно право претпоставља и егзистенцију једног лица, чија воља има да се формира, и егзистенцију једног објекта, на који је та воља упућена.

а) Постојање правног субјекта код сваког субјективног права проистиче дакле из саме природе субјективног права. Кад је субјективно право детерминирана воља, логично је, да мора постојати извесан субјекат, чија је то воља. Воља није нешто што би могло постојати и без субјекта. Она је само атрибут субјекта. И ако ово изгледа тако јасно и разумљиво, ипак теорија није једнодушна у признању овог начела. Има правника који налазе, да може бити права и без субјекта.¹ Најглавнији разлог за ово мишљење, да име права без субјекта, лежи по схватању тих писаца у томе, што права могу припадати и извесним замишљеним личностима, где дакле у ствари и нема субјекта, па ипак су права пуноважна. Ту се мисли на правна лица, за која се држи, да су замишљена, фиктивна лица. Типично је мишљење Савињијево, мишљење које се редовно понавља код свих романиста, да је лице у праву само човек, да су та два појма: субјект права и човек, идентична и да све оно што није човек, не може бити ни правни субјект. О погрешности ове теорије биће говора у одељку о правним лицима. Ван овог примера са правним лицима има доиста случајева, где изгледа, да права постоје, и ако нема правног субјекта. Тако по смрти једног лица изгледа да права његова трају и даље, али као права без субјекта. У ствари међутим има и овде субјекта, само је он неодређен или непознат. Заоставштина једног лица не припада том лицу, већ његовом наследнику, који кад буде утврђен, прибавља наслеђе од момента отварања наслеђа. Даље и то бива, да изглед на будућу егзистенцију лица чини, да се права том лицу резервишу, и ако оно правно још не постоји. И ова појава да се лако објаснити. Права и дужности не везују се увек за садашњу личност, већ се често пута односе на једну будућу личност, за коју се нада, да ће постати. Ова у први мах само замишљена личност постаје и сматра се правним субјектом под условом да накнадно добије егзистенцију личности. Будућа егзистенција личности производи, из чисто практичких потреба и обзира, нека правна дејства. Тако, дете у утроби материној, за-

¹ То мишљење имају: *Bekker*, *Pandekten*, I, S. 58; *Regelsberger*, *Pandekten* I, § 15; *Windscheid-Kipp*, *Pandekten* I, § 49. где је наведена и остала литература.

чето а још не рођено, сматра се да прибавља права, која важе као његова права под условом да се тај *nasciturus* жив и роди (§ 43). Ово мишљење, да права не може бити без субјекта, је владајуће мишљење и оно је једино правилно.¹

б) Кад се једном субјекту признаје извесно субјективно право, кад се одређује воља тог субјекта у погледу одређеног животног добра, то се редовно чини помоћу везивања субјекта за нарочити објекат.

Веза се постиже једним глаголом, једним предикатом, који сам по себи није карактеристичан за односно право. Он је само спона за везивање субјекта и објекта у једну целину. То значи, да се самим предикатом субјективно право не може изразити. Увек је потребна допуна том предикату одређивањем објекта, на који се односи она власт воље, оно *moß*, садржано у предикату. Из овога се види, да је постојање нарочитог објекта исто онако битни елеменат у појму субјективног права, као што је и субјект такав битни елеменат. Без објекта нема ни субјективног права. И ово проистиче из самог појма субјективног права и имало би се као сасвим разумљиво примити без икаквог спора. Па ипак има писаца који сматрају да може бити права и без објекта. Тог је мишљења на пример, познати немачки правник *Бекер*,² али се баш из примера, које он наводи — право грађанства, право начинити тестаменат — види, да се то мишљење не може примити. Право грађанства је управљено према држави. Исто тако и право располагања имањем путем тестамената управљено је према држави, јер држава мора такво располагање да призна и да му прибави важности.³ Па и пример са ауторским правом не доказује ништа, пошто и ауторско право има свој одређени предмет.

Подела субјективних права.

Субјективна права могу бити врло разнолика и ради лакшег проучавања деле се у нарочите групе, према одређеним критеријумима. Разне поделе су предлагане и извршене, али је најважнија и најобичнија подела према непосредном правном предмету. Са тога гледишта извршене су две поделе, од којих је

¹ *Dernburg*, Pand. I, § 49; *Bürg. Recht*, I § 48; *Kohler*, I S. 147; *Gierke*, I S. 257.

² *Bekker*, Pandekten, I, S. 50 ff.

³ *Gierke*, I, S. 257; *Kohler*, I, S. 147.

једна потпуно одомаћена, док је друга новијег датума и боље изведена.

1. Прва подела распоређује сва субјективна права у три категорије: *имовинска права, лична права и мешовита права*. Имовинска права имају за свој предмет један објекат од имовинске вредности, било да је то ствар или пак радња каква, или обоје. Имовинска права се деле у три мање категорије: *стварна права, тражбена права и наследна права*. Лична права немају везе ни с каквим имовинским објектом, већ су управљена непосредно на једно или више лица и садржина им се огледа у личним услугама нематеријалистичке природе. Сва лична права су или права на *сопственој личности* или пак према туђој личности (*породична права*). Мешовита права су она права, која имају и имовински и лични карактер. Тако је на пример, ауторско право.

Ову поделу усвојило је, само упрошћену, пандектно право, а по њему и модерни законици. Та подела је и овде примљена, јер ће се говорити у засебним деловима о стварним, тражбеним, породичним и наследним правима. Чисто лична права, права на сопственој личности биће додирнута уз излагање теорије о личностима у праву.

2. Друга слична подела, са истим критеријумом јесте подела на ове три групе субјективних права:

1. *Права на сопственој личности*. То су лична права у једном нарочитом смислу речи. Сва права, којима је садржина уживање једног личног добра, које стоји у вези са сопственом личношћу, долазе у ову групу. Непосредни предмет права је један особени део сопствене личне сфере, у погледу кога се овлашћеном лицу даје власт и моћ, да забрани утицај осталих лица. Ту долазе: право на живот, на телесни интегритет, право на неспречено располагање својим телесним и душевним способностима (право на слободу). Сва трећа лица искључена су од утицаја на ова правна добра. Воља овлашћеног лица је меродавна за држање трећих лица према односном добру.¹

Питање о правима на сопственој личности међутим спорно је. Има писаца који налазе, да такво право не постоји, да субјекат не може имати права на нечему што чини део његове егзистенције. И ти писци налазе, да личност треба заштитити,

¹ Gierke, I, S. 260; Dernburg, Bürg. Recht, I § 18; Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, I § 31.

и сматрају да позитивно право, и не формирајући особена субјективна права на сопственој личности, ипак штити личност, њен интегритет и њено кретање, тако да би се практички дошло до истог резултата. По мишљењу ових правника тек повреда личности у ма ком погледу чини, да се заснивају субјективна права на накнаду штете, док пре такве повреде не постоје права на сопственој личности.¹

Од ова два различна схватања бесумње је боље оно прво. Извесне еманације човечије личности добиле су форму специјалних животних добара, и најприродније је, да се допусти постојање нарочитих субјективних права са садржином која одговара уживању тих личних добара.

II. Другу групу чине *стварна права* или *права на ствари*. Она обухватају сва субјективна права, код којих је садржина воље правног субјекта испуњена влашћу на једном економском, материјалном добру. Воља правног субјекта, тај битни елеменат субјективног права, управљена је код стварних права на то, да се њоме искључиво одређује судбина ствари, било у целини било делимице.

При одређивању природе стварних права постоје два мишљења, два схватања, која заступају чувени правници. По првом схватању, које је нарочито истакао и бранио *Виндшајд*, под стварним правом не треба разумети однос једног лица према ствари. Правни односи, то су искључиво односи између лица и лица, и било би чудновато кад би се примило постојање правног односа између лица, као живог створа, као органског бића, и ствари као мртве материје. По Виндшајду воља овлашћеног лица код једног субјективног стварног права меродавна је за држање *свих* трећих лица према ствари, која је у питању. По том мишљењу и стварно право по својој суштини није ништа друго до однос лица према лицу. Само што је код стварних права садржина њихова, у колико се тиче лица, на које је право управљено, чисто негативна. Стварно право садржи искључиво забране. Његов је смисао у томе, да се трећа лица треба да уздрже сваког утицања на ствар, и сваког сметања овлашћеном лицу, да се оно користи стварју.²

¹ *Kipp y Windscheid-Kipp*, Pandekten I, § 40; *Kosack*, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts I, § 163; *Zitelmann*, Internationales Privatrecht I, S. 135 ff.

² *Windscheid*, Pand. I, § 38. Као Виндшајд и ови правници: *Bierling*, Prinzipienlehre, I S. 94 ff; *Oertmann*, Der Dinglichkeitsbegriff (Jahrb. f. d. Dogmatik, XXXI S. 415 ff.).

Ову идеју, да је стварно право управљено према лицима, да оно садржи само забране и да је према томе његова садржина чисто негативне природе, не примају други правници и истичу, да је главна садржина стварног права једно позитивно овлашћење, чинити са ствари све што се хоће, извучити из ње све користи, било привредне, било правне. Власник један, на основу свог стварног права својине *сме* нешто чинити, а не само да има овлашћење, да забрани осталим лицима, да она чине.¹

Питање ово као и многа друга спорна питања је једно чисто конструктивно питање, тако да се не може казати ни за једно мишљење, да је баш оно тачно, док би друго било сасвим нетачно. У суштини оба су мишљења тачна, јер оба остају доследна оној претпоставци, од које су пошла. То значи, једно стварно право се може посматрати било као власт *према* ствари, а у погледу осталих лица, која се искључују од учешћа у тој власти, било као власт *према сваком поједином лицу* у погледу одређене ствари. И једно и друго посматрање може се бранити, и ако треба признати, да је друго мишљење више распрострањено, пошто боље одговара спољној или видљивој страни стварних права.

III. У трећу категорију долазе *права према лицима*. Садржина тих права је утицање на сферу кретања других лица. Предмет права из ове групе је не један материјални предмет, већ такво животно добро, које потиче од једног одређеног лица. Иначе ова лична права су врло разноврсне природе и могу се класирати у неколико мањих група. То су ове групе:

а) *Права на радње човечије*. Та су права позната под именом *тражбених права*. Предмет тражбених права је *радња* једног лица, и то радња која може бити врло разнолика: давање нечега, чињење нечега, нечињење. Главно је, да радња има привредне вредности, било непосредно, било посредно, да се може проценити. Радња на коју је право управљено, објективира се и издваја од личности обвезаног лица, тако да се сама та радња појављује као предмет права а не и оно лице, које је дужно да радњу изврши.

б) *Права на појединачну личност*. Та су таква права, код којих се не издваја особена радња личности као предмет права, већ

¹ Dernburg, Pand. I, S. 39; Thon, Rechtsnorm und subj. Recht, S. 158 ff; Kohler (Grünhuts Zeitschrift XIV, S. 6); Regelsberger, Pand. I, S. 50; Staub, (Archiv für bürgerl. Recht, V, S. 12 ff).

се целокупна личност потчињава у извесним правцима вољи овлашћеног лица. Тек из таквог укупног права проистичу даља овлашћења на поједине радње, овлашћења која добивају такође облик субјективних права. Овде долазе породична лична права, док имовинска породична права или су стварна права, или пак права из категорије под а).

в) Права на *заоставшћину* умрлог лица, која имају своје особене одлике, али су по својој унутарњој природи најприближнија правима према лицима.

г) *Корпоративна* права. Као особена група субјективних права према лицима истичу се права чланова једног правног лица према целини, и права целине према члановима. По својој унутарњој природи та права би дошла у групу личних права под б), али како је њима основ и разлог постанка нешто друго, а не брак и породични живот, то је боље издвојити их у нарочиту групу.

Грађански Законик говори у чести првој и другој (наслову) о подели субјективних права, али и незгодно и непотпуно. У чести првој (§ § 36—181) реч је о личним правима по сопственим својствима. То су породична права и права на сопственој личности. У чести другој (в. § 197) реч је пак о стварним правима. Стварна права пак могу бити двојака: *чисто стварна права*, у која долазе својина, залога, службености, државина(!) и наслеђе(!). У лично стварна долазе пак она тражбена права која имају за предмет давање једне ствари. Овој подели се има, као што се види, много што шта замерити. Државина као таква није стварно право, ма да има сличности са стварним правима. Наследно право у суштини је лично право. С друге стране сва тражбена права нису обухваћена овом поделом, као на пример она тражбена права, чији је предмет чинење или нечинење.

У даљем излагању узео се за основу подела пандектног права, као што је то већ поменуто.

ПРАВНИ СУБЈЕКТИ.

1. У опште о правним субјектима.

Под правним субјектима или личностима у праву разумеју се сва она бића, која објективно право буде сматрало за способна да буду носиоци права и обавеза. У суштини бити личност у праву значи, имати способност бити носиоцем права и

обавеза. Личност у праву бити, значи према томе имати ону способност, која одговара појму субјективног права. Из овога изилази, да објективно право и ако је формално неограничено, ипак не може да огласи кога хоће и шта хоће за личност у праву, већ само и једино она бића, која с обзиром на суштину субјективних права разумно судећи то могу да буду. И зато као личности у праву појављују се само она бића, која су обдарена могућношћу да испољавају онаку вољу, у погледу неког одређеног животног добра, каква се воља сматра као битни елемент у појму субјективног права. Са тог гледишта као субјекти права могу се сматрати искључиво *људи* и *људске установе* и *удружења*. Питање о томе какве су личности људска удружења и установе биће расправљано у засебном одељку. Овде је потребно напоменути само толико, да за појам воље у правном смислу није апсолутно потребно утврдити постојање психичке, индивидуалне воље. Напротив, правна воља може бити и колективна воља, која постаје одређеним начином, стицајем индивидуалних воља. Према томе и људска удружења и установе могу бити личности у праву, пошто и они као такви могу имати детерминирану вољу у погледу једног одређеног правног добра.

Из овога се види, да у ствари има две врсте личности у праву: *физичка лица*, *људи*, и *нефизичка лица*, која нису човек, а ипак се сматрају као правни субјекти. Та се лица називају *правна лица*. Она обухватају људска удружења и установе.

ПРВИ ДЕО.

ЧОВЕК КАО ЛИЧНОСТ У ПРАВУ.

1. О човеку као личности у опште.

Услед тога што поред човека постоје и удружења и људске установе, које се називају правним лицима, уобичајено је, да се човек означаује као физичка или природна личност. Ни један ни други израз није добар. Физичка личност рећи, значи замишљати личност као један чулом опажљив предмет. А то је несумњиво погрешно. На човеку се не види, да ли је он личност у праву или не, нити се та његова особина у опште може видети. Личност по себи, то је, као што је већ напоменуто, једна особина, једна апстракција, као што су и сви правни појмови у суштини својој саме апстракције или форме мишљења и сазнања.

Личност у праву је међутим првенствено један правни појам. Идентификовати човека као једног створа са личношћу у праву, значи не схватити значај тог израза личност.¹ Физичка материјалност није исто што и личност у праву. Она је само подлога за постојање личности, а таква или слична подлога постоји и код других правних субјеката. Што се тиче пак израза природна личност (који је израз усвојио немачки грађ. законик), и он није тачан. И група је исто тако природна личност, као и човек. Зна се пак, да је било времена, кад сваки човек није био личност у праву. Једни људи су сматрани као личности, док други то нису били (робови).

Данас је сваки човек личност у праву. Објективно право је огласило све људе за способне носиоце права и обавеза. Ону особину, услед које човек може бити субјектом права и обавеза, ту особину објективно право признаје данас свима људима. Према § 17 *сваки човек се сматра као лице*. У § 18 стоји: Ропства у овој земљи нема. Исто тако и § 36 прописује, да под именом лица закон узима свако човечије створење. Старије право познавало је и такве људе, који нису били сматрани за личност у праву (робови), као што је било и таквих људи, који су имали ограничену правну личност (привезаници за земљу). Покрет на признању свих људи као личности у праву нарочито је убрзала школа природног права својим учењем, да су сви људи од природе једнаки и да сви имају иста природом дата права. Тај је покрет у овом погледу успео, јер данас у цивилизованим државама нити има људи, који не би били признати за личност у праву, нити пак има личности са већом или мањом садржином.

2. Постапак човечије личности.

1. Пошто су сви људи оглашени за личности у праву, значи да човек као личност у праву постоји од оног тренутка, кад се може узети да он постоји као једно живо и одвојено биће, као човек у смислу физиолошком и зоолошком. Према томе сасвим је разумљиво, што важи основни принцип, да човек постаје личношћу у праву са *рођењем*. Рођење то је догађај који чини, да постоји ново физичко лице, да постоји и нова једна личност у праву. Да би пак рођење имало за последицу постапак једног новог лица, потребно је, да је оно свршено т. ј. да је дете потпуно одвојено од утробе материне.

¹ *Regelsberger*, Pandekten, I § 56; *Gierke*, I S. 268.

Плод у утроби материној (ембрио), ма колико био развијен, није човек. Али то је човек, који се налази у стању постајања и објективно право сматра за потребно, да и тај плод штити. Тако, кривично право предвиђа нарочиту заштиту плода у утроби материној (§ § 168 и даље К. З. и § § 288 и 289 К. С. П.). Исто тако и грађанско право води рачуна о том плоду и по угледу још на римско право, резервише једном зачетом створењу сва права, која би оно добило, да је већ рођено, да је постало личност у праву.

Грађански Законик је претерао, кад је у § 36 прописао, да се под именом лица разуме свако човечије створење, било оно *зачето* или *рођено*. То није тачно. Зачето лице се само у извесним односима и под одређеним условима сматра као личност у праву, и то као једно будуће лице, чија се права имају заштитити. У § 43 је пропис из § 36 исправљен. Ту стоји: „Дете зачето, али још нерођено, сматра се у призрењу права као да је и рођено, тако да ако се живо роди, добива сва припадајућа права и то на другог преноси; ако се мртво роди, сматра се као да никад ни зачето није било“. (*Nasciturus pro jam nato habetur, quoties de commodis eius agitur* — I. 7 D. I, 5). Ово привремено признање личности једном још нерођеном створу важило је искључиво у оном случају, кад су била у питању евентуална права тог будућег лица. Иначе, ако би егзистенција једног лица доносила неком другом какву правну корист, та се егзистенција сме примити тек од дана рођења. Такав систем има и аустриско право (§ 22), а изгледа да је он ушао и у српско право, јер § 43 говори само о правима тог новог, још нерођеног лица.¹ Али ипак не треба тумачити § 43 у таквом строгом смислу, већ га разумети тако, да се и трећа лица могу користити прописом из § 43, само ако се томе не противи било циљ ове установе, било природе правног посла, који би био у питању. И зато и у примедби наведени пример не би, у интересу правичности, требало онако решити, како то предлаже А. Ђорђевић.

Услед правила, да се зачетом детету резервишу сва права, која ће оно евентуално имати, прописано је, да се њему има

¹ Овако тумачи § 43 и А. Ђорђевић, (I, стр. 255) наводећи пример један, где се § 43 не може применити. Ако М остави за наследницу Н, под условом да има мушке деце у времену смрти његове, па Н у том моменту буде само трудна и тек после смрти завештаоачеве добије мушкарца. По Ђорђевићу Н не би могла бити наследница, јер услов није испуњен. Зачето дете не може се сматрати као рођено, јер није у питању његова права, већ права материна.

поставити нарочити старалац, који ће водити бригу о заштити његових права. Према чл. 160 зак. о старатељству зачето дете добиће старатеља имања на случај да мати његова не би била под заштитом мужа, оца или старатеља. Постављење стараоца може тражити сама мати, или пак она лица, чија би се права рођењем детета могла окрњити, или пак увећати, а тако исто може старатељски судија и по званичној дужности поставити стараоца имања.

II. Рођење је главни догађај, без кога нема човека, нема личности у праву. Али, да би рођење имало за резултат постанак једног новог правног субјекта, потребно је да буду испуњени и ови услови:

а) Да је створење *живо* рођено. То значи, да је по издвајању из мајчине утробе живело ма и најкраће време. Ако би дете било мртво рођено, или би умрло за време самог порођаја, или непосредно и једновременно са свршетком порођаја, онда оно никад није ни било личност, нити би то рођење имало макаквог правног значаја. У § 43 стоји изречно, да се дете сматра као да није ни зачето било, ако се мртво роди.

Што се тиче доказа, да ли је дете живо рођено или не, логично би било, с обзиром на опште правило о терету доказивања, тражити да онај то доказује, који из живота дечијег изводи каква права. Међутим Грађански Законик сасвим умесно је одступио од тог општег правила и води рачуна о особеним приликама код рођења и о ономе што је нормално и редовно. Редовна је пак појава, да се деца жива рађају. У великој већини деца се жива рађају, док су мртворођена деца изузетак. И зато је у § 43 (*in fine*) прописано да: „Рођено држи се свагда за живо; ко сумња и противно наводи, дужан је то доказати“.

Доказивање, да дете није живело по рођењу врши се по методима, које медеоинска наука утврђује. Према томе стручно лекаарско мишљење меродавно је за ово питање.

б) Други је услов, да то створење има човечији облик. Монструм, чудовиште, не може да се сматра као човек. О овом сасвим разумљивом услови говори § 36, који оглашује за лица у правном смислу само *човечија створења*, створења која имају човечији облик. Монструм није човечије створење. Да ли је једно створење човек или монструм, и то решавају лекари по принципима, које је медеоинска наука утврдила.

в) Као нарочити услов предвиђају нека инострана права

и *viability*, т. ј. способност за живот. Тако у француском праву тражи се, да је новорођенче способно да живи, да није унапред одређено да умре (art. 752 и 906: *né viable*). У српском праву овај услов не постоји. Зато се у српском праву и недоношчад, која не би имала услова за живот, сматрају као личности у праву. Систем мало чудноват, који се не може ничим бранити. Кад је природа осудила једно створење на неминовну смрт, зашто да право игнорише то и да ствара фикцију, као да је то лице на овом свету постојало као човек.

III. Рођење детета и заснивање једне нове личности у праву јесте важан догађај, који повлачи многе правне последице. И зато је потребно да се свако рођење позитивно утврди и констатује, да би се у свако доба могло лако доказати. У свима државама постоје нарочите књиге рођених чији изводи служе као потпун доказ о рођењу. У Србији те књиге воде свештеници, који по службеној дужности уносе податке о рођењу лица.

Али поред извода из књига рођених рођење се може доказивати и другим доказним средствима, пошто нигде није прописано, да само и једино те књиге служе као доказ рођења.

3. Престанак правне личности човенове.

а) *Престанак услед смрти.*

I. Смрћу човека престаје и његова личност у праву. Ово је природни и сасвим разумљиви узрок престанка личности, јер после смрти нема више оног бића, оне материјалне подлоге, на којој се заснива признање човека као личности у праву. Грађански Законик нема изречне одредбе, јер она није ни потребна. У црногорском пак законiku (чл. 675) постоји изречан пропис, да право имаоништва прати човека за свега живота његова, почиње дакле рођењем, а престаје смрћу.

Смрћу престаје човечија личност безусловно. Данас је потпуно напуштено мишљење старијих правника, које има и А. Ђорђевић,¹ да право проширује границе човечијег живота тиме што замишља да једно лице још постоји, и ако је умрло. По том мишљењу узимало се, да смрћу престаје само физичка личност, док његова правна индивидуалност траје и даље. Колико је то погрешно, лако је увидети. Чим једно лице умре, самим тим не постоје више ни његова права. То су сад права његовог

¹ А. Ђорђевић, I2 стр. 255.

наследника, једног моментано неодређеног лица, које ће се тек накнадно утврдити. Та околност пак, што леш умрлог лица, гроб његов и част његова уживају правну заштиту, ни у колико не утиче на тачност горњег правила, да смрћу човечија личност престаје дефинитивно. Заштита поменутих добара заснива се на праву живих потомака или предака умрлога лица, или пак на обзирима јавног морала, а не на личности умрлога, пошто она више не постоји.

Ко тврди постојање смрти једног лица и услед тога или из тога изводи каква права, дужан је смрт и да докаже. Редовни доказ пружа извод из књига умрлих, које књиге воде свештеници исто онако као и књиге рођених. Али ако нема књига или су оне пропале, допуштено је доказивати смрт и другим доказним средствима. Исто то важи и за доказивање времена, кад је једно лице умрло, пошто та околност има такође правног значаја.

II. Нарочиту пажњу захтева питање о *првенству* или *приоритету* смрти. Често се дешава, да више лица умру под таквим околностима, да је немогуће одредити које је од њих раније, а које доцније умрло. Међутим ако су односна лица сродници или су иначе позвана једно друго да наследе, важно је утврдити, које је лице раније умрло. Према § 52 само онај, који преживи другога, може у овога права, на случај смрти њему припадајућа ступити. Кад два лица умру у исти тренутак, онда не може бити речи о преносу права с једног лица на друго. Да би се отклониле сумње и неизвесности позитивно право поставило је нарочита правила о томе, како ће се у таквим случајевима утврдити, које је лице раније, а које доцније умрло. При томе законима стоје на избору ова два решења, ако су лица била у једновременој опасности и при томе су изгубила живот: 1. Или да узму, да су оба лица једновременно умрла, тако да нема преласка права с једног лица на друго. 2. Или пак да с обзиром на друге неке моменте одређују претпоставке о томе, ко се има сматрати, да је раније умро. Прво решење је несумњиво боље и логичније, јер кад су два лица била у заједничкој опасности, најприродније је узети да су једновременно и изгубила живот. Овакав систем имају аустриско (§ 25) и немачко право (§ 20). Други систем има француско право, које је поставило читав ред претпоставака о првенству смрти (art. 720—722). Сличан француском систему има и српско право. Према § 52 ако су лица била у разним опасно-

стима, узима се да је раније умрло оно које је било у ранијој опасности. Ово је сасвим оправдано и разумљиво. Међутим ако су се погинула лица налазила у истој опасности, онда се сматра да је мушко лице преживело женско, без обзира на године старости. Ако су лица истог пола, претпоставља се, да је млађи преживео старијег. Обе ове претпоставке су наравно обориве и важе само дотле, док се не би противно утврдило.

б) *Престанак услед огласа за умрлог.*

I. Чести су случајеви, да је једно лице отсутно, т. ј. да се не бави у свом месту живљења, и ако се иначе зна, да је то лице живо. Таква отсутност по правилу нема никаквог утицаја на правне односе отсутног лица, пошто се оно обично само побрине за заступање и свршавање свих послова, које би требало у међувремену посвршавати. Али ако се осуство једног лица продужи толико, да престану долазити вести о њему, и не зна се, да ли је то лице још у животу или не, таква квалификована отсутност јесте у ствари *неспалност*, т. ј. стање неизвесности о животу или смрти тог лица (*l'absence, die Verschollenheit*). Грађански Законик нема правилне одредбе о овоме. По § 49 сматра се као отсутан онај који се не налази у свом домицилу, али чије је место пребивања познато. То није тачно. Отсутан је и онај, чије је место бављења непознато, само ако постоји извесност о животу. По истом том пропису за несталог се сматра онај, чије је место пребивања непознато. И то је погрешно. За појам несталости главно је да постоји *неизвесност о животноу или смрти*, и само таква неизвесност заснива стање несталости.

Квалификована отсутност или несталост производи нарочите правне последице, од којих су неке тако важне, да их треба у општем делу рассмотрити. Те последице су двојаке. Једне наступају одмах, чим се утврди несталост извесног лица, и имају за непосредни циљ да привремено сачувају имање несталог лица, ако се оно само није за то побринуло. Друге пак последице настају тек по протеклу одређеног дужег или краћег времена, и њима се у суштини расправља питање о животу или смрти несталог, односно о последицама, које то стање повлачи.

II. Прве мере, које имају везе са несталошћу једног лица, јесу све мере, којима се иде на то, да се имовина несталог сачува. Пошто је неизвесно, да ли се нестали добровољно изгубио и сакрио, или не, држава сматра за потребно да се по-

брине о његовом имању, да би сачувала од оштећења само то нестало лице, односно његове наследнике. Мере које држава предузима у том циљу састоје се у овоме: Чим се утврди да је једно лице нестало и прошла је година дана од тога дана, а оно није оставило заступника, који ће се старати о имању, нити пак има законског заступника, старатељски судија дужан је да постави несталоме нарочитог стараоца. Ако приходи прелазе 5000 гроша чаршијских поставиће се и помоћни старалац (чл. 147 Зак. о старат.). Ако би пак било потребно, могу се отсутном лицу поставити стараоци и пре истека године дана (чл. 149). Исто ће се тако поставити старатељ од стране суда и онда, кад би од самог несталог лица одређени заступник био смењен, било на свој захтев, било услед других неких околности (чл. 150). Свако заинтересовано лице (рођаци, будући наследници, повериоци) може тражити од старатељског судије, да постави стараоца. Овакав старалац има да води бригу о свему имању несталога. Он ће се примити и наслеђа у име несталог лица, али свагда са пописом (чл. 151 Зак. о стар.). Ова је одредба значајна по томе, што се несталом лицу изречно придаје способност да буде наследник. Свуда међутим не постоји такав систем. Тако у француском праву нестало лице нема право наслеђа, већ оно припада или осталим наследницима, или наследницима несталог (art. 135 и 136). Ово зато, што онај, који другог наслеђује, треба да је жив у отварању наслеђа, да је преживео *de cuius*-а, а за несталог се то не зна. У српском праву се примењује у оваком случају претпоставка о животу: сматра се да је сваки онај жив, чија смрт није утврђена.

Старатељство над имањем несталог лица траје све док се нестало лице не врати, или док не одреди само пуномоћника за управу имањем, или док се не докаже да је нестали умро, или док се судским путем он не прогласи за умрлог (чл. 152 Зак. о старат.).¹ И стављање и скидање старатељства има се јавно обзнанити, преко Српских Новина (чл. 153).

III. У питању о предузимању заштитних мера у погледу имања несталих лица слажу се сва законодавства. Разлике постоје тек у другом питању, наиме, докле ће трајати то стање

¹ У чл. 152 сасвим неумесно стоји и то, да старатељство престаје и онда, кад се нестали судским путем огласи за несталог или отсутног! Суд оглашује само за *умрлога*. Редактор закона је бесумње превео француски закон, где се доиста говори о прогласу за несталог (*absent*) а не за умрлог. Али тај систем није усвојило српско право, као што ће се мало ниже видети.

неизвесности и та управа над имањем. Ту постоје два система: један немачки, други француски.

а) *Немачки систем*. Немачки систем састоји се у томе, што се неизвесност о смрти једног лица, која неизвесност постоји услед несталости, завршује *огласом несталога за умрлог*. Чим одређени услови у погледу трајања несталости, и оних околности, под којима је несталост наступила, буду испуњени, нестало лице се судским путем оглашује за умрло. Пресуда судска о том питању чини, да се нестали сматра као умрли. Све оне правне последице, које наступају услед смрти, наступају и у случају огласа за умрлог, с том само разликом, што тај за умрлог оглашени, ако би био жив и ако се врати, може да тражи повраћај имања од наследника.

Оглас за умрлог био је непознат римском праву. Тек у средњем веку романистичка правна школа у Италији поставила је нарочите претпоставке у прилог смрти. Обично се узимало, да је нестали умро, ако је био достигао 100 година. До тог доба постојала је презумпција живота, која се такође могла обарати олакшаним доказом и допуштањем других, противних претпоставака.¹ Овај обичај услед рецепције римског права примљен је у Немачкој, где се у појединим савезним државама различно развио. Тако у саксонском праву утврђена је граница од 70 година за крајњи рок живота (*саксонски систем*). У Шлезији се пак био образовао нарочити *шлески систем*, по коме оглас за умрлога и претпоставка смрти наступа у опште са истеком времена застарелости, рачунајући обично 30 година од дана несталости. Овај шлески систем више је распрострањен, али новији законици, као и старији који су тај систем усвојили, обично спајају оба система, т. ј. допуштају оглас за умрлога у оба случаја, било да је испуњена једна, било друга претпоставка.

б) *Француски систем*. У француском праву нема нарочитог израза за несталост, која је квалификована отсутност. Тамо се и несталост и отсутност називају једним именом *l'absence*. Овако стање несталости, при коме се не зна, да ли је нестали у животу или не, производи и у француском праву нарочите последице, али француско право не зна за оглас једног несталог лица за умрло. Ма колико дуго трајала несталост, односно отсутност, ни у ком случају не може бити прогласа за умрлог. То је начело. Али у суштини и француско право води

¹ Gierke, Bd. I, S. 367.

рачуна о потреби друштвеној, да се неизвесност о животу једног лица не продужује у бесконачност и отуда установа судског проглашења једног лица за нестало и у вези с тим упућивање његових евентуалних наследника у државину и уживање имања. При томе се разликују два периода: 1. Кад протекне десет година или четири године — према томе да ли је нестали оставио пуномоћника или не (art. 121 и 115) — онда отсутно лице може на захтев интересованих лица бити судским путем оглашено за нестало (*la déclaration d' absence*). Кад суд добије молбу чију у том смислу, он отвара малу истрагу о боравку отсутног лица и његову животу, па кад утврди да је егзистенција односног лица неизвесна, он га позива преко службених новина да се јави у року од године дана. Ако се лице не јави у том року, оглашује се судом за *нестало*. Последица ове одлуке је та, да се наследницима несталог предаје имање на привремену управу и уживање (*l' envoi en possession provisoire*). Наследници имају право употребе и уживања, али не могу имање ни оптеретити ни отуђити. 2. Из овога првог периода прелази се у други период, кад протекне тридесет година од дана судске одлуке о несталости, или сто година од дана рођења несталог лица. Тада се наследницима судском одлуком предаје имање дефинитивно на управу и уживање (*l' envoi en possession définitif*). Они могу сад имање оптерећивати, отуђивати и у опште њиме располагати, као савесни држаоци. То стање престаје тек са потпуним доказима о смрти или животу несталог.

Као што се види, систем француски одликује се тиме, што не допушта оглашење несталог лица за умрло. У томе је по француским правницима његова логика. Али је тај систем нелогичан по томе, што допушта трајање неизвесности у бесконачност. Никад се не зна, да ли је тај жив или мртав. У немачком праву пак оно што се у француском систему сматра као нелогично, истиче се као логично, с обзиром на ограничено време човечијег живота. Међутим немачком систему замера се што оглашује за мртве и оне људе, који су можда живи. У практичном погледу оба система доводе до истих готово резултата.

IV. Српско право усвојило је у овом питању систем немачки. Према § 51 нестали се може под извесним законом одређеним условима огласити за умрлог. Законик је предвидео три случаја, у којима је допуштен оглас за умрлог: 1. Ако је протекло 80 година од рођења несталог лица, а пет пуних година се нема

никаквог гласа о њему. 2. Ако је протекло тридесет година од дана нестанка, односно од последњих вести, без обзира на године старости. 3. Ако би нестали био у каквој самртној опасности, па се од тог доба за десет година ништа није чуло о њему. Каква је то опасност, није у закону опредељено, већ су једним општим правилом обухваћени сви случајеви. Ту би дошао нестанак у рату, при пожару, бродолому и т. д.

За проглас једног лица за умрлог надлежан је првостепени суд, судски колегијум, а не један судија. Месна надлежност се одређује према последњем домицилу или месту борављења несталог, ако не би имао домицила (§ 38 у вези са § 23 Г. С. П.). Што се тиче поступка, он је прописан у § 51. Суд је наиме увек дужан, да у року од године дана путем јавне обзнане позове несталог да се врати или да се иначе јави. Ако та обзнана буде безуспешна, суд оглашује несталог за умрло лице. Овај рок од године дана урачунава се у напред поменуте рокове, који треба да протекну, да би могло бити прогласа за умрло лице.

V. Спорно је питање, који моменат да се узме као тренутак смрти, пошто је тај моменат врло значајан за одређивање законских наследника. Разна мишљења и теорије постоје код овог питања. Нарочито се водио спор око тога, да ли решење, којим се оглашује неко за умрлог, има конститутивни или декларативни значај. Присталице мишљења да решење има конститутивни значај, сматрају као дан смрти онај дан, кад је неко судском одлуком оглашен за умрлог. Овај систем је ушао и у законодавство, у пруско право (Pr. All. L. I, 9 § 367; II, 1 § 665) и аустриско право (§ 278, који данас не важи, јер је измењен нарочитим законом од 1883 године). Други сматрају судску одлуку само као акт којим се констатује нешто, придају јој дакле само декларативан значај и зато одређују дан смрти на други начин. И овде су мишљења подељена. Неки сматрају као дан смрти онај дан, кад су се испунили услови, који дају право појединим заинтересованим лицима да траже оглас за умрлог. То је мишљење имао саксонски законик (§ 43) а то је усвојило и данашње аустриско право (§ 8 Зак. од 1883). Други пак сматрају да и овако одређивање није правилно, јер не даје повољне резултате нарочито у случају кад се неко оглашује за умрлог услед какве опасности по живот у којој се налазио, па га је од тог времена нестало. Сматра се да је нелогично узети као моменат смрти онај дан, кад протекне десет година, већ да је боље

и правилније узети као дан смрти онај дан, кад се десио тај догађај, који је повод претпоставци, да је смрт наступила. И зато ови писци истичу, да као дан смрти треба узети онај дан, кад се десио догађај, који је повод за претпоставку смрти. Немачко право (§ 18) усвојило је овај систем. По немачком праву сматра се као дан смрти, у случају кад се оглас заснива на старости, дан кад је та старост достигнута; кад се оснива на дуготрајној несталости, дан кад је протекла та несталост; кад се заснива пак на животној опасности, у којој је нестали био, дан кад се десила та опасност.

Грађански Законик нема одредбе о томе, који ће се дан сматрати као дан смрти. Аустриски § 278 није унет у српски законик. Према томе најлогичније је узети онај дан, који је најприроднији, а то је дан, кад се остварио догађај, на коме се заснива претпоставка о смрти несталог лица. То је систем немачког законика, који је најцелисходнији. Друкчије мишљење има А. Ђорђевић,¹ који налази, да треба усвојити саксонски, односно аустриски систем, по коме је меродаван дан, кад буду испуњени законски услови, под којима је допуштен оглас за умрлога. Такво решење има и црногорско право (чл. 684). Што се тиче одлуке судске, она има чисто декларативан значај. Кад би се узело да се као дан смрти сматра онај дан, кад је пресуда судска постала извршна, такав систем би био врло производан и неоправдан.

VI. Проглас једног несталог лица за умрло има за последицу, да се то лице сматра као умрло и да према томе настају све промене и заснивају се сви односи, које обично смрт повлачи за собом. На првом месту то лице не постоји више као личност у праву и према томе нити може нова права прибављати, ни постојећа задржати. Чисто лична права његова престају важити. Имовинска права прелазе на наследнике. Над имовином се отвара наслеђе исто онако, као и у случају смрти. Исто тако и права трећих лица, која су била условљена смрћу несталог лица, се огласом несталог за умрлог добивају пуну важност (право на осигурану суму, право пензије или издржања). Брак несталог такође престаје и други супруг може ступити у нови брак.

Све ове последице и ако су по својој садржини и значају једнаке са последицама које наступају смрћу лица, ипак се

¹ Систем, II, стр. 260.

разликују од њих у једној битној тачци: наиме у свом условном карактеру. Оне наступају и постоје под једним раскидним условом: да се тај за умрлога оглашени не јави као жив или врати натраг. Ако се он врати, наравно да ће му по правилу сва права припасти натраг. Али сви наследници његови, који су примили наслеђе, сматрају се као савесни држаоци (§ 51) док се не би противно доказало, и зато они не одговарају ниуколико за оно што су потрошили, уживали, отуђили па и уништили (в. § 204). Сву ту штету сноси оно нестало лице, јер његова је криваца, што се раније није јавило да је живо. Исто тако наступа промена и у случају, да се позитивно утврди други неки моменат као дан смрти, а не онај моменат који је узет у смислу горњих правила. Тада се према правом датуму смрти врши евентуално нови распоред имања.

4. О претпоставци живота.

У вези са питањем о прогласу несталих лица за умрле стоји питање о претпоставци живота или смрти оних несталих лица, која још нису оглашена за умрле. По претпоставци живота из једне утврђене чињенице, живота, изводи се трајање тог стања све док се не утврди престанак његов. Сва лица која су отсутна, или која су и нестала, сматрају се да су жива, све док се не буде доказала њихова смрт или док не буду оглашена за умрле.

Ова претпоставка живота не постоји у свима правима, и правници се не слажу у питању, да ли је она оправдана или не. Неки правници, као Дербург,¹ сматрају да је правилније одбацити оваку претпоставку живота, и да треба сваком оном, који истиче прибављање права од стране нестале личности, наметнути доказ, да је та личност била жива у моменту прибављања. Други пак правници наслањају се на теорију, развијену још у средњем веку, да се промене не претпостављају, и да онај, који је једном живео, треба да се сматра дотле као жив, док се његова смрт не би доказала.² Али ово начело, ако би се извело до крајњих граница, води апсурдumu, и зато је боље ограничити га само до извесних година старости. Тако је у старијем немачком праву и учињено, где је прво одређен рок од 100, па затим од 70 година. После тога рока сматрало се, да претпостанка живота не

¹ *Dernburg*, Preussisches Privatrecht, I § 42. Осим Дернбурга против ове претпоставке су и *Unger*, System, I S. 245 ff. и *Regelsberger*, Pandekten, I § 61.

² *Gierke* (I, S. 370) је на пример за претпоставку живота.

постоји више, т. ј. није се узимало ни да је односно лице живо, ни да је умрло, већ се његов живот односно смрт сматрала као неизвесна чињеница, коју је требало увек доказивати, кад су се из ње изводила права каква.

Француско право одбацило је претпоставку живота (art. 136), а ни немачки законик није је усвојио као опште правило. Грађански Законик српски нема изречних прописа, али се из других прописа може извести да та претпоставка у српском праву постоји све дотле, док лице не буде оглашено за умрло. То се види из § 49, у коме стоји, да нестали не губи права, већ долази под особену заштиту закона. Још јасније се то види из чл. 151 Зак. о старат. који прописује, да ће се за несталога примити наслеђа његов старалац. Кад нестали може бити и наследник, значи да постоји претпоставка да је он жив. Ако би се овом претпоставком живота отишло у крајност, интересованим лицима стоји увек на расположењу, да траже проглас несталога за умрлог.

5. О имену човека.

Књижевност: Kohler, Das Individualrecht als Namenrecht (Archiv f. bürgerl. R. V, S. 77 ff); O. Fischer, Der Rechtsschutz des Namens (Archiv f. bürgerl. R. VI. S. 306 ff); Ramdohr, Das Recht zum Gebrauche eines Namens (Gruchot's Beiträge, Bd. 43, S. 1 ff); Süpfle, Das Namenrecht; Lallier, De la propriété des noms et des titres (1890); Sudre, Le droit au nom (1903); Saleilles, Le droit au nom individuel dans le code civil allemand (Revue critique 1900).

Сваки човек има свој особени стални назив, којим се разликује од других индивидуа. То је *име* човека, које има нарочити правни значај. Име је један атрибут личности и зато се право на име сматра као нарочито лично право.

Име се састоји из два дела: из породичног имена или презимена, како се то обично каже, и имена у ужем смислу речи. Оба та елемента у скупу означају име лица. Име се данас не сматра као чисто приватна ствар појединаца, да би од њихове воље зависило, хоће ли у опште имати име и какво ће имати име. Данас не постоји ни слобода у погледу промене имена. Држава има интереса на одржању сталних назива свакога човека и зато се питањем о имену занима и јавно право поред приватног права. Промена имена врши се по нарочитим правним прописима и обично са одобрењем државне власти. У Србији је уредбом од 31. I. 1851 наређено, да сви грађани задрже једно презиме и да оно прелази на потомство. А уредбом од 30. VI. 1851 (Зборник VI, стр. 31) наређено је, да се за сваку промену имена мора тражити одобрење од Мин. Унутр. Дела. Пошто се именом првен-

ствено обележава порекло лица, припадање једној одређеној породици, то су и правила о прибављању имена доведена у везу са питањем о пореклу. Брачна деца примају име (презиме) свога оца, небрачна пак деца добивају име материно. Жена носи име свога мужа. Деца из поништених бракова, пошто се сматрају као ванбрачна, носе име своје матере. Находчади се даје нарочито породично име при крштењу, поред обичног назива, који се при крштењу даје. Назив који се добива од кума при крштењу и који служи за распознавање појединих чланова исте породице, уводи се после крштења у нарочите књиге („књиге рођених“) које воде свештеници.

Данас је примљена ствар, да свако лице има једно нарочито лично право у погледу свог имена. У француском праву се још одржава мишљење, да појединац има право својине на имену, али данас многи знаменити правници увиђају да је оваква конструкција погрешна и да име треба схватити као лично право.¹ Немачки законик говори изречно о праву на име у § 12 и даје нарочиту тужбу за заштиту тог права. Грађански Законик нема такве одредбе, али при свем том и у српском праву постоји право на име. Садржина тог права је овлашћење употребљавати своје име као искључиви носилац његов. Сваку неовлашћену употребу свога имена може појединац забранити, а осим тога он има право и на накнаду штете, коју би услед тога претрпео, у смислу општих прописа о накнади.

Сличну улогу као име има фирма у трговачком саобраћају. То је име, под којим се води трговина. Правни односи у погледу фирме су исти, као и код обичног имена, с том само разликом, што фирма прима у себе и неку имовинску вредност и може се отуђивати (заједно са трговином). О отуђењу грађанског имена не може бити међутим ни речи.

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЧОВЕКА КАО ЛИЧНОСТИ.

1. Правни положај човека према државној целини.

А) УНУТАРЊИ ОДНОС.

1. Грађанство. Поданици или грађани.

Под грађанством или држављанством разуме се припадање једној одређеној државној заједници. Грађанство означаје један

¹ Видети *Planiol*, t. I, p. 151.

нарочити однос лица према држави, однос који има две стране. С једне стране лице је поданик државни и зато је потчињено државној вољи и државној власти. С друге стране пак оно је члан заједнице, слободни грађанин, који се појављује и према држави као самостална личност. Обе те стране огледају се и у јавном и приватном праву, али је веза између једног лица и државе, која се назива грађанством, значајнија за јавно право. Право грађанства је једно јавно субјективно право, а не приватно субјективно право. Али при свем том има грађанство значаја и за приватно право. На првом месту објективно право једне државе у главном је намењено регулисању односа између грађана те државе, а тек у другом реду примењује се на странце. О томе је већ било говора напред. Грађанство је даље од велике важности у међународном приватном праву.¹ Зато су старији грађански законици садржавали одредбе и о прибављању и губитку грађанства, ма да су то прописи јавног права. Тако и Грађански Законик по угледу на аустриски законик, има нарочите прописе о грађанству.

а) Прибављање грађанства.

Грађанство се може прибавити на два начина: *рођењем и прирођењем.*

1. *Рођење од српског грађанина.* Брачна деца примају рођењем грађанство свог оца. Код ванбрачне деце ако је само мати позната, грађанство се одређује према матери; ако су пак оба родитеља позната и обојица су српски поданици, наравно да ће и дете бити српски грађанин. Ако су пак родитељи грађани разних држава, ванбрачно дете биће српски грађанин у случају кад му је отац српски грађанин.² Ако родитељи (ни отац ни мати) ванбрачног детета нису познати, дете се сматра за српског грађанина, ако је нађено на српском земљишту (Законод. решење од 24-IX-1854 год.).

2. *Прирођење или натурализација.* Прирођење је примање странца за српског поданика. То је прибављање српског грађанства једним правним актом. Данас је опште усвојено начело, да се грађанство не намеће, да оно није принудна веза и да се

¹ Г. Герших, Нешто о грађанству са гледишта међународног права („Порота“ I, 1888).

² Противно мишљење има А. Ђорђевић (Систем, I, 2 стр. 265) по угледу на принцип римског права *partus sequitur ventrem*, и с позивом на § 131, у коме стоји, да је уз матер и после матере дужан отац издржавати ванбрачно дете.

може мењати. Слобода кретања, лична слобода грађана обухвата и слободу мењања грађанства. Државе теже једино за тим, да се приликом промене грађанства избегну ове две појаве: 1. Да неко не буде грађанином ниједне државе, да остане *heimatlos*. Ова је тежиња сасвим оправдана, јер кад државе дају правну заштиту појединцима, кад им пружају све благодати културе, право је да и грађани чине жртве и услуге држави, да испуњују своје грађанске дужности према једној држави, оној чији су они грађани. — 2. Двоструко или вишеструко грађанство, т. ј. да неко постане грађанином двеју или више држава (*sujet mixte*). То би био повод сукобима и заплетима код примене закона разних држава, нарочито у међународном приватном праву. Под овим двема погодбама државе и допуштају својим грађанима иступање из поданства и примају туђе поданике за своје грађане у често пута оправданој нади, да ће од тих нових грађана имати користи. У том циљу позитивно право сваке државе има нарочита правила о условима за прирођење. Та се правила односе на разне врсте прирођења. Врста прирођења има наиме *три*. Два су прирођења индивидуална и односе се поименце на она лица односно њихове најближе чланове породице, која би те хтела и тражила. Трећи начин прирођења је колективан.

а) *Прирођење или натурализација у ужем смислу*. Под овим се разуме пријем једног странца за српског поданика на молбу тог странца. О условима за натурализацију говори се у § 44 Г. З. у вези са Уредбом о прирођењу и отпуштању Срба из њихног отечества од 2. маја 1844, Законодавном одлуком о изузетном прирођењу од 14.-VIII-1851 и Уредбом о давању заштите бегунцима, странцима, од 20.-I.-1860 (нарочито чл. 7 те Уредбе). То су поименце ови услови: I *Редовно прирођење*. Два су главна услова: 1. да је странац пуних седам година са уредним занимањем живео у Србији; 2. да је добио уредан отпуст. Отпуст може изостати, ако је у питању бегунац, који је живео седам година под заштитом српских закона, часно и поштено (чл. 7 Уредбе о заштити бегунаца). Међународним уговорима може да се утврди, да *уvek* мора бити отпуста. II *Изузетно прирођење*. Изузетно прирођење даје се, кад странац није живео у Србији пуних седам година, али има особених заслуга за земљу. У таквом случају не тражи се ни отпуст из досадашњег поданства.

Поступак при пријему у српско поданство овакав је: За редовно прирођење подноси се молба са потребним доказима Министру Унутрашњих Дела. Министар одлучује, да ли ће се странац примити у поданство или не. Министрова власт у овом питању је дискреционарна, тако да искључиво од личног нахођења његовог зависи, хоће ли одобрити натурализацију или не. Ма да су испуњени сви услови за натурализацију странац *нема право* на то, да буде примљен у српско поданство. Према томе очигледно је, да се странац не може ни жалити на решење министрово, ако би њиме био одбијен од тражења.

За изузетно прирођење подноси се такође молба Министру Ун. Дела, али сада се прирођење даје не решењем министровим већ на предлог министров указом краљевим, а по одобрењу Државног Савета. Код изузетног прирођења још мање може бити речи о праву странчевом, да буде примљен у поданство. (Ова правила о поступку изложена су у § 44 Г. З., Уредби о прирођењу, Законодавној одлуци о изузетном прирођењу и чл. 144 т. 9 Устава).

Дејство прирођења састоји се у изједначењу досадашњег странца са српским грађанима. Он добива сва права и прима све дужности српских грађана. Изузетак постоји само у извесним јавноправним односима. Тако, према чл. 182 Устава они прирођени Срби, који нису настањени пет година у Србији, не могу бити чиновници, сем по уговору. Ово се односи наравно само на изузетно прирођење.¹ Исто тако према чл. 14. Зак. о изборима народних посланика прирођени Срби не могу у том року бити бирани за посланике.

Прирођење је у Србији, као и у већини држава, колективно у том смислу, што по самом закону важи не само за прирођено лице, већ и за његову жену и малолетну децу.²

5) *Прирођење браком*. И у српском праву признато је правило, донето у интересу јединства и хармоније међу супрузима, да женска са удајом прима по самом закону грађанство свога

¹ Тако и А. Ђорђевић, I, стр. 270. Нетачно је мишљење Ђорђевићево, да рок тече од дана кад је прирођење задобивено. То је у контрадикцији са претходним мишљењем, да овај пропис вреди само за изузетно прирођење.

² Противно мишљење има А. Ђорђевић, позивајући се на ту околност, што се у акту прирођења наводе имена жене и малолетне деце. Ово навођење има међутим други значај, наиме да се зна, ко је управо постао српским подаником, да се не би доцније појавила сумња, да се не би појавила нова деца. Кад би мишљење Ђорђевићево било тачно, потребно би било, да и жена подноси молбу и деца, и да сви они испуњују све законске услове за прирођење.

мужа. Према томе туђинка, удата за српског грађанина прибавља са браком и српско грађанство. Исто тако и Српкиња, удата за странца, престаје бити српским подаником и прелази у грађанство свога мужа. О овоме говори § 48. Тај пропис није апсолутан у том смислу, да би браком једне женске увек наступала и промена грађанства. Грађански Законик је поставио нарочити услов — реципроцитет — да би се избегли случајеви двоструког грађанства, као и случаји хајматлозата. Али Грађански Законик је при томе погрешно и тако је поставио одредбу о реципроцитету, као да је у питању нека привилегија, која се даје странцима. Тиме није постигнуто оно, што се хтело. У § 48 стоји: Туђинка за српског грађанина удата, постаје српском поданицом онда, кад и страна држава српску грађанку за њеног поданика удату, сматра као своју поданицу. Овим није искључена могућност, да туђинка добије два поданства. Пређе у српско, а задржи и своје поданство, зато што закон њене земље не везује за брак женске губитак поданства, али за брак странкиње прописује, да добива поданство мужа. Услов из § 48 је испуњен и тако се туђинка појављује као лице, које има двоструко грађанство.

Исто се тако може десити и при удаји српске грађанке, да постане *heimatlos*, т. ј. да нема поданства. Из српског грађанства иступа, али у страно не улази зато што инострани закон своју поданицу кад се уда за странца, оглашује за туђу поданицу, али туђинку не прима за своју поданицу. Услов из § 48 је и овде испуњен, а српска грађанка остаје без поданства. И зато је § 48 требало друкчије формулисати, наиме, да туђинка, удата за Србина, постаје српском поданицом у оном случају, кад њен закон такође прописује, да она губи своје поданство и прима поданство свога мужа. Тиме би се избегло двоструко грађанство. И обратно, Српкиња удата за странца, губи српско грађанство и прима грађанство свога мужа у оним случајевима, кад по националном закону њеног мужа она прима поданство мужевљево. Тиме се једино може избећи неприпадање ниједној држави. Ето, у томе је суштина реципроцитета код грађанства.

в) *Прирођење анексијом.* У случају присаједињења једне области другој држави, становници те области самом анексијом престају бити грађани досадашње државе и прелазе у поданство оне државе, која је анексију извршила. Код анексије области

два главна питања имају да се расправе у погледу промене грађанства :

1. — Која лица морају подлећи промени грађанства услед анексије? На првом месту несумњива је ствар, да се анексија не тиче поданика неке треће државе, и на њихово грађанство она према томе нема никаква утицаја. Што се тиче пак главних лица, грађана оне државе, од које је анексијом дотична област узета, спорно је питање, на које се управо грађане односи анексија: да ли на оне, који имају ту домицил свој, или пак на оне, који су ту рођени. Логичније је узети, да се анексија тиче само оних грађана, који у анектованој области имају свој домицил, т. ј. средиште својих правних и привредних интереса.¹

2. — Друго је питање о условима, под којима се допушта становницима анектиране области, да избегну грађанство нове државе. То се питање расправља или споразумом између држава, или пак једностраним актом оне државе, која је извршила анексију. Држећи се правила, да се грађанство ником не намеће, обично се оставља грађанима право избора (*le droit d'option*), т. ј. или прећутно да задрже старо грађанство тиме што ће се иселити до извесног рока, или пак изречно да задрже право грађанства.

б) *Губишак грађанства.*

1. — Грађанство се губи иступањем из досадашњег поданства и прирођењем у другој држави. Право на иступање из грађанства одређено је у чл. 29 Устава, а поступак и ближи услови прописани су Уредбом од 2. маја 1844 године. Два су услова предвиђена, под којима је допуштено иступање из поданства: 1. Да је молилац поднео уверење од државе, чији поданик жели да постане, да ће бити примљен у њено поданство. Овим се хоће да спречи неприпадање ниједној државној заједници; 2. Да је испунио све јавне обавезе према држави, нарочито војну и пореску обавезу.

Отпуст даје Министар Унутрашњих Дела по свом нахођењу. Поједини грађанин нема право на отпуст.

2. — Грађанство се губи и *удајом српске* грађанке за страног поданика. У том случају грађанство престаје по самом закону, само ако су испуњени услови из § 48, о којима је напред било говора.

¹ Тако и А. Ђорђевић, II, стр. 273.

3. — Српско право не зна за одузимање грађанства, за губитак његов против воље грађанинове. Грађанство је право једно, које ни држава не може одузети појединцу. Исто тако српско право не зна за губитак грађанства услед дуге одсутности и бављења на страни.

2. Странци.

Објективно право примењује се на територији српске државе и на странце. Појединац се појављује у свом спољнем положају према држави или као *грађанин* њен, у ком случају сви правни прописи вреде за њега, или као *странац*, који може бити подвргнут и особеним, правним прописима. О томе је напред било говора у одељку о примени права у личном погледу.

Б) СПОЉНИ ОДНОС.

1. Домицил и резиденција.

Књижевност: А. Н. Стевановић, Домицил, резиденција и место бављења (Глас Права, II, стр. 968).

Спољни однос човека према целини огледа се у просторном бављењу човека на одређеном месту. У том погледу прави се разлика између *домицила* и обичног места становања или *резиденције*. Под местом бављења разуме се то, кад се једно лице својим физичким бићем налази на неком одређеном месту. Чисто просторни однос једног лица према одређеном месту назива се *место бављења* или *резиденција* само ако није тренутне природе. Ако је бављење тренутно или привремено, то је *место задржавања* (Aufenthaltsort). Да ли је бављење дуже или краће, да ли је у питању резиденција или обично место задржавања, по праву је безначајно, али неки пут може и то имати значаја. У процесном праву обично и краће време заснива везу просторну (§ 32 Г. С. П.) док се у материјалном праву тражи дуже бављење.

Од места бављења знатно се разликује *домицил*. Домицил је нарочито једно стање, које се не заснива простим присуством, бављењем у једном одређеном месту, већ тиме, што се у том месту налази средиште свих правних односа тога лица, што је за то место везана управа и одређивање свих правних и привредних односа његових. Васпостављање овакве везе између једног места и свих правних односа одређеног лица, или другим речима заснивање домицила, потиче било од воље самог лица, било на основу законског прописа. Отуда се и разликују *вољни*

и *законски* домицили. Вољни домицил се заснива слободним избором једног лица. Израз вољни домицил не треба да заведе некога да мисли, да је избор домицила правни посао. Избор домицила је једна фактичка радња, усредсређивање свих приватних односа на једном месту са вољом да се то место сматра као домицил, као просторни или спољни положај једног правног субјекта према целини, према држави. За домицил није довољно само то, да се станује у одређеном месту. То је резиденција. Зато је погрешна одредба у § 28 Г. С. П. по којој се домицил означаје као стално место пребивања. Само месно присуство не заснива и домицил. Потребно је да се између тог места и правних односа субјектових оствари нарочита једна веза, тако да од тог места као средишта потиче управа свима правним односима. Може неки трговац стално пребивати на Ривијери, а имати домицил у Београду. С друге стране пак за избор домицила није довољна обична изјава воље, да се одређено место узима као домицил. Таква изјава је без значаја сва док се не оствари онако фактичко стање, које одговара домицилу.

Слободно бирати могу домицил сама она лица, која имају пословну способност. Истина избор домицила није правни посао, али он повлачи значајне правне последице, од којих треба заштити лица која немају пословне способности.

Све што је речено о заснивању вољног домицила, важи и и за његов престанак или губитак.

Домицил може бити и *законски*, кад је законским прописом утврђено за извесна лица, да им је домицил на одређеном месту. Тако чиновници обично имају домицил у месту службе своје. Официри у свом гарнизонском месту. У српском праву нема одредбе о овим законским домицилима. Удата жена има законски домицил у месту где је домицил мужевљев; малолетна деца брачна и усвојена, у месту очевог домицила. (§ 31 Г. С. П.). Домицил ванбрачне деце је тамо, где је домицил материн.

Правни значај домицила и места становања огледа се и у процесном и материјалном праву. Према домицилу туженога (или и тужитеља) одређује се месна надлежност судова (§§ 28—33 Г. С. П.). У међународном приватном праву је домицил од великог значаја. У грађанском праву се у извесним случајима према домицилу одређује место испуњења обавезе (в. § 890). При пријему странца у српско поданство води се рачун о његовом бављењу на српској територији. Код многих радња из области

неспорног судства домицил такође игра важну улогу (Вид. правила о поступку у неспорним делима).

II. Правни положај човека у саобраћају.

1. Правна способност и пословна способност (способност за правне радње). Ограничена пословна способност.

Из начела данашњег права, да је сваки човек личност у праву, да свако лице може бити субјектом права и обавеза, проистиче и то, да сви имају способност бити носиоцем субјективних права и обавеза. *Правна способност* (Rechtsfähigkeit) се у том погледу поклапа са личношћу у праву (Rechtssubjekt). Једно без другога се не може замислити.

Али и ако су данас сви људи правно способни, ипак њихов положај није у правном саобраћају један исти. Истина, неке разлике у квалитету личности нема. Сваки је човек потпуна личност и сви су људи пред законом једнаки. Али при свем том право мора да води рачуна о извесним стварним неједнакостима. Тако, нико неће спорити природом самом засновану неједнакост између детета од неколико година и зрелог човека. Исто тако и неједнакост између душевно здравих и душевно оболелих лица. Да би се о тим неједнакостима у интересу правичности доиста могло водити рачуна, објективно право створило је нарочиту способност, т. зв. *пословну способност* или *способност за правне радње* (Geschäftsfähigkeit oder Handlungsfähigkeit), коју не даје таквим лицима, која из ма ког узрока не би била у стању, да се сама брину о својим правним пословима. Таква лица сматрају се по закону као неспособна да предузимају правне радње. Она не могу самостално чинити изјаве воље у циљу заснивања правних односа. У вези са овом пословном неспособношћу стоји установа законских заступника (родитеља и старалаца) који врше правне послове за неспособна лица и у име њихово.

Разни су узроци због којих се чини ова разлика између опште правне способности и способности за правне радње или пословне способности. Према тим разним узроцима и само објективно право није могло поставити сасвим једнолике прописе, већ је учинило извесне постепености. Тако између потпуне неспособности за правну радњу и потпуне способности оно је уметнуло т. зв. *ограничену пословну способност*. Лица са ограниченом пословном способношћу могу предузимати извесне правне

радње, док друге не могу. Па не само то. Поред општих начела о пословној способности, која важе за правне послове у опште, постоје и особена правила о способности за поједине правне послове. На тај начин право је учинило све од своје стране, да штетне последице, које би услед душевних неједнакости и неједнакости услова долазиле, у колико је могуће отклони.

2. Поједине околности, које утичу на обим пословне способности.

1) Узраст или доба живота.

Године живота су један од најглавнијих узрока неједнакости у приватно-правном положају лица. Оне чине, да су једна лица неразвијена и незрела, док су друга достигла нормални развитац. Услед те разлике и право је морало у погледу пословне способности да постави нарочите категорије лица. Три су главна периода са гледишта приватно-правног издвојена: од прве до навршене седме године, од навршене седме до навршене двадесет прве, и преко двадесет прве године.

1. — Малолетници од прве до седме године називају се *децом*. Сва лица која нису навршила седам година, сматрају се као *деца* у једном особеном правном смислу. Наиме таква лица у опште немају пословне способности. Она не могу својим изјавама воље да заснивају правне односе. О томе говори § 533, да деца млађа од седам година не могу ни обећати, нити што примити. Правни послови, које би деца предузела, по самом закону су ништавни. Све правне радње предузимају за децу њихови законски заступници, и то само они, без икаквог учешћа деце.

За децу је потребно знати, да нису одговорна ни за штету, коју би учинила каквом недопуштеном радњом, нити у општема за какву штету. О томе постоји изречан пропис у § 807.

2. — Лица од навршене седме, до навршене двадесет прве године. И то су малолетници, или незрела лица, која треба такође заштитити (§ 39). Али како су то донекле дорасла лица, то им закон није потпуно одузео пословну способност, већ их је само *ограничио* у тој способности за правне радње. Ови малолетници могу неке правне послове сами предузимати, а неке не могу. Према § 533 сва лица од 7—21 године не могу предузимати оне правне послове, којима примају обавезе, којима се на нешто обавезују, било непосредно, било посредно, а могу чинити изјаве воље, на основу којих стичу само права или овлашћења.

Не могу ништа отуђивати посредно ни непосредно, нити се могу обвезивати, а оне пак послове, који им искључиво користи доносе, могу пуноважно и сами предузимати. Да ли је правни посао користан или не, одређује се по његовој правној природи, а не по привредном резултату, да ли је он по малолетника повољан или не. Гледа се дакле, да ли се тим правним послом заснива или увећава једна обавеза малолетникова, односно да ли правни посао повлачи губитак каквог права или не. Ово важи и за једностране и двостране правне послове. Тако, малолетник се не може пуноважно одрећи својих имовинских права, не може се ни примити наслеђа, нити га пак одбити. Не може опуномоћавати, нити чинити отказе. Одустати од уговора, као ни тражити поништај рушљивог правног посла. Не може ни примити исплату дуга, јер тиме престаје обавеза повериочева и малолетник губи једно право своје. Али може примити поклон, може примити пуноважно изјаву о опроштају дуга.

За све ове правне послове које малолетници не могу сами предузимати, потребно им је претходно или накнадно одобрење законског заступника, родитеља или старатеља. Ако би малолетник ипак с њим закључио један правни посао, за који нема пословну способност, тај посао неће бити ништаван, већ само рушљив или оборљив. Он правно постоји, али се може поништити.

3. — Лица која су навршила двадесет и прву годину називају се *пунолетним* лицима (§ 37). Грађански Законик сматра та лица за зрела (§ 38) и придаје им потпуну пословну способност, у колико наравно други неки узроци не би утицали на смањење или потпуно искључење њено.

Што се тиче дубоке старости, она сама по себи не утиче на промену правног положаја. Тек ако би услед дубоке старости наступила телесна и душевна изнемоглост и у вези с тим неспособност и немогућност водити бригу о својим пословима, може старац да добије нарочитог старатеља, т. ј. да буде ограничен у пословној способности. Ово ограничење чини се не због старости као такве, већ због душевне слабости или телесне немоћи.

Док је за сва лица граница малолетства 21 година, дотле краљ и престолонаследник постају пунолетним кад наврше 18 година (чл. 58 Устава).

Са пунолетним лицима изједначена су и она лица, која би

пре навршене 21 године била *проглашена за пунолетна* (т. зв. *еманципација* малолетника). И ако је правило, да малолетник остаје под очинском влашћу све до навршене 21 године (§ 150), ипак се у неким случајевима допушта и *еманципација*, т. ј. пре-времено ослобођење малолетника од очинске власти. То се ослобођење врши у облику прогласа малолетника за пунолетног. Грађански Законик допушта еманципацију под овим условима (§ 152): а) Да је малолетник навршио пуних седамнаест година. Ово важи и за мушке и за женске, а не за женске 18 година, као што то неки мисле, с обзиром на § 150. — б) Да сам малолетник тражи, да се огласи за пунолетног. — в) Да на то пристану и родитељи, отац, или мати, ако нема оца. Ако се малолетник налази под старатељством, онда се према чл. 112 Зак. о старат. тражи и пристанак оба стараоца, главног и помоћног, а осим тога потребно је да се саслушају и сродници, односно породични савет, ако би га било.

Кад ова три услова буду испуњена, онда старатељски судија *може* својим решењем да огласи малолетника за пунолетног. Судија ће огласити малолетника за пунолетног само онда, кад буде стекао уверење, да је то једна мера, потребна у интересу малолетниковом. Према томе еманципација зависи од нахођења судијиног, тако да малолетник нема право на еманципацију, макар да су услови испуњени. У чл. 112 стоји изречно, да „старатељски судија може га огласити...“. Као важнији узроци, који ће одредити судију, да изврши еманципацију, набројани су у § 152 примера ради ове околности: женидба, самостални кућевни живот, самостална радња и т. д.

И у немачком праву (§ 3) и у аустриском (§ 174) еманципација се врши једним актом суда, односно судије, док је у француском праву еманципација малолетника чисто приватни акт, који не зависи ни у колико од државне власти. Изјаву о прогласу за пунолетног чини отац пред среским судијом (*juge de paix* — art. 477), који само прима к знању такву изјаву. Ако нема родитеља малолетника еманципује на исти начин породични савет.

Један нарочити, *прећућни* случај еманципације предвиђа чл. 113 Зак. о старатељству, кад се малолетник ожени по одобрењу старатељског судије. Такав ожењени малолетник сматра се као да је оглашен за пунолетног. Ово не важи за малолетнике који се са одобрењем очевим ожене. Они се морају изречно еман-

циповати прописним начином. Не важи ни за женске, које би се удале са одобрењем старатељског судије. У француском праву међутим сваки брак повлачи за собом по самом закону еманципацију, без обзира на то, да ли је у питању мушки или женски малолетник, да ли је брак одобрен од родитеља или не.

Као особени случај еманципације треба споменути и давање одобрења малолетнику да води трговину. При давању овог одобрења у смислу § 5 Трговачког Законика, које одобрење има значај еманципације, старатељски судија ће бити строжији и обазривији, с једне стране зато, што је трговина ризична ствар, а с друге стране и зато, што је пословна способност еманципованог малолетника трговца шира и пространија од пословне способности обичног еманципованог малолетника.

О правној способности еманципованог малолетника у опште има да се каже да не важи више пропис § 152, по коме је малолетник такав изједначен потпуно са пунолетним лицима. Тај је пропис измењен чланом 114 Зак. о старатељству, по коме еманциповани малолетник има пословну способност за све правне послове, сем за отуђење и оптерећење непокретних добара, за које је потребно и еманципованом малолетнику одобрење законског заступника. Што се тиче еманципованих малолетника трговаца, они су према § 4 Т. З. способни да предузимају све правне послове без икаквог ограничења.

Поред ове опште поделе на три категорије лица, постоје и нарочите одредбе с обзиром на поједине правне послове. Тако за закључење брака тражи се да мушкарац има пуних 17, а женска 15 година (§ 69). За прављење тестамена потребно је имати 15 година (§ 427). О томе ће се говорити код појединих правних послова.

2) Здравље.

Признање свих људи за личности у праву извршено је под претпоставком, да су људи обдарени разумом и да имају способност изражавања воље, т. ј. способност самопредељивања. Међутим има лица, која не испуњују тај услов, чији ум није у нормалном стању, тако да та лица немају ни способности да изјављују своју вољу. То су душевно оболела лица. Поред душевно болесних има и таквих лица, чије је телесно здравље толико поремећено, или која имају такве телесне недостатке, да то утиче и на њихову способност слободног кретања и самопредељивања.

О таквим лицима право мора да води рачуна и да их заштити. Хуманост захтева да се предузму све мере потребне ради заштите личности и имовине оваких слабомоћника. Најбољи начин би био огласити све правне изјаве њихове за ништавне и пренети целокупну бригу на њихове законске заступнике. И ако ово није практично с обзиром на правни промет и саобраћај, јер трећа лица лако могу бити оштећена, ипак позитивно право није се устручавало да и такве одредбе доноси.

Неповољно здравље утиче на пословну способност лица у облику душевне болести, или телесне немоћи. Оба та случаја ће се засебно размотрити.

а) Душевна или умна болест.¹

1. Умно оболела лица, т.ј. лица разума лишена, узима Грађански Законик тако у заштиту, што прописује да таква лица немају уопште пословне способности (§ 533). Ниједан правни посао не може умоболник да предузме, ни сам нити по одобрењу свог законског заступника. Нити може што обећати, ни примити. За душевно болесна лица врше правне послове њихови законски заступници. Ако би једно душевно болесно лице закључило какав правни посао, тај ће правни посао бити ништаван. По самом закону наступа неважност правног посла једног умоболника.

Инострана права, специјално немачко право чини разлику између тежих и лакших умоболника. У прве долазе они, који су сасвим лишени разума, душевно болесна лица, а у друге сва умно слабомоћна, блесаста лица. Док су прва лишена сваке пословне способности, дотле су ова друга само ограничена у пословној способности, т.ј. изједначена су са малолетницима од 7—21 године (§§ 104, 105, 114). Српско право не чини ову разлику између умоболних лица и сва лица подвргава истим правним правилима.

Како је душевна болест једно изузетно стање, то постоји сасвим разумљиво правило, да сваки онај, који тврди да је правни посао закључио један умоболник, треба сам да докаже, да је односно лице у тренутку закључења правног посла било умоболно, т. ј. да није могло имати своје разумне воље. Тај је доказ доста тежак, нарочито с тога, што је потребно доказати,

¹ *Д-р Драг. Аранђеловић*, Неспособност душевно оболелих лица за вршење правних послова (Архив, VIII, 111).

да је стање умне поремећености постојало у тренутку закључења правног посла. Али ово правило не треба тако схватити да је по закону потребно непосредно доказати постојање умне оболелости тачно у оном моменту, кад се чинила изјава. Ако се докаже да је неко био умоболан непосредно пре те изјаве и после изјаве, оправдан је закључак, да је умна оболелост постојала и у тренутку давања изјаве воље. Међутим суд је дужан да цени све околности и да по томе одлучује, да ли је воља била искључена или не. Он има да цени природу правног посла, околности под којима је правни посао закључен, па кад из тога стекне уверење, да је односно лице било умно поремећено и да није имало разумне свести о том правном послу, утврдиће да је правни посао ништаван. Међутим Касациони Суд стоји на гледишту, да је довољно утврдити лекарским мишљењем, да је неко лице умно поремећено било; самим тим падају сви правни послови његови, без обзира на поједине моменте и услове из тих послова.¹ Овако гледиште не може се усвојити на првом месту због тога, што Грађански Законик нигде не садржи такву одредбу. Друга је ствар са оним душевно болесним лицима, која су судским путем оглашена за умоболна. За њих вреди таква општа одредба. Код умоболника, чија душевна болест није и судском одлуком утврђена, води се рачун о основној тенденцији §§ 40 и 920, да се умоболници заштите. А под заштитом се не разуме оштећење трећих, савесних лица, која нису ни знала за душевну болест свог саговорача. Међутим трећа лица биће често оштећена, ако се прими начело за које пледира Касациони Суд.

Француско право садржи једну нарочиту одредбу којом се отежава обарање правних радња сваког лица, за које се тврди, да је душевно болесно и да његова изјава не важи. Та одредба гласи (art. 504), да се *после* смрти једног лица не могу више ништити његови акти с позивом на умну оболелост. Изумимају се од тога ови случајеви: кад се доказ о душевној оболелости налази у самом акту (art. 504), кад је у питању поклон или тестамент (art. 901), као и онда, кад постоји молба да се односно лице судским путем огласи за умоболно и стави под старатељство, на оно умре пре судске одлуке (art. 504). Српско

¹ Одлука оште седиште од 2. I. 1907, Бр. 12308, саопштена у Архиву (VI, стр. 514). Одлука Апелационог Суда у истом овом питању знатно је боља и правилнија.

право не зна за таква ограничења, и зато се правни послови душевно болесних лица у свако доба могу сматрати као ништавни, без обзира на то, да ли је односно лице умрло или не, и кад је умрло. Наравно да је доказивање знатно отежано у случају кад умоболни није више у животу.

Према чл. 140 Зак. о старатељству оним умоболницима, који још нису судским путем оглашени за душевно болесне, поставља се привремени старалац, који води бригу о њиховом имању.

II. Нарочиту врсту душевно болесних лица престављају умоболници, који су судским путем оглашени за умоболне и стављени под старатељство. Према чл. 139 Зак. о старатељству она пунолетна лица, која се не налазе под очинском влашћу, а била би судским путем проглашена за душевно болесна или иначе немоћна, морају се ставити под старатељство. Та околност што је неко судским путем проглашен за умоболног, има велики практични значај. На првом месту том лицу се одузима управа над имањем и оно долази под старатељство. Сви правни послови, које би умоболник после тога закључио, ништавни су, јер потичу од лица, чија је душевна болест прописно констатована. Трећа лица се у свако доба могу позивати на ту ништавност, која постоји по самом закону. Њима је сад уштеђен онај тешки и каткада готово немогући доказ, да је односно лице било душевно болесно у тренутку кад је чинило изјаву воље. Док је у првом случају постојала претпоставка, да је сваки човек здрав и да онај, који тврди противно, треба то и да докаже, дотле за лица, која су судским путем проглашена за умоболне, важи супротна претпоставка, наиме, да су била умоболна у тренутку изјављивања своје воље. Ова претпоставка је једна необорива претпоставка, т. ј. претпоставка, која се не може обарати противдоказом. Нити се може доказивати, да је тај умоболник здрав, све док новом судском одлуком не би био оглашен за здравог, нити се води рачуна о светлим тренутцима (*lucida intervalla*). Искључено је дакле доказивање, да је умоболни био у светлим тренутцима, кад је закључивао правни посао.

Проглас лица за умоболне, пошто повлачи овако озбиљне правне последице, треба да буде објављен, да би трећа лица била обавештена. Иначе им се може десити, да се упусте у преговарање и да закључе правне послове са лицима, чије

изјаве воље не вреде, тако да би били оштећени без своје кривице. Српско право нема никакве прописе о објављивању одлука. Добро би било завести код сваког суда нарочиту књигу, у коју би се уписивала имена свих лица судским путем оглашених за умоболне, као што је то случај у француском праву (art. 501).

Код питања о судбини правних послова, које закључују оваки умоболници, постоје знатне разлике у позитивном законодавству. У пандектном праву правни посао сваког умоболника био је ништаван. Умоболницима је потпуно недостајала пословна способност. Француско право обратно узима, да су правни послови ових лица оборљиви или рушљиви. Право на поништај имају како сам оболели, тако и његови наследници. Правни посао може бити ратификован (art. 1338). Право на поништај посла застарева за десет година (art. 1304). Пруско право међутим чинило је разлику између тешких душевних болести (луди и бесомучни) и лакших болести (душевне слабости, блесавости). У првом случају стављањем под старатељство умоболник губи потпуно пословну способност и сматра се као дете до седам година. Његови су послови по самом закону ништавни. У другом случају узима се, да се не могу обвезати, а да могу пуноважно примати. Правни послови њихови су оборљиви или рушљиви. Ову поделу из пруског права усвојио је немачки грађански законик од 1900. У сумњи се увек узима блажи степен и стављање под старатељство врши се не услед душевне болести, већ услед душевне слабости. Српско право има систем пандектног права, исти систем који постоји и код оних умоболника, што нису судским путем стављени под старатељство. Сви правни послови судом проглашених умоболника су ништавни по самом закону.

Како је проглас једног лица за умно оболело и стављање његово под старатељство, врло важна и озбиљна ствар, којом се знатно ограничава, односно уништава лична слобода, сасвим је разумљива потреба за извесним гаранцијама, да ће се ово чинити само са лицима, која су доиста душевно болесна. Гаранције се састоје у томе, што се само пресудом првостепеног суда може једно лице огласити за умно оболело, и друго, што се таква пресуда доноси после нарочитог поступка, којим се са извесном поузданошћу може да утврди, да ли је лице, које је у питању, доиста болесно или не. Прописи о томе налазе се у Закону о уређењу санитетске струке од 30.-III-1881, са изменама

и допунама од 17.-1-1905. Специјално чл. 26 б) говори о томе у тачки 12. По том пропису тужбу подноси првостепеном суду Министар Унутрашњих Дела, а могу је поднети и приватна, заинтересована лица. Оболели се прво посматра у болници, па се на основу лекарског мишљења, на нарочитом рочишту у присуству државног тужиоца, или приватног тужиоца, у присуству нарочитог заступника оболелог лица, као и у присуству самог тог лица, ако је могуће, пресудом судском или оглашује за душевно болесног, или се пак тужиоци одбијају од тражења. Против пресуде се може изјавити жалба Касационом Суду.

III. Нарочиту категорију умно оболелих лица представљају они умоболници, који су интернирани у заводима или болницама за душевне болести, под претпоставком да та лица нису оглашена судским путем за умоболне. У таквим заводима налазе се како они болесници, који су на лечењу, тако и они, за које се узима да су неизлечиви. Заводи су државни и пријем се врши, као и интернирање, под нарочитим законом прописаним условима, којима се обезбеђује лична слобода појединаца. О тим условима говори чл. 26 Зак. о уређењу санитетске струке. Пријем у болницу врши се само по одобрењу Министра Унутрашњих Дела. Кад се на неком лицу појаве знаци душевне оболелости, сродници или општински органи дужни су да то јаве полициској власти, која одређује лекара да изврши преглед и упути болесника у најближу болницу на лечење и посматрање. Управа болнице извештава окружног начелника о томе, а овај доставља извештај Министру Унутр. Дела, који одређује лекарску комисију од три лекара ради прегледа болесника. Лекарско мишљење ове комисије шаље се преко окружног начелника Министру на одлуку о интернирању. Али ако би се оболела лица или сродници њихови или пријатељи, противили одвођењу на посматрање или интернирању, имају да поднесу тужбу надлежном првостепеном суду против Мин. Унутрашњих Дела и да траже ослобођење оболелог. Суд ће на нарочитом рочишту, у присуству заинтересованих лица и заступника оболелог решењем да одлучи, да ли има места таквим мерама или не. Против решења се може изјавити жалба Касационом Суду у року од пет дана.

Што се тиче приватно-правног положаја умоболних лица, интернираних у болницама за душевне болести, несумњиво је, да су и њихови правни послови ништавни, као и правни по-

слови неинтернираних умоболника. Само је разлика у томе, што је овде доказивање умне оболелости олакшано. Из те околности, што је неко интерниран, проистиче већ доказ његове умне оболелости. Али противдоказ није искључен; као што није искључено ни доказивање о постојању светлих тренутака, све док умоболни не би судским путем био оглашен за умоболника

б) *Телесна болест и телесни недостатци.*

Телесна болест и телесни недостатци по правалу немају утицаја на пословну способност лица. Без обзира на своју телесну конституцију, на њене мане и недостатке или и сувишке, човек има потпуну пословну способност. У старијем праву, нарочито у германском праву, кад су се правна и пословна способност мериле према способности за војску, за рат, друкчије је било. Тада су постојала знатна ограничења у приватноправном погледу баш због телесних мана.¹

Али и данас има случајева где телесне мане и телесна слабост могу утицати на пословну способност. Тако, ако би деца имала телесних недостатака, који би били од утицаја и на умну способност, могу и по навршеној двадесет првој години да буду задржана под родитељском влашћу (§ 151). И друга пунолетна лица са телесним недостатцима (глувонема, слепа), која не би стајала под очинском влашћу и чије би умне способности услед ових мана биле поремећене, могу бити стављена под старатељство, било на њихов лични захтев, било на захтев других интересованих лица (чл. 141 и 142 Зак. о старатељству).

Али до стављања под старатељство ова лица имају потпуну пословну способност. Кад им буду одређени стараоци, она бивају ограничена у пословној способности. Тада су изједначена са малолетницима од 7—21 године.

3) *Стања слична здрављу.*

Има извесних стања, која се не сматрају као болест душевна ни телесна, већ као рђаве и штетне страсти. Такве страсти по својим последицама могу бити опасније, него и сама болест и зато позитивно право води о њима рачуна, постављајући нарочита правила о пословној способности лица, која би била одана тим страстима. Овде се мисли на *расипкућство* и *инјанство*.

¹ Gierke, Bd. I, S. 390.

а) *Распикућство.*

Под распикућама разумеју се таква лица, која силним трошењем и непаметном управом имања хоће себе и своје укућане материјално да упропасте. О распикућама говори § 41, да се имају ставити под нарочиту заштиту — родитељску или старатељску, ако немају оца (чл. 144 Зак. о старат.). Грађански Законик не садржи ближе одредбе о условима, под којима ће појединци бити оглашени за распикуће. То је фактичко питање које суд у сваком особеном случају расправља, имајући у виду напред наведену одредбу о распикућама.

За распикућу оглашују се лица пресудом судском. Из чл. 145 Зак. о старатељству као да излази, да сам старатељски судија решава о томе, а не суд. Али § 41 Грађанског Законика је меродавнији, а он говори о суду. То је и већа гаранција за грађане. Право тражити оглас једног лица за распикућу имају заинтересована лица. Чим се подигне тужба у том смислу, поставља се одмах привремени старатељ (чл. 144 став II Зак. о старат.) Одлуку о стављању под старатељство услед распикућства дужан је старатељски судија да објави преко новина.

Правни положај лица судским путем оглашеног за распикућу равна се положају малолетника од 7—21 године.

б) *Пијанство.*

Ко се стално одаје пијанству и тиме доводи у опасност како своје здравље, тако и имање, од кога живи и којим издржава кућу, заслужује да се у свом сопственом интересу и интересу своје породице ограничи у управљању имањем. Грађански Законик није предвидео међутим пијанство као разлог за стављање лица под очинску или старатељску власт. Према томе пијаница и ако срља у пропаст, не губи ни у колико своју пословну способност. Немачко право (§ 6) сасвим разложно допушта стављање под старатељство и због пијанства.

Ако би пијаница закључио какав правни посао у стању пијаности, кад није имао свести о својој вољи, изјава његова биће ништавна и неће вредети.

4. **П о л.**

Пола има два, мушки и женски. У сумњи кад закон говори о човеку, подразумева се и човек и жена, оба пола. Данас у приватном праву разлика полова сама по себи нема никаква

утицаја на приватно-правни положај лица. То начело су неки законици и изречно поставили (пруски, саксонски) али га новији законици не понављају, као нешто по себи разумљиво. Тако није увек било. У старијем праву познати су случајеви, где је разлика у полу била узрок неједнакостима у правном положају мушких и женских. Извор тој неједнакости био је у јавном праву које још ни данас не поступа подједнако са мушкима и женским. Кад се приватно право сасвим издвојило од јавног права, и те су разлике постепено отпадале.

Грађански Законик поставио је у § 19 опште начело, да су сви пред законима једнаки, дакле и мушки и женски. Али то начело није у свима правним односима до краја изведено. У српском праву одржали су се, као и у другим правима, још неки остаци неједнакости између полова. То је нарочито случај у породичном и наследном праву. У породичном праву удата жена није изједначена са мужем. Па не само то, већ је удатој жени одузета пословна способност. Она не може ниједан правни посао да предузме без одобрења свога мужа (§ 920 у вези са §§ 109 и 110). О изузетцима биће говора у Породичном Праву. Муж је њезин законски заступник (§ 920 *in fine* у вези са § 771 и § 87 Г. С. П.). Жене не могу бити стараоци. Од овога се изузима само мати пупилина (чл. 21 Зак. о старат.). У наследном праву спроведено је начело првенства мушких потомака пред женским, и мушке лозе пред женском (§§ 396 и 402.). Али апстрахујући те изузетке у начелу разлика полова нема утицаја на пословну способност.

III. Положај човека према социјалној средини.

1. Јавно уважање и неуважање. Грађанска част.

а) Неоспорна је ствар, да људи нису једнаки у моралном погледу. Средина у којој се човек креће, има по правилу увек извесно мишљење о моралној вредности појединаца. Једни су људи уважени, други су индиферентни, о трећима се има неповољно мишљење. Та оцена средине о моралној вредности, о карактеру и поштењу појединаца, у начелу нема утицаја на приватно-правни положај човеков, а још мање на његову пословну способност. Али правни поредак води рачуна о презумптивној моралној висини сваког човека и штити свачију част, као један атрибут личности. Та је заштита и кривично-правна и грађан-

ско-правна. Право на част, то је право на поштовање вредности сопствене личности од стране трећих лица. Непоштовање повлачи казну и обавезу на накнаду штете, ако би је било.

Овде пак није реч о праву на част. Овде се има да испита, какве последице повлачи за собом неповољна оцена друштвене средине о моралности једног лица. На то питање има да се каже, да услед тога не наступа никакво смањење правне, односно пословне способности. Али изузетно може таква неповољна оцена у случајевима законом тачно предвиђеним, да има за последицу губитак неких права и привилегија. Претпоставка је наравно, да се неповољна оцена друштвене средине о поштењу, савесности и искрености једног лица, заснива на каквим позитивним чињеницама, као на блудном животу, вараличком карактеру, коцкарским особинама и нагонима и т. д. Таква лица могу бити искључена и из наслеђа законског дела (§ 480); њима се може одузети очинска власт (§ 155). Веридба се може раскинути без икаквих правних последица, ако би један вереник био такав човек (§ 70). Ова су лица неспособна и стараоци да буду (чл. 21 Зак. о старат.).

б) Од ових случајева, у којима глас који једно лице у друштву ужива има посредно утицаја на могућност прибављања права, треба двојити случај где се једним јавним актом одузима лицу оно уважање, које сви грађани имају. То је случај губитка грађанске части. Тај догађај има далеко озбиљније последице него претходни случај. Услед губитка грађанске части знатно се модификује правни положај једног лица.

Губитак грађанске части наступа искључиво услед осуде за извесна кривична дела. Према § 18 Казненог Законика свака осуда на смрт, робију или заточење повлачи за собом губитак грађанске части. Осим тога губитак грађанске части може се изрећи и као споредна казна при осудама за извесне бесчастеће преступе, т. ј. преступе учињене из користољубља или против јавног морала (§ § 34 и 38 К. З.). Губитак грађанске части је казна у кривично-правном смислу и зато наступа само онде, где би законом изречно била предвиђена (*nulla poena sine lege*).

Правне последице губитка грађанске части предвиђене су такође законом. Једне су претежно јавноправне природе: губитак свих јавних звања, свих почasti и одлиција, пензије, плате, и у опште државне помоћи. Даље губитак активног и пасивног бирачког права, како за изборе народних посланика, тако и за

општинске и окружне изборе. Таква лица не могу бити старалац, вештак, судија изборни и т. д. Што се тиче пак пословне способности губитак грађанске части нема утицаја на ту имовинску способност. Само за време трајања робије или заточења прописано је у § 17 Казненог Законика, да осуђеници не могу за време осуде управљати ни располагати својим имањем, нити у опште закључивати уговоре. Ова забрана нема везе са грађанском чашћу, већ се тиче фактичке немогућности осуђеника да врше своја имовинска права. Значај § 17 је у томе, што осуђени на робију или заточење немају права да траже привремено ослобођење ради свршавања својих приватних послова, нити пак имају права да у самој казнионици опште са трећим лицима ради закључења правних послова. Али ако би један робијаш путем писменим закључио уговор, тај ће уговор важити и неће бити ништаван само због тога што је један уговарач био робијаш. Постоји о овом питању и друго мишљење: да осуђеници немају у опште пословне способности и да су сви правни послови њихови ништавни. Ово мишљење сматра одузимање пословне способности као неку врсту споредне казне уз казну робије и заточења. Најглавнији разлог који се може навести у прилог овог мишљења јесте та околност, што за лица осуђена на затвор нема сличног прописа, а и затвор је казна против личне слободе. Ако би само обзир на издржање казне били мотив одредби из § 17 К. З. онда би то требало важити и за осуђене на затвор. Од ова два мишљења прво изгледа ипак боље, јер нигде не стоји изречено, да је одузимање пословне способности казна. Најзад у чему би се та казна састојала, кад то није никакво зло и кад се осуђеном мора поставити старалац који ће се бринути о његовом имању. При свем том питање је сумњиво и може се бранити и ово друго мишљење.

2. Религија.

Утицај религије огледао се раније, нарочито у средњем веку, и у приватноправној и у јавноправној способности. Али од 18 в. свуда се почела ширити идеја толеранције. Под утицајем тог покрета приватноправни положај грађана сасвим се издвојио и еманциповао од верског уверења. Без обзира на верско уверење и убеђење сваки грађанин је добио исту правну и пословну способност. Доцније је постепено и јавноправна способност учињена независном од верског уверења.

Данас у Србији сама религија нема никаква утицаја на правну и пословну способност. Чланом 18 Устава призната је неограничена слобода савести. По истом том пропису све „признате“ вере су слободне и стоје под заштитом закона, у колико вршење њихових обреда не би вређало јавноправни поредак. Члан 19 Устава забрањује даље све радње управљене против православне вере, која је оглашена за државну веру (чл. 3 Устава).

При свем том ипак има извесних односа, у којима је од значаја вера грађана. Тако у брачном праву постоје особени прописи за бракове грађана појединих вероисповести. Брак је у Србији конфесионалан. Промена хришћанске православне вере је разлог за развод брака (§ 94), за одузимање и законског дела, егзередацију (§ 489) и т. д. О томе се говори у Посебном Делу.

ГЛАВА ДРУГА.

ЉУДСКА УДРУЖЕЊА И ЉУДСКЕ УСТАНОВЕ КАО ЛИЧНОСТИ У ПРАВУ (ПРАВНА ЛИЦА).

1. У опште о правним лицима.

Књижевност: Zitelmann, Begriff und Wesen der sog. juristischen Personen (1873); Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht (1901); Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887); Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände (1902); Hölder, Natürliche und juristische Personen (1905); Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit (1900); Vareilles-Sommières, Les personnes morales (1902); Michoud, La théorie de la personnalité morale (1906); Ferrara, Le persone giuridiche (1907); Dr. Л. Марковић, Проблем правних личности у српском приватноправном законодавству („Архив“ IX, стр. 113 и 200).

Питање о томе, да ли и људска удружења и људске установе могу бити личности у праву, да ли другим речима, осим човека, који је признат као личност у праву, има и других, т. зв. *правних лица*, — то питање долази бесумње у најспорнија питања, којима се правна наука у опште бавила. И данас су о томе подељена мишљења, ма да се у извесним тачкама постигла сагласност.

Један од главних узрока који је учинио да се ово питање тако разнолико схвати и решава, лежи у романстичком учењу о правним лицима, заснованом на идејама римског права из доба Јустинијана. Систем римског права код овог питања у вези је са два основним идејама, којих се римско право држало. Једно је идеја о апсолутистичком државном и у опште јавном

праву, а друго је идеја о чисто индивидуалистичком приватном праву. У јавном праву постојао је само један правни субјект, и то је била држава. Свака ужа заједница у оквиру државе схватала се само као део државе. Појам личности у праву није на државу у почетку ни примењиван био. Приватно право схватало се пак искључиво као *jus singulorum*, т. ј. само поједине и то суверене индивидуе могле су бити личности у праву. Појам личности поклапао се са појмом човек. Ако би било потребно, да једна заједница, удружење, постане личност у праву, она се мора вештачким путем ставити на равну ногу са појединачном личношћу. То бива путем фикције. Удружење није личност, али се третира као тичност. Тако поред човека, који је стварна личност, јер стварно постоји, долази и друга, чисто замишљена и уображена личност. Закон ствара ту личност, која остаје вечито један несавршени створ. Она као таква нити има општу правну способност, нити пак способност за правне радње. Вечито је под старатељством и никад не може ништа урадити без свог законског заступника.

Док је романистичка теорија овако сматрала правна лица само као замишљене, фингиране личности, дотле је германско право у истом питању имало сасвим друкчије идеје. Оно је и и људска удружења, групе у опште, као и људске установе, сматрало као правне субјекте, и то не као неке замишљење, фиктивне субјекте, већ као лица, која стварно постоје.

Кад је у Немачкој примљено римско право, онда је оно наравно потисло германско схватање, али га није могло сасвим сузбити. Пред ауторитетом римског права германско-правне идеје су се повукле, да би се у згодном моменту с јачом силином пробиле. Група је у германском животу од вајкада била нарочити фактор, па је логично што се германско право није могло помирити са једним схватањем, које је ту групу пребацивало у област фикције. Да се идеје германског права одрже помогла је донекле и школа природног права са својом особеном теоријом о *друштвима*. Природно право је још више него римско право исповедало крајњи индивидуализам, па није ни могло признати егзистенцију других каквих самосталних личности у праву осим физичких лица, осим људи. Али у место једне замишљене личности (*persona ficta*), присталице школе природног права истакли су били појам *моралне личности* (*persona moralis*), који је појем био чисто формалне природе и значаја. То

је било само име за механички скуп људи. Ово схватање је припомогло, да се, макар у промењеном облику, одржи учење германског права. Оно је ушло у законике, као у § 26 аустриског а одатле и у § 36 српског законика („...И сам *збир и свезу више лица*..... сматра закон као једно лице *морално*“).

У новије време све се више шире идеје германског права о изједначењу човека као личности у праву (физичко лице) са т. зв. правним лицима, и подвођење свих лица у једну општу категорију правних субјеката. Али поред свега тога постоје и данас још разноврсна мишљења о природи правних лица, тако да се још не може говорити о неком дефинитивно утврђеном гледишту правне науке на ово питање. Овде ће се поменути само најглавније теорије о правним лицима.

1. Прва је теорија она, која је примила мишљење романтичке школе, да су људска удружења и људске установе само замисљене или фингиране личности. Ту је теорију поново оживео Савињи на супрот учењу природног права о колективној својини. Савињи је поставио био питање о правним лицима на правилну основу, па је било очекивати, да ће га правилно решити. Он је сасвим умесно тврдио, да при одређивању појма правног субјекта треба поћи од појма субјективног права. Тек кад се утврди, шта је субјективно право, тек онда може бити говора о бићима која су способна и подобна да буду носиоци тих права. Али при даљем извођењу ове идеје Савињи је ударио у странпутицу. Он је субјективно право схватио као једну појаву, која има искључиво основа у човеку као таквом. Његов појам субјективног права је и сувише индивидуалистички па је и природно, што је Савињи на крају крајева дошао до закључка, да субјекат у праву може бити само човек и нико други. Појам личност у праву поклапа се са појмом човек. Сваки човек је личност и само човек је личност у праву¹. Следбеници Савињијеви Puchta и Windscheid примили су ову теорију са незнатним нијансама, а од новијих правника то мишљење деле: Laband, Unger, Krainz, Bierling, Vareilles-Sommières и други.

У француском праву ово је готово опште усвојено мишљење, да је правно лица фикција. У француском праву традиционално је мишљење, да је једини стварни субјект права и

¹ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, II, S. 2.

дужности *човек*, и да оно биће, које није човек, не може с обзиром на природу субјективног права ни бити правним субјектом. Пошто међутим чисто практични разлози захтевају да се и људским групама да могућност да самостално прибављају права и примају дужности, то је правна доктрина била принуђена, да поред физичких лица још једну врсту лица призна за правне субјекте, т. зв. правна лица, која у ствари нису личности у праву, али се услед једне законске фикције сматрају као такве. Закон је, по том схватању, силом своје моћи створио од нерелативних личности реална бића, и то путем једне фикције. Правна доктрина француска гледала је у правном субјекту нешто физичко, материјално, што се чулима може опазити¹. Све што није имало ту особину, није могло ни бити личност у праву. Али ова доктрина је у последње време уздрмана у Француској и многи правници почињу да се приближују немачким идејама да су и правна лица стварне личности². У Италији је такође до скоро било опште мишљење, да су правна лица просте фикције. Тек у последње време осетио се и овде утицај немачке правне науке, тако да се правна лица почињу друкчије схватати³.

2. Друга теорија, која стоји у вези са првом, брише у опште појам правног лица. Кад су правна лица само законске фикције, кад она у ствари не постоје, онда нашто ће у опште тај појам? Уверење, да су правна лица чисте фикције, дало је храбрости неким правницима, да тај појам сасвим напусте. Напуштајући правна лица и избацујући их из правног система они који су то учинили, били су сад принуђени да празнину, која је отуда настала, нечим попуне. На разне начине се то покушавало да уради. Једини су покушали по угледу на школу природног права да преставе правна лица као обичне друштвене везе, као чисто формалну целину која је у суштини својој збир појединачних лица. На овом гледишту стоји на пример француски правник Planiol, који у правним лицима гледа само *propriété collective*, т. ј. у ствари и нема нове личности различне од чланова, већ постоји колективно имање, које припада једној групи људи.⁴ Овим схватањем није се могла објаснити ни попу-

¹ B. Lacantinerie, Traité théorique et pratique de droit civil, t. I (1907), p. 337.

² Видети преглед француског права код овог питања у Dr. L. Markovitch, Das Problem der Sonderrechte der Körperschaftsmitglieder (Berlin 1910) S. 98-106.

³ Видети Dr. L. Markovitch, op. cit. S. 121 ff.

⁴ Planiol, t. I, p. 946.

нити празнина, која настаје кад се сасвим одбаце правна лица. Свакидашњи живот пружа небројено примера за самостални живот људских удружења и људских установа. Просто негирање није научно објашњење. Ако нема правних лица, треба објаснити на неки начин оне социјалне облике, који се обично називају правним лицима.

То објашњење покушао је да да немачки правник Бринц. И по његовом мишљењу појам правног лица је један фиктивни појам. Он не постоји и зато га треба сасвим одбацити. У место нове правне личности Бринц истиче *циљно имање*, које не припада никоме у опште, али постоји *ради нечега*, и зато позитивно право поред личне имовине признаје и оваку имовину као једну особену врсту имовине за коју постоје нарочита правила.¹ Код тог циљног имања постоје права без субјекта. И овај покушај није успео. Док се стварна права, која припадају том имању, још и могу помирити с том идејом, дотле је за тражбена права, која би групи припадала, то већ знатно теже. Осим тога нетачно је, да може бити права без субјекта. А највећа нетачност, одакле проистиче погрешност ове теорије, јесте у томе, што се сматра као утврђено, да је само човек личност у праву, а то међутим није ничим утврђено.

Вреди да се нарочито помене и врло духовити покушај Јерингов, да се као субјекти права код правних лица обележе она физичка лица, они дестинатери, којима има да користи имовина правног лица и у опште целокупна та установа. Пошто је схватао субјективна права чисто материјалистички, као правно заштићене интересе, Јеринг је логички морао доћи до закључка, да је прави дестинатер сваког права само и једино човек. Права која има једно т. зв. правно лице, користе његовим садањим или будућим члановима. Практични разлози траже, да се према трећим лицима интереси целине не штите од појединих чланова, већ од једне у вештачку целину замишљене опште воље, која има да покрије све појединачне интересе. Правна личност међутим као таква, као целина, неспособна је да ужива. Она нема ни *интереса* ни *циља*. Према томе она не може имати ни права, пошто су права могућа само тамо где би она користила своје титулару. Право које никад не може да користи свом титулару, проста је шимера. Док се само привидно истиче правно лице

¹ *Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 3. Aufl. I, S. 224 ff.* Исто мишљење и *Bekker (Jahrbücher für die Dogmatik, XII, S. 1 ff.)*.

као титулар права, у суштини су прави субјекти права чланови групе или удружења.¹

И ако вешто постављена ова Јерингова теорија није успела да реши проблем. Самосталност и независност појединих социјалних облика и сувише је испољена, да би се правна лица могла рашчланити на своје чланове. Правни живот познаје целину као особеног правног субјекта. Тврдити да та целина не постоји, значи посматрати стварност са неког нарочито одређеног, субјективног гледишта, које може да буде релативно тачно с обзиром на полазну тачку, али које зато не мора да одговара стварности. Ово се у најмању руку може да замери Јеринговом схватању правних лица, и ако су неки правници тако рећи дизали у небеса Јеринга због овог учења.²

3. Трећа теорија, заснована на идејама германског права и прво формулисана од *Beseler*-а,³ па прихваћена и логички развијена од Гирке-а, јесте теорија реалне личности. По тој теорији правна лица су исто онако реална, као и физичка лица, као људи: она стварно постоје као што и физичка лица постоје. Учење ове теорије примили су поред германиста (Блунчли, Хојслер, Штобе) и многи други правници и правни философи међу којима има и романиста (Цителман, Дернбург, Јелинек, Георг Мајер, Ласон, Колер и други). Од правника ван Немачке: *Hauriou*, *Michoud*, *Chironi*, *Vivante* и други.

У појединостима, нарочито у образложењу постоје разлике између ових правника, али се сви они слажу у основној идеји, да правна лица нису фикције, већ да су то реалне личности. Нарочито је утицало на ширење овог учења сазнање и признање, да је појам правног лица у јавном и приватном праву један исти и да се вредност једне теорије о правним лицима огледа баш при примени њеној на корпорације јавног права, као што сасвим умесно примећује професор Гирке. Романисти су међутим стално избегавали да своје учење о правним лицима опробају у јавном праву, налазећи да је појам правног лица у приватном праву друкчији од одговарајућег појма у јавном праву — једно мишљење, које се ничим не даје правдати.

¹ *Jhering*, Geist d. röm. R. III, S. 216 ff; Zweck im Recht, I, S. 491. 451.

² Такав ватрени поборник и обожавалац Јерингов је и париски професор *Planiol* који сматра да је Јеринг својим учењем спасао част немачке науке(!). Видети *Planiol*, op. cit. t. I, p. 950.

³ *Beseler*, Deutsches Privatrecht, I § 66 ff.

У даљим редовима узеће се за основу теорија реалне личности, па ће и природа правних лица бити одређена с обзиром на ту теорију.

2. Суштина и основне црте правних лица.

Под правним лицем разуме се, као и под личношћу човека, правним поретком призната способност људског удружења или људске установе, да као *целина*, различна од чланова удружења или учесника у установи, буде субјектом права и обавеза. Та се лица називају *правним лицима* као антитеза физичким лицима, али назив није добар. И физичка и правна лица су *правна* лица у том смислу, што признање њихове личности зависи у крајњој линији од права. Међутим израз је уобичајен и њиме се хтелo, онда кад је створен, да покаже, као да правно лице није стварност, да је оно вештачка творевина ради правних циљева. Данас пак већина правника не сматра тако правна лица, али је назив задржан, пошто се већ одомаћио. У француском праву називају се *морална лица* (*personnes morales*). Грађански Законик употребљава такође тај израз у § 36.

Правна лица су стварна или реална лица, јер постоје стварно као и људи или физичка лица. Али за разлику од човека, удружења и установе људске појављују се као *сложене* личности. Као правни појам правно лице почива на једној апстракцији, али је та апстракција иста као и она код човека као личности у праву. Личност у праву, као што је напред изложено већ, јесте један чисто правни појам, добивен путем апстракције. То није ништа телесно, материјално, што би се чулима имало опазити. Чулима опажљив само је човек, у коме се одиграва и живот човека као појединца и живот феле, удружења или групе. Овај други живот може да опазити и схвати наше око тек дугим учењем и вежбањем, јер се тек на тај начин може да издвоји делатност човека као јединке и делатност његова као члана заједнице.¹ Основна погрешка раније доктрине била је у томе, што се полазило од недоказане поставке, да је личност у праву само човек. Кад се та поставка, коју су правници безуспешно покушали да оправдају природом субјективног права, одбаци и кад се посматра без икаквих предрасуда стварни живот у садашњости и прошлости, види се да доиста има две врсте личности у праву: *једноставне личности* (човек) и *сложене личности* (т. зв.

¹ Gierke, I, S. 471.

правна лица). Упоређење ове две врсте правних субјеката показује, да они имају нечега заједничког, сличног, а то је, да су подобни имати субјективна права. Другим речима они су обдарени јединачном вољом, која истина постаје на разне начине у унутрашњости саме личности (код човека је од природе дата, код групе се ствара путем организације) али која се у спољнем свету појављује на исти начин и у истом облику. Уз то долази и способност имати одвојене интересе, на чије задовољење су управљена субјективна права. Да и група може имати *својих* интереса, то је тако очигледно, да није потребно доказивати. Свакидашњи живот пружа небројено примера о томе. Кад се овако изведе упоређење између човека као личности у праву и групе као личности у праву, долази се до једног вишег појма, до општег појма *личности у праву*, који обухвата и правна и физичка лица.

Кад се дође до овог општег појма личности, онда се лако може увидети, да су и физичка и правна лица само правно-технички појмови. То су логичке форме, којима се помаже сазнање извесних правних појава. То су категорије у које разум упућује извесне правне облике, да би их лакше схватио. Из овога се види даље, да су и физичка и правна лица само апстракције, као што је и општи појам личности у праву чиста апстракција. Наравно, не треба мислити да се овим тврђењем пориче човеку као таквом материјалност и видљивост. Кад се каже, да је човек као личност у праву само једна апстракција, тиме се изражава само то, шта је човек са гледишта *правне логике*. Никако се тиме не мисли да одриче материјалност једном тако видљивом објекту спољнег света. Та материјалност је подлога на којој се заснива признање личности. Зато што је човек једно биће, обдарено извесним особинама, зато је он личност у праву. Те су особине на првом месту способност долазити у друштвени додир са сличним бићима, из ког додир под заштитом државе, постају субјективна права. У такав додир могу долазити и групе. Према томе за општи појам личности у праву карактеристична је и битна самосталност у спољнем свету, засебна егзистенција у погледу оних односа, који се правом регулишу. Чим се група једна индивидуализира, чим добије особени тип и парочиту организацију, тако да се не појављује више као множина, већ као јединка, самим тим стиче она и право да као особени правни субјект ступи у правни саобраћај. Што се тиче

пак материјалне подлоге, и група је материјална, као и појединци. Њена материја су људи или имање организовано, или и једно и друго. Међутим и овде је, као и код човека, појам личности у праву резултат једне апстракције.

Правна лица појављују се као личности у праву само на основу једног правног прописа, који им придаје тај карактер. Она нису, као што ни човек није, творевина објективног права, али и она, као и физичке личности, постоје само у толико као правни субјекти, у колико објективно право то признаје. И човек и група појављују се као засебне јединке, као особена бића у правном смислу те речи, и зато објективно право признаје обе врсте бића као личности у праву. У том погледу стоје физичка лица и правна лица на равној нози. Колико је за човека признање личности од стране законодавца битно и неопходно, толико је и за групу. Ако законодавац ствара од људи као природних бића једним својим актом личности, онда он то чини и са групом. Ако би људи и без учешћа државе и њеног правног поретка могли бити личности, — а то је немогуће — онда би и групе то исто могле. Неједнакости дакле нема у том погледу, али има неједнакости у нечем другом, а то је у поступку законодавчевом приликом проглашења човека и групе за личности у праву. Код човека налази законодавац и готову егзистенцију и готов организам, који тој егзистенцији омогућава самосталан живот. С тога се законодавац може задовољити једном општом одредбом као што је она у §§ 17 и 36, да су сви људи личности у праву. Природне и случајне неједнакости између људи изравњује законодавац донекле прво правилима о постепености којом се стиче пуноправна личност (детинство, пунолетство) и друго, установом старатеља и законских заступника у опште.

Код групе стоји ствар друкчије. Ту законодавац не може одмах да види самосталност и индивидуалност, нити има извесност о постојању организације која омогућава правну акцију групе као такве. Зато би била бесмислена једна општа одредба, којом би се свака група огласила за личност у праву. Место те опште одредбе постоји испитивање у сваком специјалном случају. У новије време са развојем друштвених облика то је испитивање генерализовано тиме што су постављена особена правила о групама, које желе да буду признате као правне личности. Та се правила односе на услове, које група мора да испуни да би се појавила као група, и друго на фактичку могућност само-

сталног и јединачног кретања. Оно прво се постиже захтевом, да група има чланове и имање, и један одређени циљ. Тиме се група индивидуализира. Ово друго постиже се прописивањем организације коју група мора имати, да би се омогућило њено кретање у правним односима. Кад оба услова буду испуњена, долази признање од стране државе као и код физичких лица.

Из свега овог излагања види се да су и човек, као једно природно биће, и група, као организовани скуп појединаца, у неколико слични и зато се дају са гледишта правне логике подвести под један општи појам личности у праву. Тај појам по својој садржини не покрива ни појам човек ни појам групу. Он је правно-технички појам и постаје упоређењем човека и групе са гледишта могућности ступања у правне односе. Отуда је целокупна теорија о фиктивним лицима без икакве вредности, јер полази од нечега што у ствари не постоји. И човек и група су *стварне, реалне* личности у том смислу, што доиста стварно постоје као правни појмови.

Али, као што је већ напред истакнуто, постоји осетна разлика између човека као личности у праву и групе. Јер док је код човека самостална егзистенција од природе дата, дотле је код правних лица приватног права та самосталност постала правном акцијом појединаца, под заштитом објективног права. Зато човек као личност у праву има у себи нечега природног и као по себи датог, док се група појављује више као нека вештачка творевина. Та је разлика пак за приватно право и правну логику безначајна (сем у питању прибављања неких личних права) и не допушта, да се једне личности називају правим, а друге само замишљеним или фиктивним лицима.

Старија доктрина је из ове црте правних лица међутим изводила, да су то фиктивне, замишљене личности, које у ствари не постоје, и да је свако правно лице вештачка творевина објективног права. Егзистенција једног правног лица почивала би на нарочитој привилегији, којом би се том уображеном бићу давала правна способност. Већ је напред утврђено, да је ово схватање погрешно. Држава само *признаје*, али не *ствара* правна лица. Она одређује претпоставке за признање правних лица и у том погледу је слободна и неограничена. Да ли ће бити више или мање услова, то зависи од позитивног права. Раније се за свако правно лице тражило особено одобрење, концесија (*lex specialis*), док се данас постављају општа правила за сва правна лица или

поједине врсте правних лица. У српском праву тражи се за акционарска друштва и за задужбине специјално одобрење.

Улога државне власти код постанка правних лица може изузетно да буде и стваралачке природе, као што је то случај код извесних установа, које сам закон ствара и оглашује их за правна лица (на пример државне банке, цркве, манастири, школе и т. д.). У таквом случају држава врши два различна посла. С једне стране она свршава све припремне радње и остварује све услове под којима је могуће да у опште постоји правно лице. При томе се држава не појављује као *власт*, као виши фактор. С друге стране она као израз *више* власти изјављује признање правне личности таквој једној установи.

3. Правни положај правних лица. Правна и пословна способност њихова.

Правни положај правних лица у начелу је исти као и положај човека, сем у случају где би разлике биле засноване с обзиром на различну структуру човека као просте личности и правног лица као сложене личности. Правно лице има своје име и ужива правну заштиту у погледу имена као и физичко лице. Правно лице има и грађанство, које се одређује према грађанству чланова и месту, где је домицил тог правног лица. У теорији преовлађује мишљење, да се грађанство одређује искључиво према домицилу. Као домицил сматра се место у коме је седиште управе. Од свих осталих околности, за које је изложено да утичу на правни положај човека, овде се може испитивати једино питање о саобраћајном положају правних лица. То се питање своди на питање о правној и пословној способности правних лица.

1. *Правна способност*. Самим тим што су људска удружења и установе признате за особене правне субјекте, призната им је и општа правна способност. Бити личност у праву значи имати општу правну способност. Према томе правна лица могу прибављати стварна и тражбева права. Тапије гласе на име правног лица, а она стварна права која се уписују у нарочите јавне књиге — баштинске или хипотекарне књиге — уписују се на име правног лица. Правна лица могу бити субјект обавеза, могу бити дужници. Она су способна да под својим именом воде трговачку радњу, да буду чланови у неком удружењу, које је такође правно лице (да буду акционари), а исто тако

и да буду учесници у јавном и командитном трговачком друштву. Могу бити и тестаментални наследници. Могу бити титулари ауторског права (путем преноса), а уживају и сва лична права, која имају физичка лица (право на част). Као што се види, правна способност правних лица није по нужности ограничена на имовинско право, и самим тим обара се теорија француског права, да је правна личност у суштини један облик сувојине — *propriété collective*.¹ Али као што је већ и напред поменуто, правна способност правних лица је у једном смислу ужа од правне способности човека, пошто правна лица не могу имати она права, која претпостављају код титулара човечију индивидуалност. То су породична права. Међутим с друге је стране њихова правна способност шира, јер правно лице има као такво особена права целине према својим члановима, која права појединци немају и не могу имати. Иначе обим правне способности може различито бити одређен према природи правних лица.

1. *Пословна способност*. Питање о пословној способности правних лица, о способности њиховој да предузимију правне радње, спорно је. Они правници који су сматрали и још сматрају правна лица као замишљена или фиктивни бића, без стварности, ти налазе да су правна лица потпуно лишена пословне способности и да се налазе вечито под старатељством.² У име и за правна лица вечито функционишу њихови заступници — пуномоћници. Модерне теорије, које не сматрају правна лица за фикције, већ за правна бића исто онако стварна, као што су и људи у својој особици правних субјеката, придају и правним лицима потпуну пословну способност. Оно прво схватање је несумњиво погрешно. Кад правно лице има општу правну способност, самим тим има и пословну способност, у колико ова не би била ограничена или сасвим одузета из једног особеног разлога, који се тиче не целокупне природе правних лица, већ појединих особина једног одређеног правног лица или одређене врсте правних лица. Кад би се узело да су *сва* правна лица лишена пословне способности, онда би се тиме имплицитно порицала и њихова правна способност у опште. А то нико данас не чини, сем правника, који су хтели сасвим да избаце појам правног лица из правног система и о којима је напред било

¹ *Planiol*, t. I, p. 947.

² Тако мишљење има од српских правника А. Ђорђевић, II, стр. 298.

речи. Чим се призна правна способност извесним бићима, самим тим признаје им се у опште и пословна способност. Признати прву, а једновременно одрећи на свагда другу — сасвим би неумесно било.

Што се тиче позитивног законодавства, новији законици оглашују изречно да правна лица имају потпуну пословну способност (§ 31 немачког и Art. 55 швајцарског законика). Грађански Законик нема одредбе, али нема ни прописа који би се противио томе, да се правним лицима призна пословна способност.

Кад правна лица имају потпуну пословну способност, остаје да се изближе одреди начин, како се та способност остварује. Свако правно лице мора имати нарочиту организацију, која омогућава јединачно кретање. Суштина организације састоји се у одређивању нарочитих лица, која имају да изражавају вољу правног лица као таквог. То су органи правног лица. Они се сматрају као законски заступници правног лица. У ствари однос између органа и самог правног лица није прост однос заступништва. Кад се каже да су органи законски заступници правног лица, тиме хоће само то да се изрази, да су органи овлашћени правно лице да престављају, и да све што у том својству ураде, вреди за правно лице, а не за органе. Однос пак између органа и правног лица је нарочити правни однос, за који постоје особени прописи. То је много тешњи и интимнији однос од простог заступништва.

4. Одговорност правних лица за радње органа.

Пошто правна лица тек преко својих органа улазе у правни саобраћај, то је логично да се сви поступци, сви акти органа имају сматрати правно као акти правног лица. Ово начело безусловно спроведено у питању правних послова или изјава воље, примењује се исто тако и на све недопуштене радње органа, којима би неко био оштећен. Правна лица су одговорна за сву штету, коју би нанели коме органи приликом вршења својих функција.

Римско право није признавало овај принцип. У римском праву корпорација није одговарала за деликте својих органа, пошто се сматрало да основ обавези на накнаду штете лежи у *кривици* учиниочевој, а правно лице као једна само замишљена личност, која стварно не постоји, у опште не може бити кривац

(l. 15 § 1 D. IV. 3.). Модерно право не схвата појам кривице у значењу психичком, већ у чисто *правном* значењу. А *правну* кривицу може учинити и правно лице, т.ј. и такво биће које није човек. Кад се правна лица сматрају као пуноважни правни субјекти, кад уживају пуну правну и пословну способност чудновато би било, да се њима пруже све благодети и користи правног саобраћаја, а да се не учине одговорним за радње својих органа. Кад органи чине што корисно, онда се тиме правно лице користи, а кад учине какву штету, онда да их се ништа не тиче! Из саме природе правних лица неопходно проистиче да и недопуштене радње њихових органа морају се сматрати као радње самог правног лица¹. Под речју „орган“ не треба разумети само она лица, која правно заступају једно правно лице, већ ту долази и техничко особље.

Начело да се радње органа, биле оне правне или противправне, сматрају као радње самог правног лица и да све последице, које отуда проистичу, погађају правно лице, изречно је признато у модерним законцима, у немачком (§ 31) и швајцарском (Art. 55) законнику. Грађански Законик нема одредаба никаквих, али се ниједна одредба и не противи том начелу, које је засновано у самој природи правног лица.

Правило ово примењује се подједнако и на правна лица јавног права, на државу и самоуправна тела. У том погледу нема никакве разлике између корпорација приватног права и корпорација јавног права. Али држава и остале корпорације јавног права врше поред приватноправних функција и чисто јавноправне послове, при којима се орган државни појављује као власт, која заповеда, а грађанин пак као онај који слуша. Да ли се одговорност државе за радње својих органа простире и на те случајеве, у којима орган врши јавну власт, па том приликом учини једну недопуштену радњу, којом оштети приватна лица? На ово питање не може друкчије да се одговори, него што одговор гласи за напред изложени случај. Нема никаквог разлога не учинити државу одговорном за јавноправне акте њених органа, кад та одговорност постоји у погледу приватноправних аката. Из природе правног лица то проистиче и није потребан изречан законски пропис којим би се утврђивала одговорност

¹ Противног мишљења А. Ђорђевић (II, стр. 301) који налази, да је правно лице неспособно по природи својој да учини недопуштену радњу и да према томе оно не одговара за штету, коју би нанели органи његови.

државе. Противно мишљење за српско право има Dr. Аранђеловић¹ нарочито с обзиром на пропис § 66 закона о чиновницима у коме стоји: „Чиновник који је неправилним вршењем своје дужности кога оштетио, одговара за штету.“ Међутим у овом пропису не каже се да држава не одговара, већ се каже само то, да је чиновник одговоран. Поред чиновничке одговорности, која је практички тешко остварљива, услед слабог имовног стања чиновника, постоји и одговорност државе. Само у случају кад би изречном законском одредбом била искључена одговорност државе, само онда таква одговорност не би постојала, а такву изречну одредбу не садржи српско право.²

5. Врсте правних лица.

1. Сва правна лица могу се поделити на *јавна лица јавног права* и *јавна лица приватног права*. Која правна лица долазе у јавно право, о томе се налазе прописи у јавном праву. Начелно се може рећи, да у ту групу правних лица долазе осим државе сва она удружења и установе, које за државу имају особити значај и о којима се држава нарочито стара. То су на првом месту оне мање заједнице, уоквирене у државну заједницу (окрузи, срезови, општине), које испуњују једновременно и државне циљеве и функције (§ 59). Ту долазе затим и све јавне установе, које би држава основала ради остварења нарочитих државних циљева и задатака (Управа Фондова, Универзитет и т. д.). За сва правна лица јавног права вреде исти прописи, који и за приватноправне субјекте, кад год су у питању чисто приватни односи.

Сва остала правна лица, која не дугују за свој постанак држави и која не врше никакве државне задатке нити стоје у нарочитом односу зависности према држави, јесу правна лица приватног права. О тим правним лицима биће овде говор.

2. Правна лица деле се даље према својој унутарњој природи у две главне групе: *људска удружења (корпорације)* и *људске установе*. Под удружењем разуме се, као што сама реч

¹ Dr. Драг. Аранђеловић, О одговорности државе и чиновника за штету коју чиновник учини у вршењу званичне дужности (2. издање 1912).

² Остали аргументи Аранђеловићеви такође се не могу усвојити. Пропис чл. 23 Устава, да сваки грађанин може тужити чиновника суду без ичијег одобрења, говори о другој ствари. Из тог прописа се не може извести неодговорност државе. Пропис чл. 20 и 22 закона о судијама од 1901, по коме држава не одговара за рад судија, јесте изузетан пропис, који важи само за судије а не и за остале чиновнике и у опште државне органе.

каже, скуп људи који се ради извесног циља конституисао у нарочиту целину, различну од чланова. Људске установе су извесни социјални облици који постају било приватним радом и учешћем грађана, било пак да их ствара држава непосредно на основу законског прописа, а ради остварења извесног циља. Кад установа потиче од приватног лица и има за циљ испуњење неког хуманог, побожног или културног дела, говори се о *задужбини* или *фонду*. Ако је пак држава створила установу, то је *завод*, било научни, просветни, привредни или опште културни.

Грађански Законик нема ни општих ни посебних прописа о правним лицима, као што их садрже модерни законици, немачки (§§ 21—89) и швајцарски (Art. 52—89). О појединим врстама правних лица налазе се пак изречни прописи, као што ће то на свом месту бити изложено.

І. Удружења.

1. Појам и суштина удружења.

Под удружењем се разуме заједница више лица, која се појављује као особена правна личност различна од личности чланова, а оснива се ради постижења одређеног циља. Удружење треба оштро издвојити од *друштва* или *ортаклука* (*societas*) који појам означаје механички збир више лица без нарочите индивидуалности, одвојене од личности учасника. Код удружења, која су призната као правна лица, постоји нарочита личноправна веза између удружења као целине и појединих чланова. Има и других момената којима се удружења као правна лица разликују од обичног друштва, али је данас призната ствар, да се питање о томе, да ли је једна заједница просто друштво, ортаклук, само правни однос, или је пак удружење као особена личност у праву, решава с обзиром на постојање или непостојање тих личноправних веза између целине и чланова.¹

Особине су удружења, да се у њему заједница персонификује, док код друштва или ортаклука права и дужности друштва везују се за личности другара. Удружење има своја сопствена права и дужности, која нису везана за личности другара и постоје без обзира на промене у личностима. Што се дугује

¹ У свом чланку „О правној природи јавног трговачког друштва“ (Архив, III, 390) ми смо истинили као критеријум други један моменат, којим се донста одликује правно лице али који није у ствари тако карактеристичан, као овај овде изнет.

удружењу, не дугује се члановима његовим, што се дугује члановима, не дугује се удружењу. *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, et quod debet universitas, singuli non debent* (l. 7 § 1 D. III, 4). Чланови могу имати тражбине према удружењу, као и бити дужници удружења. Они могу прибављати стварна права на стварима удружења, као што и удружење може имати права на стварима чланова. Са овим не стоји у супротности то, што код неких удружења чланови одговарају за дугове целине. Та је одговорност изузетна појава и постоји непосредно према друштву, а не према трећим лицима. У споровима удружења поједини чланови не сматрају се као странка и зато нема изузимања ни искључења од суђења. Изузетак би постојао, кад би један члан био и сувише заинтересован привредно (има готово све акције) у ком случају може бити изузимања (в. § 52 т. 1 Г. С. П. по коме може бити изузећа „ако је у парници, која се води, интересиран судија“).

Грађански Законик нема никаквих општих ни посебних прописа о удружењима. У место тих општих одредаба постоје нарочити закони за поједине врсте удружења, из којих се прописи изводи оно што је опште и типично за сва удружења. То су: Закон о акционарским друштвима од 1896, Закон о занатским и пољопривредним задругама од 1897 и Закон о задругама за узајамно помагање од 1902. Постоји осим тога и један општи закон о зборовима и удружењима од 1891, који је чисто политички закон и има врло мали значај за приватноправне односе удружења. У њему су развијени принципи, које је Устав од 1903 (односно 1888) поставио у погледу удруживања и који су врло либерални. На основу свих тих прописа изнеће се овде само главне правне одлике удружења.

2. Оснивање удружења.

Питање о оснивању удружења није једнолико решено у српском праву. То долази отуда, што Грађански Законик, као што је већ напоменуто, и нема општих одредаба о удружењима. Кад се све законске одредбе, које говоре о оснивању појединих врста удружења проуче, види се да има три различна система.

1. Као први и општи систем може се сматрати онај што је усвојен у Закону о удружењима од 1891 године. Тај се систем увек примењује кад није у питању какво удружење, за

које постоје особени законски прописи. Само је штета, што по својој суштини тај систем у опште и није никакав систем.

Према чл. 32 Закона о удружењима (чл. 25 Устава) никакве превентивне мере не постоје у погледу оснивања приватно-правних удружења. Оснивање удружења зависи искључиво од воље приватних лица. Закон не садржи никакве одредбе ни о броју чланова, односно оснивача, тако да се мора узети, да су и три лица довољна за оснивање једног удружења. Али је тај број минимум, пошто два лица не одговарају појму и природи удружења где решава већина гласова. Удружење од два члана врло често би било у немогућности да изјави своју вољу. Заједница са таквом битном маном не може се сматрати као удружење. У чл. 37 прописано је, да свако удружење има да објави путем штампе своје уређење, свој статут или правила. Из овога се види, што у осталом истиче и из саме природе удружења, да свако удружење мора имати нарочита правила или прописе о својој организацији и свом функционисању. Та правила састављају сами оснивачи и она су обавезна за све чланове удружења. Статут удружења мора се дакле објавити одмах при постанку удружења. Објава статута нема правног значаја за сам постанак удружења као таквог, јер у закону није прописано, да удружење правно постоји тек од тренутка објаве статута. Систем погрешан, јер се не одређује никакво видљиво мерило према коме би се знало, да ли удружење правно постоји или не и од ког момента постоји. Закон није прописао ни то, где се статут имају објавити, да ли у новинама (званичним или приватним) или је пак довољна објава у засебној књижици, која би се растунала, или пак објава плакатима.

2. За нека удружења, која постоје на основу специјалних закона, предвиђен је *систем уписа* у регистар удружења. То важи за земљорадничке и занатске задруге према Закону од 3. децембра 1898 и задруге за узајамно помагање према Закону од 13. фебруара 1902 године. И ова удружења оснивају се слободном акцијом грађана, нити је какво одобрење од власти потребно. Закони прописују као услов за оснивање само то, да оснивачи (треба да их је најмање десет) имају да поднесу првостепеном суду пријаву за упис удружења у задружни регистар. Суд је дужан да упише сваку задругу, која је испунила законом прописане услове у погледу састава правила и организације удружења. Једна задруга правно постоји од дана увођења у регистар

друштвени. Овај систем је врло добар, он продире све више и више у позитивно законодавство и треба га усвојити као општи систем за све врсте удружења. Као што човек одмах по рођењу мора да буде уписан у нарочите књиге рођених, тако би требало то прописати за сва удружења, била она са идеалним или пак са материјалним циљевима.

3. Нарочити систем постоји за акционарска друштва према Закону од 10. XI . 1896 године. По чл. 5. тог закона акционарско друштво може се основати само по одобрењу Министра Народне Привреде. По чл. 9 министар одобрава оснивање, ако су испуњени сви услови из Закона о акционарским друштвима, сем ако не би нашао, да је предузеће, ради кога се друштво оснива, противно законима или земаљским интересима. Министар има у том питању дискреционарну власт. Оснивачи према томе немају никад право на одобрење. Закон о акционарским друштвима усвојио је, као што се види, систем концесије, који је раније био општи систем за све корпорације. Сумњиво је питање, да ли је овај систем у сагласности са Уставом, који у свом чл. 25 прописује, да се никакве превентивне мере не могу ни законом установити, а у чл. 201 наређује, да престају важити сви прописи, који би били у супротности са Уставом.¹

3. Организација удружења.

Закон о удружењима не садржи никакве прописе о организацији удружења. Он наређује само то, да свако удружење мора имати статут или правила, и да се та правила имају јавно обзнанити. Специјални закони садрже подробне податке о органима удружења и о њиховом функционисању, Има три главна органа: *управни одбор, збор чланова и надзорни одбор.*

а) *Управни одбор* или *управа* јесте један орган, који свако удружење мора имати. Управа се састоји из најмање три члана. Бирање чланова управног одбора врши се на начин прописан статутима, обично на годишњем збору чланова. Што се тиче функција управног одбора, оне су такође обично побројане у статуту. Правило је, да управни одбор представља удружење с поља и изнутра. Он је законски заступник удружења и врши све редовне и текуће послове за удружење и у име његово.

б) *Збор чланова* је врховни орган удружења. Он одлучује о свима важнијим питањима, нарочито о промени правила. Збору

¹ Видети о томе *Dr. Л. Марковић*, Проблем правних личности, loc. cit.

чланова подноси се извештај од стране управе о раду у свакој години и тај извештај има збор да прими или одбаци. Збор чланова поставља и све органе удружења: чланове управног и надзорног одбора. Он се састаје сваке године у редован сазив, а по потреби се може у свако доба сазвати. Ближе податке о томе садржи статут сваког удружења.

в) *Надзорни одбор* се налази само у неким удружењима. Удружења која су регулисана специјалним законом морају имати и надзорни одбор. Што се тиче осталих удружења за њих закон о удружењима не садржи никакве одредбе у погледу надзорног одбора, јер он у опште нема прописа о организацији удружења. Према томе надзорни одбор је ту један чисто факултативни орган. Функције надзорног одбора су одређене статутом. Главна је дужност надзорног одбора, да прегледа и контролише рад управног одбора и да о томе подноси извештај збору чланова.

4. Правни положај чланова.

Чланство у удружењу је једно особено право које долази у категорију личних права. То је у ствари једно правно стање, које има све карактерне особине субјективног права. Ступањем у удружење, под условима предвиђеним статутом, појединац с једне стране стиче овлашћење да се користи свима бенефицијама, које су дате члановима, а с друге стране прима обавезу да ће чинити све оно, што су чланови удружења дужни чинити. Једна од главних обавеза је плаћање улога, којим удружење прибавља материјална средства. Али има удружења у којима се не тражи никакав улог. Као што се види чланство представља скуп права и обавеза чланова. Сва та права и обавезе утврђене су статутима и зависе према томе од самог удружења. Збор чланова може да промени статуте и да тиме лиши чланове једног права. Ова власт целине није међутим неограничена. Има извесних овлашћења чланских, која проистичу из саме природе једног удружења и која ни сам збор не може члановима одузети. Која су то права, одређује се према природи удружења а с обзиром на статут њихов. Код акционарских друштава то би било на пример право на дивиденду. Такво једно особено право (*Sonderrecht*) је бесумње и само чланство као правно стање. Према томе не може бити произвољног искључења из чланства, сем у случајевима предвиђеним статутом и под условима тамо одређеним. Али свакојачко да искљученом остаје право да се на такву

одлуку жали редовном суду, који ће имати да цени умесност одлуке са гледишта материјално-правног. Не зависи од удружења да ли ће неко бити и даље члан његов, као што су мислили неки правници, сматрајући да је то питање аутономије удружења и да је судска интервенција по самом закону искључена. Такво гледиште не би се могло примити, јер су овде у питању чисто правни односи, па је за њихово расправљање у крајњој линији позван суд.

Чланство је у неким удружењима, нарочито у оним са идеалним циљевима, непреносиво и ненаследиво. У другим пак удружењима, која су привредног карактера, чланство се сматра претежно као имовинско право и зато је и преносиво и наследиво. Ближи прописи о преносу налазе се у статутима сваког удружења.

5. Престанак удружења.

Као што је личност човекова временом ограничена, тако исто и удружења трају извесно време па престану постојати. Неко удружење може се основати с намером да вечито траје, па ће ипак престати постојати ако наступе извесни догађаји, које никаква људска сила не може спречити. Ближе одредбе о случајевима, када једно удружење престаје постојати, налазе се у статуту удружења. Као општи узроци престанка могу се навести ови догађаји: а) кад циљ удружења буде остварен, сем ако збор не реши да се узме други неки циљ и да удружење и даље постоји; б) кад већина реши да се удружење растури; в) кад број чланова буде сведен испод минимума.

Кад престане удружење обично се још за извесно време продужује трајање његово ради свршавања текућих послова и пречишћења свих правних односа удружења. То је *ликвидација* удружења, која се врши по правилима предвиђеним у статутима.

II. Задужбине.

1. Појам задужбине. Оснивање задужбине.

О задужбинама као нарочитим хуманим установама, које су признате као личности у праву, не говори ништа Грађански Законик. Ту празнину је попунио нарочити Закон о задужбинама од 14. јануара 1912, којим су поред извесних јавноправних односа у главном расправљена и сва питања из приватног права.

По одредбама тог закона (чл. 1) задужбине су добротворне установе и фондови, које су поједина лица, физичка или правна, трајно основала својим имањем у каквом побожном или опште културном циљу. Из ове дефиниције испало је означање, да су задужбине правна лица, али се из чл. 7 то види, у коме су задужбине признате као особена правна лица.

За оснивање задужбине треба да су испуњена ова два битна услова: да постоји *изјава воље* оснивача задужбине о оснивању њеном и да је држава дала *одобрење*.

а) Што се тиче изјаве воље или правног посла којим се оснива задужбина (Stiftungsgeschäft), она може потећи од физичког или правног лица. За ту изјаву воље важе општа правила о правним пословима. Што се тиче ипак садржине те изјаве, закон је прописао две ствари, које таква изјава мора садржати, да би се сматрала као пуноважан акт оснивања задужбине. На првом месту у изјави мора бити означен циљ, ради кога се задужбина оснива. На другом месту у изјави се мора налазити тачно означање оне имовине, која се намењује задужбини ради постижења тога циља (чл. 1 и 2 Закона о задужбинама). Чим то двоје садржи изјава, она је довољна подлога за даљи рад у циљу оснивања задужбине.

Закон је прописао и нарочиту форму за изјаве о оснивању задужбине. По чл. 2 изјава се има учинити у писменом акту који ће оснивач сам написати и потписати. Иначе у недостатку оваког акта изјава мора бити оверена од полициске или судске власти. Осим тога изјава се може учинити и у тестаменту, односно кодицилу, и онда важе у погледу форме општи прописи о форми тестаментa и кодицила. Овде треба нарочито напоменути, да не постоји задужбина, кад се неком остави, завешта извесно имање или сума новаца с тим теретом, да га употреби на један одређени циљ. У таквом случају није господар имања задужбина као особена правна личност, већ је власник имања то лице, само што је оно ограничено у погледу управљања и располагања имањем.

б) За одобрење задужбине од стране државне власти прописана је доста сложена процедура. С једне се стране хтелo, да се не прима свака задужбина, да се води рачуна о извесним моралним обзирима, а с друге стране пак тежило се искључењу сваког пристрасног и самовољног одбацивања корисних и потребних задужбина. По чл. 3 свако оснивање задужбине треба

да прими надлежни министар, према природи оног циља, који се хоће задужбином да постигне. На предлог министров задужбину има да одобри и краљ у споразуму са Државним Саветом. Ако је задужбински циљ религиозне природе тражи се још и одобрење архијерејског сабора. Ако прво одобрење које даје министар, не би било дато, оснивач задужбине (или пак извршилац његовог тестаментa) може се жалити Државном Савету у року од године дана од дана саопштења министровог решења. Ако пак Државни Савет односно краљ неће да одобре оснивање задужбине, оснивачу не остаје никакво правно средство против тога.

Једна задужбина правно постоји од дана одобрења. Од тога момента она је самостални правни субјект, који стиче у своје име права и обавезе. У немачком праву (§ 84) прописано је да се задужбина, која би била основана тестаментом, сматра да је основана, у погледу имања које би њој било намењено, и пре смрти оснивачеве, ако би одобрење од државне власти било дато после смрти његове. Ова фикција је потребна зато, да би задужбина могла бити наследником или легатаром умрлога, јер као што је познато, само онај може бити наследник, који правно постоји у тревутку смрти *de cuius*-а (§ 52 српског законика). У српском праву нема сличне одредбе и сумњиво је питање како би се спор решио, кад би неко оспорио важност завештања једној задужбини, која још није добила правну егзистенцију (в. § 43 где је расправљен сличан случај за новорођанчад).

Свака одобрена задужбина уписује се у нарочити регистар задужбина, који се води код првостепених судова. Одобрење за оснивање задужбине тражи и пријаву за упис подноси сам оснивач, или ако он није у животу, старатељски судија, ако то не би учинили наследници или извршиоци тестаментa.

Кад задужбина буде одобрена, она постаје обавезна и за оснивача, од које он не може више одустати ако је у животу (чл. 6). Иначе све док не буде дато одобрење оснивач задужбине може пуноважно одустати од своје учињене изјаве. Одустанак се има изјавити пред истим министром, где је и одобрење тражено. У немачком праву може и наследник оснивачев одустати од изјаве оснивачеве. Према § 81 наследник може одустати у случају кад још није поднета молба за одобрење задужбине. Српско право није расправило ово питање. Изгледа да је са гледишта правне технике правилно усвојити решење не-

мачког права, па наследницима оснивачевим дати право одустанка, ако још није тражено одобрење. Међутим са гледишта правичности боље је не дати наследницима то право.

Чим задужбина буде одобрена, оснивач или његови наследници дужни су да пренесу одређено имање на задужбину, која се према чл. 7 сматра као особена правна личност. Од тог момента задужбина има тражбено право према оснивачу или његовој наследној маси на уступање оног имања, које је задужбини намењено у изјави о оснивању задужбине.

2. Организација задужбине. Престанак задужбине.

Свака задужбина према чл. 8 мора имати једно или више лица, која ће имањем задужбине управљати и задужбину представљати пред судом и изван суда, у границама власти коју им дају правила задужбине, што их је оснивач прописао. Ако оснивач није прописао та правила, онда ће их прописати надлежни министар по предлогу задужбинског савета. Органи задужбине дужни су да управљају њеним имањем као брижљиви домаћини. Они за свој рад одговарају пред надзорном влашћу.

Ако се према промењеним друштвеним или другим приликама покаже да је немогуће остварење циља коме је задужбина намењена, може се променити одлука добротворова и задужбинско имање наменити другом сличном циљу. Ово продужење задужбине с промењеним циљем вршиће се увек законодавним овлашћењем. На случај пак да у изјави о оснивању задужбине није изближе одређен циљ, одредиће се непосредни и ближи циљ задужбине краљевским указом на предлог надлежног министра, а у договору са Државним Саветом.

Ако оснивач није наредио, ко ће управљати задужбином, онда ће њом управљати министар који је надлежан према циљу задужбине. Министри управљају и оним задужбинама које су њима изречно поверене на управу од стране самог оснивача.

Ако постоји већи број задужбина и то важних, како по циљу, тако и по својим имовним средствима, онда се при министарству има образовати задужбински савет као помоћни и саветодавни орган министров. Ако при неком министарству нема задужбинског савета, послове његове врши савет при Министарству Просвете, који се у сваком случају мора образовати. Задужбински савет има седам чланова, од којих је један члан Државног Савета, а други Касационог Суда. Остала петорица бирају се из

разних редова грађанства. Задужбински савет има и ту важну функцију, да води надзор над управљачима задужбина.

Задужбина престаје постојати, кад нестане имања, као и кад стечај над њеном имовином буде отворен. Ако се циљ задужбине оствари, или се покаже да је остварење његово немогуће, задужбина остаје и даље, само се путем закона одређује нови циљ.

III. Заводи и установе.

Под заводима и установама разумеју се неки нарочити социјални облици, који постоје на основу закона, и чија се организација такође утврђује законом. Та су правна лица обично мешовитог карактера, више долазе у јавно, него у приватно право. Али се она појављују и као приватно-правни субјекти и у том погледу су изједначена са осталим правним лицима. Ближе одредбе о постанку њиховом, организацији и престанку налазе се у оном закону, који их је установио. Пример за оваке установе су: Управа Фондова, Универзитет и т. д.

ПРАВНИ ОБЈЕКТИ.

О правним објектима у опште.

Као и у претходној глави код питања о правним субјектима, тако су и овде у питању, шта може бити објектом права, ко је и шта је управо објекат права, мишљења подељена. Једни правници сматрају, да се под објектом права разумеју она животна добра, на чије је уживање управљена воља, садржана у појму субјективног права. По том мишљењу предмет права су *ствари* и *људске радње*, које имају вредности. Људи само посредно могу бити предмети права, у случају кад су у питању људске радње. Ово мишљење је највише распрострањено и заступа га већина правника.¹ По том мишљењу се и стварно право карактерише као однос лица према ствари, а не као однос лица и лица. Тражбена права су права на *радње* људске, на чинење и нечинење. Други правници полазе са гледишта, да право регулише искључиво односе између људи, а тек посредно и односе између људи и економских добара. С тога они налазе, да се под

¹ Тако мисле на пример ови правници: *Bekker*, Pand. I, § 20; *Kohler*, Bürg. R. I, S. 147; *Dernburg*, Pandekten, I, § 22.

предметом или објектом права не може ништа друго да разуме до једна индивидуална воља, која је потчињена вољи садржаној у појму субјективног права. Другим речима објект правни може бити само оно биће, које је објективним правом признато за носиоца слободне воље. То значи, да су објект права иста она бића, која могу бити и субјектом права.¹ А кад се има у виду напред изложено схватање субјективног права као једне појаве са два лица: *овлашћење* и *обавеза*, долази се до тога, да се оно биће, које постаје објектом правним, објектом овлашћења, једновремено претвара у субјекта обавезе, која том овлашћењу одговара.

Сматрајући овако објекте права, ово мишљење труди се да постави ближа правила о одређивању тих објеката. Услед различне природе субјективних права има два начина за одређивање правног објекта или обвезаног лица. Или је субјективно право управљено према свакоме, тако да је обвезани субјект у ствари неодређен. Право је управљено *in incertam personam*. Чим пак једно лице повреди оно овлашћење садржано у појму субјективног права, или пређе у сферу која је том праву одређена, одмах је тиме изближе одређено оно лице, против кога је право управљено и према коме се реалише. Не значи по овом схватању то, да је право управљено према сваком светском грађанину, према множини правних субјеката, као што то замера Дербург присталицама овог мишљења. Право је управљено према једном неодређеном лицу, које се ближе одређује тек повредом права. Овако неодређени објекти постоје код свих стварних права. Поред овог начина може обвезано лице и непосредно да буде одређено. У таквом случају предмет субјективног права је обично само једно одређено лице, само оно и нико други. То је случај код свих тражбених права.

На питање, које је од ова два мишљења боље, не може се са сигурношћу одговорити. Једно је неоспорно, да је овде ствар конструкције и да у суштини оба мишљења изражавају једно исто, само на разне начине. И ово друго мишљење, које под објектом права замишља увек једно лице, једну потчињену вољу, и то мишљење води рачуна о оном животном добру, које доводи у везу два субјекта. Власт воље једнога субјекта према

¹ Тако: *Gierke*, Bd. I, S. 257; *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht. S. 161 ff; *Windscheid-Kipp*, Pandekten, I, § 38; *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, I, S. 239 ff.

другоме није нешто празно, без икакве садржине, већ она увек има одређену садржину. Она се редовно попуњује једним животним добром. Сва разлика између горња два мишљења своди се на то, што једно мишљење замишља и схвата ово животно добро као непосредни објект права *испред* обвезаног субјекта. Обвезани субјект повлачи се у позадину, а истиче се онај животни интерес, оно животно добро, на које се односи обавеза тог субјекта. Друго пак мишљење схвата то животно добро као посредни објект *иза* обвезаног лица. На прво место се истиче лице, које је обвезано, а тек у позадини се налази оно животно добро, на које се обавеза односи. То се врло лепо види на праву својине, које се може схватити или као власт воље *према сваком трећем лицу* у погледу одређене ствари, или као власт *на ствари* у погледу трећих лица. Обе конструкције изражавају на крају крајева једну исту идеју. То је лепо уочио *Гирке*,¹ коме има да се захвали што су супротности изравнате и што су се оба мишљења *in honore* помирила.

У пракци пак оно прво мишљење претеже као изразитије, јер људски дух обично ће пре усвојити ону форму мишљења, која је сликовнија и која боље одговара лајичком нестручном мишљењу. И зато се код стварних и у опште свих апсолутних права, она неодређена обвезана лица потискује у страну, па се предмет, који доводи у везу два лица (субјект и објект) истиче напред као непосредни предмет права. Код тражбених и свих релативних права истиче се напротив само лице као правни предмет. Овде ће бити говора само о животним добрима, различним од лица, као правним објектима. Та животна добра су делови аорганске или органске природе (сем човека), који се називају *стварима*, или су то пак поједине *људске радње*, које имају привредне или пак чисто личне вредности, или најзад и сама *субјективна права* као таква. Најважнији правни објекти су ствари и о њима треба нарочито говорити у Општем Делу грађанског права, јер ствари имају непосредне и тесне везе са свима приватним односима. Људске радње и субјективна права као таква заслужују међутим такође да се спомену као правни предмети.

¹ *Gierke*, Bd. I, S. 259.

I. О стварима.

1. О стварима у опште.

Књижевности: Г. Гершић, Нешто о стварима и њиховој деоби по грађ. законнику (Право I, стр. 247).

Под ствари у ширем смислу разуме се све оно што се у опште може замислити. Тај појам ствари је неупотребљив за право. У другом једном ужем смислу под стварима се разуме материја, коју даје природа и која је неопходна за одржање човечијег организма. Човек је упућен на природу и прибављајући добра, која природа даје у разним облицима, везан је за законе, који владају у друштву, у држави. Та природна добра називају се стварима у једном нарочитом, чисто правном смислу. Са гледишта природних наука ствар је аноrganска материја. Са гледишта права може и органско биће бити ствар, под условом (§ 182 Г. З.) да оно није човек и да може човеку да послужи ради подмирења макакве потребе. Према томе као ствари у правном смислу могу се сматрати сви делови природе, који могу бити потчињени човечијој власти, а служе каквој људској потреби. Грађански Законик у § 182 описао је ствари чисто негативним путем, као „све оно што није човек, а на потребу човеку служи“. Ту одредбу треба допунити одређујући изближе оно, што чини суштину ствари. Зато се ствар описује као *део* природе, који се налази у таквом стању, да је човек у могућности, да га потчини својој власти. Сунчана светлост на пример је неопходно потребна човеку, али она у начелу искључује власт човечију над собом и према томе не може се сматрати као ствар у правном смислу.

Али услед онако широке одредбе у § 182 треба истаћи, да појам ствари није ограничен само на материјалну природу и њене делове. Српско право за појам ствари не тражи материјалност. Поред чисто материјалних ствари постоје и нематеријалне или „бестелесне“ ствари, како их Грађански Законик у § 184 назива. У те ствари улазе људске радње, као и сама субјективна права као таква. У ствари већина правних прописа о стварима примењује се искључиво на телесне или материјалне ствари и оне ће се овде првенствено и испитивати. Модерно право сматра да су ствари у правном смислу речи једино телесни предмети (§ 90 немачког законика).

Као општа особина ствари може се истаћи њихова способност да могу послужити ма каквој човечијој потреби. Да би се нешто сматрало као ствар у правном смислу није нужно да има одређену форму, нити је нужно да се баш чулом пипања мора опазити, као што је то тражило римско право (*res corporales eae sunt, quae sua natura tangi possunt*). Сва су чула у том погледу једнака. С друге стране све оно што се чулима може опазити не долази под појам ствари.

Поред ових општих начела о стварима има и неколико сумњивих случајева, где се дискутује, да ли постоји ствар у правном смислу или не. То су ови случајеви:

а) *Електрична струја*. Питање да ли је и електрична струја телесна ствар, спорно је у праву. Многи правници¹ сматрају, да је електрична струја једна снага, једно стање или још боље, по формули Киповој, да је она појава *на* ствари, а да сама није ствар. Природне науке чине разлику између материје и снаге и према томе електрична струја не може бити ствар, пошто је она снага, а не материја. Зато се правна заштита електрике има тражити другим путем, а не тиме, што ће се струја огласити за телесну ствар. У немачком праву, специјално у кривичном праву ово гледиште је признато као тачно, јер је донет нарочити закон 9. априла 1900 год. о крађи струје. Други правници,² пак налазе да је и електрична струја, и ако се појављује као снага, у ствари телесна ствар, јер снаге нема без материје. Материја и снага само у мислима могу се издвојити. Стварно су оне оличене једна у другој. За српско приватно право ово питање данас нема велике практичне вредности, јер Грађански Законик не тражи у § 182 материјалност као услов за појам ствари, да би било места истраживању, је ли електрицитет нешто материјално или не. Али ако се појам ствари ограничи само на телесне предмете питање ће постати и у српском праву актуелно. Изгледа да је боље решити га у том смислу, да је и електрична струја телесна ствар. Међутим Казнени Законик као да је стајао на другом гледишту, јер је законима од 13-V-1902 и 17-XII-1910

¹ *Regelsberger*, Pandekten, I, S. 365; *Endemann*, Bürg. Recht, I, § 50; *Kipp bei Windscheid*, Pandekten, I, S. 960.

² *Dernburg*, Bürg. Recht, Bd. III, § 3; *Gierke*, Bd. II, § 31; *A. Pfleghart*, Die Elektrizität als Rechtsobjekt, 2 Teile (1901 и 1902); *Budde*, Recht und Energie (1902); *Kohlrausch*, Energie des elektrischen Stromes (1900).

допуњен § 221 К. З. у том смислу, што је одређено нарочито кривично дело крађа струје у § 221 б. К. З.

б) *Тело живог човека и његови делови*. Тело живог човека није ствар у правном смислу. Оно се сматра као део човечије личности. Услед тога и оно, чиме би тело вештачки било допуњено, не долази под појам ствари. Према томе вештачке ноге, зуби, вилице ако су у вези са човечијим телом, не сматрају се као ствари нити би се могле узети у попис. То би важило и за перику на случај да је она неопходна. Одвојени делови тела могу бити предмет правних односа, дакле сматрати се као ствари. Тако, коса ма како скупоцена била, до одвајања није ствар. Чим се одсече постаје ствар и прелази наравно у својину онога са чијег је тела скинута.

в) *Леш човечији*. Питање о томе, да ли се и леш има сматрати као ствар спорно је у теорији. Грађански Законик није то питање предвидео. *Дернбург*¹ сматра леш као ствар у правном смислу и допушта да човек њиме располаже. Наследници пак немају право на леш. Леш је ствар без господара (*herrenlos*) али окупација није ипак допуштена. На супрот овом мишљењу *Гирке*² истиче, да леш није ствар, већ као остатак личности умрлога постаје објектом једног особеног личног права његових заосталих сродника. Као материјална ствар долази *extra commercium*. Ово друго мишљење изгледа да је правилније. У пракци пак дешава се, да и леш буде предмет продаје или поклона, нарочито у циљу научног испитивања. Али је сумњиво, да ли такви правни послови важе. Што се тиче скелета и мумија они се сматрају као ствари и налазе се у у правном саобраћају.

2. Подела ствари.

По својим унутарњим особинама и по улози, коју имају у привредном саобраћају, ствари могу бити врло различне, па су зато и правни односи на њима разнолики. Грађански Законик нарочито констатује ту разноликост у § 183 и чини поделу ствари у особене категорије, ради правилније примене прописа, који се односе на ствари. Том деобом добивене су следеће категорије.

¹ *Burg R. Bd. II, S. 5.*

² *Bd. II, S. 36*

а) Телесне и нетелесне ствари.

Кад је појам ствари онако широко одређен, разумљива је разлика између телесних и бестелесних ствари из § 184 Г. З. Критеријум за поделу је материјалност или нематеријалност добра. Телесне ствари су просторно ограничени делови спољне материјалне природе под условом наравно, да су потчињени људској власти. Критеријум Грађ. Законика у § 184 није добар: да су телесне ствари оне, које се чулима опажају. Све што се чулима опажа није ствар у правном смислу, већ само оно, што је материјално.¹ Разликовање је потребно зато, што има много правних прописа, који се односе само на телесне ствари. Тако прописи о предаји (традицији) ствари примењују се искључиво на телесне предмете. Модерна права не познају ову поделу, јер под стварима разумеју само телесне предмете. Тако немачки законик прописије у § 90, да се под стварима у правном смислу разумеју само телесни предмети.

б) Покретне и непокретне ствари.

Подела ствари на покретне и непокретне (§ 185 Г. З.) заснована је у главном на идејама германског права. Основ подели лежао је првобитно у великом привредном значају који су непокретности имале. Али и доцније, кад су створени покретни капитали, та се подела као потпуно умесна одржала, тако да у многим односима постоје особени прописи за покретне, а особени за непокретне ствари. Тако на пример у питању о при прибављању својине или заложног права постоји знатна разлика између покретних и непокретних ствари.

По Грађанском Законнику оне ствари, које се не могу с једног места на друго кренути ни преместити, а да се у својим саставним деловима не наруше, *непокретне* су; које се пак у целости својој могу преместити, *покретне* су. Међутим право се није задржало на овом општем пропису, већ је поделу на покретне и непокретне ствари извело слободније и независно од обичног схватања. Ради извесних социјалних или привредних потреба право је оступило од природне границе, па је створило једну чисто правну поделу. За критеријум није узето то, да ли ствар у опште не може изменити свој положај према другим предметима — у томе је суштина кретања — већ то, да ли се тим кретањем мења или квари било сама ствар, било оно место,

¹ Г. Гершин у „Право“ I, стр. 254.

на коме се ствар налазила. На основу овог критеријума, у вези са још једним моментом — да ли по природи покретне ствари стоје у физичкој или интелектуалној вези са непокретним стварима — изведена је даље подела непокретних ствари у три групе. 1. У ствари које се *увек* сматрају као непокретности. Ту долазе искључиво *земљишћа*. 2. Ствари, које се условно, под одређеним погодбама сматрају као непокретности. 3. У *права* која су законским прописом оглашена за непокретности.

1. Земљишћа.

У прву групу непокретних ствари долазе само и једино *земљишћа*, која су по природи својој непокретности, јер се у опште не могу преместити с једног места на друго. На ове ствари се у главном и односе прописи о непокретностима, јер се ствари из друге групе само изузетно сматрају као непокретности. Са земљиштима су изједначене и природне воде са коритом својим: језера и речице приватне. На основу нарочитог законског прописа оглашена је и жељезничка мрежа са земљиштима свима као особена непокретност (Закон од 9. I. 1899 о баштинским жељезничким књигама).

II. Условно непокретне ствари.

У II групи има неколико врста непокретних ствари. Општа особина њихова је у томе, да су све оне по природи својој покретне ствари, али се под извесним условима и у извесним односима сматрају са правног гледишта као припадак једне непокретне ствари и зато и саме важе као непокретности. Правнотехнички израз за те ствари гласи, да су оне или по наредби законској или по намени сопствениковој постале *припадак* или *пришћак* непокретне ствари и да као такве подлеже правилима, која важе за те ствари (§ 186).

Код непокретних ствари II групе или т. зв. *припадака* (Zubehör, bona pertinentia) постоје ове категорије ствари:

1. *Зграде* (§ 189). Зграде се сматрају у обичном животу као непокретности. У ствари пак по природи својој, по свом саставу, зграде нису непокретне, јер се састоје од самих покретних ствари, али услед физичке везе са земљом добиле су карактер непокретности у правном смислу. Веза зграде са земљиштем треба да је трајна, да је дакле зграда чврсто спојена са земљом. С тога нису непокретности шатре на вашарима, се-

оске колибе и сеоски вајати, који су *на* земљи, а не и у земљи. Али колибе и вајати могу бити непокретности под 4). Воденице и ветрењаче ако су на чврсто пободеном кољу, сматрају се као непокретности; ако су пак из сплавовима, покретне су ствари (вид. § 472 став II). Бродови су у српском праву покретности. У иностраном праву сматрају се обично као непокретности или се пак са њима у извесним односима поступа као са непокретностима. Тако у немачком праву у погледу залагања бродова (§ 1259 ff. Г. З.), као и у погледу извршења судских одлука продајом бродова (864 став I Г. С. П.) вреде прописи о непокретностима, под условом да су бродови уписани у регистар бродова.

Зграде се сматрају по самом закону као припадак земљишта (§ 189) и зато су оне увек непокретности, без обзира на то, да ли су подигнуте од стране сопственика земљишта или другог ког лица. Ако би други неко подигао зграду, правни однос се расправља по § 278 Г. З.¹ Зграда прелази у својину сопственика земљишта, који је дужан дати накнаду ономе, који је зграду зидао. У немачком праву (§ 95 Г. З.) усвојена је друга, правичнија солуција. Све зграде, које би подигао држалац земљишта, а не сопственик, не сматрају се као припадак земљишта, већ као својина онога, који је зидао, тако да судбина зграде зависи од његове воље.

Зграде имају од осталих ствари из II групе то особено, што су у неколико изједначене са земљиштем, јер и оне могу имати свог припатка. Грађански Законик прописује, да ће покретне ствари услед физичке или интелектуалне везе са зградама исто онако као и са земљиштима, бити сматране као непокретне ствари. То су ствари из групе под 2) и 4).

2) У другу категорију долазе оне покретне ствари, које су *имобилисањем*, т. ј. услед физичке везе са једном непокретном ствари, земљиштем или кућом, постале припадак те ствари. Да би једна, по својој природи покретна ствар, услед физичке везе са непокретном ствари, постала припадак те ствари, и као такав се сматрала као непокретна ствар, потребно је да буду испуњена ова два услова: а) Да је веза између покретне и непокретне ствари *стална*, т. ј. да је везивање извршено у намери, да покретна ствар остане увек уз непокретну ствар, да тако

¹ Вид. *Др. Л. Марковић*, Хипотекарно право, стр. 40.

рећи дели њену судбину. Не тражи се међутим, да је она неопходно потребна непокретној ствари, тако да ће и оне ствари, које служе само као украс, моћи бити припадак непокретне ствари. б) Други је услов, да је физичка веза између покретне и непокретне ствари воспостављена вољом сопственика непокретне ствари. Ако је везу извршио други неко (уживалац, закупца) неће се сматрати као припадак главне, непокретне ствари, нити ће делити њену правну судбину (§ 186 Г. З.). Такве ствари остаће и даље покретности и њима ће правно располагати онај, који их је довео у везу са непокретном ствари. Али ово правило не важи безусловно. Има ствари, које имобилисањем постају непокретности, без обзира на то, ко је извршио имобилисање. У том смислу постоји пропис § 189, по коме се сматрају као припадак непокретних ствари све оне покретне ствари, које у свом скупу чине једну индивидуалну, непокретну ствар (зграду), без обзира на то, ко их је у такав положај ставио. Такве ствари трајно остају уз главну ствар. Ако би имобилисање извршио неко други, а не сопственик, тај ће наравно имати право на накнаду штете, али саму ствар неће моћи одвојити без пристања сопствениковог. Сва је тешкоћа сад, да се утврди критеријум за оцену питања, да ли једна ствар долази у битне саставне делове друге ствари или не.¹ У суштини ово је фактичко питање, које се решава према особеним приликама сваког посебног случаја.

3. У трећу категорију долазе оне по природи својој покретне ствари, које у односу према земљишту представљају његов *прираштај* са привредног земљишта. И ове ствари стоје у физичкој вези са непокретном ствари, само што је та веза овде природна а не људском руком створена, као код ствари предње категорије. Грађански Законик назива те ствари прираштајем (§ 187) и сматра их као непокретности све док траје та природна веза са земљиштем. Овде долазе: трава, дрвеће, плодови и уопште све што земља издаје. И саме рибе у води и дивљач у шуми сматрају се као прираштај непокретне ствари. Оне постају покретности тек кад се риба улови, а дивљач ухвати или убије.

4. У четврту категорију долазе оне покретне ствари, које се у погледу неких правних послова сматрају као *припадак* једног

¹ О покушајима у том правцу видети: *Dr. Л. Марковић*, Хипотекарно право, стр. 42; *Ж. Перин*, О првенственом праву наплате између државе и хипотекарних поверилаца, стр. 20.

непокретног добра и према томе као непокретност. Разлог за такво поступање лежи у вези њиховој са главном, непокретном ствари, само што је та веза овде друкчија него код ствари предње категорије. Наиме веза није физичка, већ интелектуална или правна. О овим стварима говори § 188. Ту долазе: храна, дрва, пиће, стока, тежачки алат и сви занатски, фабрички и рукоделни алати.

Да би се једна по природи својој покретна ствар сматрала у смислу § 188 као припадак непокретности, потребно је да су испуњена ова два услова: 1. Покретна ствар треба да служи на употребу главне ствари, било ради агрикултуре, било ради индустриске експлоатације. 2. Уношење покретне ствари у непокретну, довођење у везу те две ствари треба да је извршио господар непокретне ствари. Главна ствар може бити не само земљиште, већ и зграда, и ако је она у суштини само припадак земљишта. Примери су: фабрике са машинама и алатима, привредна добра са потребним справама, стоком и алатом. Али наравно не треба мислити, да сва храна и сва стока на једном добру, односно сви алати једног предузећа, престављају припадак главног, непокретног добра у смислу § 188 Грађанског Законика. То није тачно. У припадак улазе само они алати и справе и она стока с храном, која је за нормалну употребу и експлоатацију главне ствари потребна. Сав вишак преко тога остаје и даље покретна ствар.

Правни значај ових условно непокретних ствари из све четири категорије није јасно изведен у Грађанском Законику, нити су услови, под којима се покретне ствари сматрају као непокретности, тачно одређени. Из одредаба Грађанског Законика ако би се оне дословно тумачиле, изишло би шта више, да ове ствари и нису условно непокретне ствари, већ на против, да се увек и безусловно имају сматрати као непокретности. Па не само то, већ изгледа шта више, да је изједначење ових по природи покретних ствари са непокретностима из прве групе (земљишта) изведено до краја, тако да се сва правила, која важе за земљишта, имају примењивати и на ове ствари. Отуда би изишло, да се и ове ствари саме за себе могу хипотековати. Па један суд је раније и одобрио доиста хипотеку на необране плодове!¹ Међутим ово схватање је погрешно. Све напред поменуте

¹ „Порота“ I (1880) стр. 212.

покретне ствари сматрају се, као што је већ напред поменуто, као припадак непокретних ствари. Оне су саме за себе покретне ствари, али под извесним, тачно одређеним условима, сматрају се, кад су у вези са непокретностима, као непокретности, т.ј. све оно што важи за непокретне ствари, важи и за њих. Практични разлози, обзири на рационалну привреду захтевају да се те ствари потчине главној ствари и да деле њену правну судбину, и за то је изабран један ни мало погодан израз, да се и те ствари сматрају као непокретности. Међутим треба имати на уму, да то бива само под одређеним условима и с обзиром на један чисто практични циљ. Чим се утврди да ти услови не постоје и да није у питању онај циљ, који се хтео горњим правилом постићи, нема се стварног разлога сматрати као непокретности и оне ствари, које су и по својој природи и по привредној намени покретне ствари.

На основу ових правила има се расправити и питање, које је давало посла судовима, у колико те покретне ствари могу бити предметом особених правних односа, независно од главне ствари.¹ На то питање не може се одговорити ни тако, да покретне ствари не могу ни у ком случају бити предметом особених правних односа, нити пак, да те ствари увек и у свако доба могу бити предметом особених правних односа. Све зависи од особених околности, а не искључиво од тога, да ли постоји веза између покретне ствари (припатка) и непокретности. Што се тиче зграда, за њих се с извесном поузданошћу може тврдити, да увек деле судбину главне ствари и да не допуштају заснивање особених стварно правних односа, који би се тicali само зграде, а не и земљишта. Али и ово ипак вреди под условом, да остане веза између земљишта и зграде. Ако би постојала намера, да се та веза прекине, т.ј. да се зграда поруши или пренесе, допуштено је, да се сама зграда сматра као објект права у колико се тиме не би вређали интереси трећих лица, која би имала стварних права на том земљишту. Исто ово што вреди за зграде, вреди и за ствари из 2. категорије.

За ствари из треће категорије (необрани плодови, дрвеће, траве и т. д.) већ је питање сумњивије. Правило је, да су те

¹ Видети чланак *Стп. Максимовића*, Да ли су обрани плодови покретно или непокретно добро? („Порота“ I, стр. 211 ff) где је сасвим правилно постављено ово питање, али није дато никакво решење, пошто је писац сматрао, да се оба мишљења могу бранити.

ствари припадак земљишта, и да деле правну судбину земљишта увек, кад би то било у интересу било привредном било саобраћајном. Где тога интереса нема, плодови остају покретне ствари. Према томе плодови необрани могу се узети у попис независно од земљишта, т. ј. на њих се може ставити забрана. Али не само то, већ и сам сопственик може заснивати на тим плодовима стварна права (право залоге на пример) само ако се тиме не би ишло против оног циља, који се хтео постићи правилом, да се плодови имају сматрати као припадак земљишта. С обзиром на то имало би да се постави овако ограничење: Плодови необрани могу бити предметом забране, односно залоге све док ти плодови не би, услед пописа земљишта, били обухваћени тим пописом као припатци. И после тог момента може се на плодове ставити забрана, али би она у рангу била иза оног права, које је обезбеђено пописом земљишта. Овакво решење је у сагласности с позитивним правом и може се примити као решење, које заузима средину између оне две крајности.¹ Само да се дода и то, да плодови могу тек од оног момента бити предметом засебних правних односа, од кад се може узети, да они као плодови фактички постоје. То је фактичко питање, које се у сваком особеном случају има решавати с обзиром на нарочите околности тог случаја. Боље би било прописати, да тек на извесно време пре уобичајеног брања могу и плодови бити сматрани као засебни правни објекти.

Што се тиче ствари из четврте категорије, т. зв. припатка у ужем смислу речи, и за те ствари важи правило, да не могу бити предметом особених правних односа само у толико, у колико би обзири на главну ствар то захтевали. Према томе тим стварима може располагати сопственик као и са покретним стварима у опште, али чим наступи потреба, да се води рачуна о припатку, одмах се те ствари сматрају као непокретности које су правно везане за главну ствар. Усвајајући ову идеју објективно право не допушта попис припатка одвојено од главне ствари, хотећи тиме да заштити оне повериоце, који су прибавили заложна права на главној, непокретној ствари. (Вид. art. 592 Code de procédure civile; § 865 немачке Z. P. O.).

¹ Противно мишљење има А. Ђорђевић (Систем. II стр. 326). Ђорђевић сматра, да се необрани плодови не могу ни забранити, ни хипотековати. Ово је вероватно оманка, пошто су плодови само припадак главне ствари и зато се, као што је напред изложено, сматрају као непокретности. Међутим сами плодови нису непокретна ствар и о хипотековању њиховом не може бити ни речи.

III. П р а в а н а з е м љ и ш т а .

Као трећа група непокретних ствари појављују се *права на непокретним стварима*. Према § 190 Грађ. Законика субјективна права по правилу сматрају се као покретне ствари, а изузетно, ако су скопчана са непокретностима, сматрају се као непокретности. Према томе службености личне и стварне на непокретним добрима долазе у непокретне ствари. Исто тако и заложно право на непокретностима је непокретна ствар.

Међутим потребно је напоменути, да се субјективна права као таква могу убројати само у ствари у ширем смислу речи, под којима се разуме све оно што није човек, а користи људима. У суштини субјективна права нису ствари у правом смислу речи, јер нису телесни предмети. Али практични разлози захтевају, да се у извесним односима, у којима се права појављују као предмет односа, та права сматрају као ствари, покретне или непокретне, према томе са каквим су правима скопчане. Кад се дакле каже, да се и права на непокретностима сматрају као непокретне ствари, то значи, да и за права на непокретностима важе у неким односима (н. пр. у погледу прибављања или залагања) исти прописи, који постоје за непокретне ствари.

Критичка оцена српског система.

Подела непокретних ствари на три групе, односно на две групе, ако се изоставе права на непокретностима, која престављају нешто особено, напуштена је у новијој доктрини. Новија доктрина одбацује ту поделу и сматра само земљишта као непокретности. Та је доктрина усвојена од немачког грађанског законика, који сматра искључиво земљишта као непокретности. Што се тиче оних ствари, које стоје у извесној материјалној или нематеријалној вези са земљиштем, њих немачки законик дели у две групе: у *састојке* (Bestandteile) и *припадке* (Zubehör). Под састојцима се разумеју они елементи, од којих је ствар састављена, дакле оне ствари, које у свом скупу дају једну одређену ствар као јединку. Састојци могу бити двојаки: *битни* (wesentliche Bestandteile) и *небитни* (nichtwesentliche Bestandteile). У битне састојке долазе они, који се од ствари не могу одвојити, а да се ствар у својој суштини или индивидуалности не измени. Остали састојци су небитни. Значај ове поделе у немачком праву је велики. Битни састојци не могу бити предметом особених правних односа. Они деле у сваком случају правну судбину

главне ствари, али могу бити и предметом особених правних односа.

Под припатком разуме немачки законик оне ствари, које нису саставни део главне ствари, не стоје дакле у физичкој вези са главном ствари, али које служе истом привредном циљу, ком и главна ствар и према томе се налазе у нарочитом просторном односу према главној ствари. Веза између главне и споредне ствари је иста као и код ствари из 4. категорије, и то је правна или интелектуална веза. Правни значај припатка је у томе, што се правни односи на главној ствари простиру и на припадак.

Подела немачког законика на *састојке* и *припатке* у толико је боља од српске поделе, што избегава фикцију, да се ствари, које су по природи својој покретне, сматрају и замишљају као непокретности. У место те фикције постоји у немачком праву сасвим разумљиво правило, да састојци и припатци као такви чине целину са главном ствари и да према томе морају делити правну судбину главне ствари. Друга разлика између српског и немачког права у томе је, што подела немачког права на састојке и припатке има општи карактер, т. ј. простире се на све ствари, покретне и непокретне, и у толико је логичнија од поделе српског права. У немачком праву и покретне ствари имају своје састојке, тако да се у томе слажу назори обичног живота са поделом законика.

Што се тиче права на непокретностима, она се и у немачком праву из чисто практичних разлога подвргавају прописима, који вреде за непокретне ствари.

в) Потрошне и непотрошне ствари. Новац и новчани знаци.

Ствари које се могу употребити, а да се не потроше, т. ј. да им егзистенција не буде уништена, називају се *непотрошним* стварима; оне пак, које се не могу корисно употребити, а да се не потроше, јесу *потрошне* ствари (§ 192 Г. З.). И ова подела, као и претходна, јесте једна чисто правна подела. Критеријум поделе је различан од схватања природних наука. Природне науке не знају за физички утросак. Материја се само мења, али се не троши. С друге стране свака ствар се употребом мења и помало троши. Али при свем том подела на потрошне и непотрошне ствари изведена је с обзиром на особине самих ствари, а не произвољно. Има ствари, које су намењене трошењу, уни-

штају, у обичном смислу речи, и за које постоје особена правила. То су те потрошне ствари, као вино, жито и т. д.

У потрошне ствари убраја са и новац. И ако Грађански Законик у § 192 не говори ништа о томе, не може бити сумње да је и новац потрошна ствар. Новац се по правилу употребљава трошењем. Чак је и римско право сматрало новац као потрошну ствар.¹ Немачки законик је, да би тачније одредио шта су потрошне ствари, прописао у § 92, да у потрошне ствари долазе оне покретне ствари, чија се редовна употреба састоји у *трошењу* или *опишујењу*. Према томе несумњиво је, да ту долази и новац.

Новац² се од других ствари разликује тиме, што је признат као опште средство размене и мерило вредности. Услед те своје особине новац је постао опште усвојено средство плаћања, тако да се њиме мере остале обавезе имовинске вредности. Да би се једна ствар или врста ствари сматрала као новац, потребно је да је она једним правним прописом добила способност, да буде новац у правном смислу речи. Правни пропис може бити пропис законског или обичајног права. Како се новцем обезбеђује ред у економским односима, то је разумљиво, што је држава примила на себе, да уреди новчане односе као и да искључиво она кује новац. Држава претходно утврђује нарочита правила о садржини метала и његовој финоћи, пошто је данас метални новац у употреби.

Као новац употребљују се само оне ствари, они метали, који имају сопствену употребну вредност. Тиме пак, што једна ствар буде призната за новац, она не губи своје остале особине, тако да сад има управо две вредности: номиналну вредност (вредност новца) и реалну вредност (вредност материје). Те две вредности се не морају поклапати, као што се фактички и не поклапају. Пошто новац остаје дакле и даље ствар, која чак има и особену вредност, независну од вредности новца, то је сасвим разумљиво, да он може бити предметом разноврсних правних односа. Па не само то, већ и новац као такав може бити предметом правних односа, било да су у питању индивидуално одређени комади, било пак врста новца. У том случају

¹ Windscheid-Kipp. Pandekten, I. Bd. S. 701.

² Видети: Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 88 ff; G. Hartmann, Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden (1868); Knies, Das Geld, 1885.

цена новца назива се његовом курсном вредношћу. Тако дукати и златници са ликом краља Милана продају се као нарочита роба. Златан новац купује се за сребрни и обратно. Новац се даје на оставу, кад су у питању индивидуално одређени комади, или пак на зајам, ако то није случај.

Са новцем су слични *новчани знаци*, који нису новац, али имају улогу новца. Ту долазе т. зв. *папирни новац* и *банкноте*. Папирни новац издаје држава у облику једног писмена, којим држава обично тврди, да ће имаоцу исплатити суму одређену у том писмену. Појединци не морају такав папир да приме место новца, сем у случају кад папир има принудан курс. Папирни новац може бити врло разнолик, према томе, да ли се држава стара да се исплати, чим се поднесе, или не, и да ли држава оставља публици на вољу, да га прими, или га пак одмах оглашује као принудно циркулационо средство. Што се тиче банкнота, оне се разликују од папирног новца тиме, што их издају нарочите новчане установе, обично државне банке, са довољном металном подлогом, и што по правилу немају принудни курс, већ их банка у свако доба мора исплатити металним новцем. Ако би банкнота била законским путем оглашена за законско средство плаћања, онда би она по свом привредном и правном значају имала улогу папирног новца. Постоје још и тако звани релативни новчани знаци (поштанске, таксене и пореске марке) који се само по споразуму странака могу примити као новац.

Правни значај поделе ствари на *потрошне* и *непотрошне* лежи у томе, што има извесних правних односа који се могу заснивати само на непотрошним стварима, а кад су у питању потрошне ствари, ти правни односи добивају нарочиту правну форму. Пример за то пружа право ужитка на непотрошним стварима, док је право ужитка на потрошним стварима у нормалном облику немогуће и зато добива особену форму (т. зв. *quasi ususfructus*). За новац важи још нешто нарочито, и ако је и он потрошна ствар. Тако новац узабрањен и узет у попис не излаже се продаји, већ се предаје повериоцу. Немачко право поставља нарочито правило за прибављање новца од *non dominus*-а, којим се знатно олакшава промет новца (§ 934 нем. грађ. зак.). Овако правило не постоји у српском праву и све што § 221 прописује за покретне ствари у опште, важи и за новац. Новчани знаци, банкноте и папирни новац у правном погледу су изједначени са новцем.

г) Замењиве и незамењиве ствари.

Књижевност: Halpert, Ueber die juristische Natur der Vertretungssachen (1888).

Подела ствари на *замењиве* и *незамењиве* (*суврсне* ствари и *самоисне* или *засебно одређене*, како их назива црногорски законик у чл. 810) додирује се са поделом ствари на потрошне и непотрошне, али се не поклапа са њом. Замењиве ствари су оне, код којих се не гледа на један одређени примерак, на једну одређену индивидуалност (*species*) већ се гледа на врсту ствари, на род (*genus*), тако да је сваки примерак једнак са другим и важи као његов еквивалент. Те се ствари одређују у саобраћају по мери и броју. Остале ствари као посебне индивидуалности су *незамењиве*. Старија доктрина изједначавала је замењиве ствари са потрошним, а незамењиве са непотрошним, тако да су и неки законици, као пруски земаљски законик (I, 2 § § 120 и 121) и аустриски законик (§ § 971 и 983) усвојили то изједначење. Из аустриског законика ушло је ово изједначење и у српски законик (§ § 582 и 503), и ако је оно у суштини неоправдано. Потрошне ствари су обично и замењиве и то је дало повода горњем изједначењу. Али обротно, замењиве ствари не морају бити потрошне. Вино и зејтин су потрошне ствари а и замењиве. Даске, игле, клинци и т. д. су замењиве ствари али не и потрошне. Жито и новац су такође и потрошне и замењиве ствари, а књиге су замењиве, али не и потрошне ствари.

Замењиве ствари могу бити предметом стварних права само у случају кад су тачно одређене, кад су постале *res certa*. Нетачно је, да замењиве ствари у опште не могу бити предметом стварних права, као што неки правници мисле.¹ Што се тиче тражбених права, она се знатно модификују кад се тичу замењивих ствари. Тако уговор о послузи, кад се односи на замењиве ствари, има особени облик уговора о зајму. Према томе и односи уговорних страна различито су одређени. Даље, кад је предмет обавезе једна само по врсти одређена ствар (замењива ствар) па она случајно пропадне, дужник се не ослобађа обавезе, јер *genus nunquam perit*. Напротив, ако је у питању једна индивидуално одређена ствар, случајна пропаст њена, без кривнице дужникове, ослобађа дужника обавезе давања (вид. § 912 Г. З.).

¹ Тако А. Ђорђевић: *Систем*, II стр. 318.

д) Јавне ствари, ствари ван промета и пусте или ничије ствари, ствари без господара.

Књижевност: *Hirsekorn*, Ueber die oeffentlichen Sachen im Gemeinge-
brauch (1879); *Davidson*, Rechtsschutz des Gemeingebruchs an den oeffentlichen
Sachen (1893).

1. Под *јавним* добрима или стварима разумеју се оне ствари које се по својој намени, по свом циљу, разликују од других ствари. Критеријум за ову поделу на приватне и јавне ствари није узет према субјекту, коме ствари припадају, већ према циљу, коме ствари служе. Јавне ствари намењене су да служе једној општој потреби. Та намена, да служе општој потреби, зависи или од природе саме ствари (друмови, реке), или пак од законског наређења (паркови, јавна места за игру). Према томе и промене у том погледу одређују промену карактера ових јавних ствари.

Јавне ствари могу бити врло разнолике и у појединостима се оне доиста и разликују прилично једне од других. Највише је истакнут тај јавни циљ и карактер код оних ствари, које су намењене свеопштој употреби. За те ствари правило је, да због своје намене не могу бити у искључивој власти једног лица. У § 195 говори се о тим стварима и оне се називају *свачијим*. Грађански Законик је мислио вероватно на право употребе, које доиста припада свакоме, а не на право својине. Својина на тим добрима припада држави, док грађани имају само право употребе. Постоји и друкчије мишљење о правном положају ових ствари, наиме да је право државе на тим стварима јавноправне природе.¹ Ипак прва конструкција изгледа тачнија, нарочито кад се узме у обзир, да једно јавно добро може бити и у приватној својини, а да се опет сматра као јавно добро, зато што служи општој употреби.² За приватно право главно је утврдити, да су те ствари услед циља коме служе, у неколико издвојене из промета добара, али да нису сасвим ван саобраћаја. Само за неке од јавних ствари, као на пример за реке, могло би се тврдити да су ван саобраћаја (*extra commercium*). Грађански Законик прописује као опште правило за јавне ствари, да оне не могу бити у искључивој употреби појединих лица (§§ 26, 234, 248),

¹ Тако лајпцишки професор *Otto Mayer* у свом делу *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. II, S. 68 ff. заступа то мишљење по угледу на француску теорију о *domaine public*.

² *Gierke*, Bd. II, S. 21.

што значи, да оне могу у толико бити у правном промету у колико се то не противи њиховој општој намени.¹ Према томе на једном јавном добру могло би се прибавити одржајем право службености, под условом да се тиме не вређа опште право употребе. Даље, јавне ствари могу се и отуђивати, али само заједно са теретом опште употребе.

У јавне ствари ове врсте долазе реке, језера, заливи, путеви јавни, паркови, канали и т. д.² Право употребе, које припада појединцима у погледу тих добара није приватноправне природе и не може се подвести ни у једну од категорија приватних права. Оно је једно јавно право, регулисано административним законима.

Ово су јавне ствари у ужем смислу речи. У јавне ствари у ширем смислу улазе *државна* добра, која се разликују од напред поменутих ствари у томе, што нису *свачија*, што право употребе није опште, неограничено. Та добра обухватају две групе ствари. И једна и друга група садржи у себи ствари, које су намењене општем циљу и стоје у државној својини, али се разликују у томе, што на стварима прве групе појединци имају ограничено право употребе, док на стварима друге групе у опште немају право употребе. У прву групу долазе библиотеке, јавни азили и склоништа, музеји и научне збирке. Друга група државних добара обухвата опет две врсте ствари. Једне ствари су саме себи циљ и држава их ужива ради истих користи, ради којих би их и једно приватно лице уживало. То су чисто *фи-скална* добра, као државне шуме, фабрике и у опште имања државна. Друге пак ствари имају да послуже као средство ради постижења другог неког државног циља. Овде долазе зграде за државна надлештва, касарне, болнице, државне цркве, као и све оне покретне ствари, које тим непокретностима припадају.

И ове јавне ствари у ширем смислу речи налазе се у приватно-правном промету и подлеже у главном истим прописима, којима и добра приватних лица, под условом да се тиме не спречава остварење главног циља, коме служи једна таква јавна ствар.

¹ Противног мишљења, да су јавне ствари потпуно ван приватно-правног промета А. Ђорђевић, Систем, II, стр. 309.

² О правним односима на водама видети: А. Ђорђевић, О праву својине и правним односима на водама, 1905; Анонимус, Неколико речи о закону о водама [Право III (1891) стр. 426.]

2. *Ствари ван промета*. Под стварима ван промета разумеју се такве ствари, које било услед својих особина, било услед законског наређења, не могу у опште бити предметом правног промета (*res extra commercium*). Данас су ретке ствари, које би биле потпуно ван промета. Обично су неке ствари ограничене у прометној способности, тако да је или у опште забрањено такве ствари куповати и продавати, или је пак промет допуштен само под извесним условима. Те ствари нису ипак сасвим ван приватно-правног саобраћаја. На пример извесне експлозивне материје, отрови, страни лозови, забрањене књиге и т. д. Има и примера, да објективно право забрањује само извесним лицима, да пуштају у промет одређена добра. Тако по § 471 Г. С. П. земљораднику је забрањено да отуђује и оптерећује пет дана орања. Па фидеикомисна добра не може отуђивати фидеикомисарни наследник (§ 465 Г. З.).

3. *Ствари ничије или пусће* (*res nullius, herrenlose Sachen*). У ствари ничије, које дакле не припадају ниједном одређеном лицу, долазе на првом месту она природна добра, која се обично називају свачијим стварима и која у суштини и нису ствари у правном смислу речи. То су т. зв. *res communes omnium*, које се и не налазе у људској власти, те и не представљају ствари у правном смислу речи. Овде долазе ваздух, сунчана светлост, текућа вода пловних река, отворено море и т. д.

Другу групу ничијих ствари чине оне ствари, које по својим особинама могу бити у власти одређеног лица, али које у даном моменту немају господара, било да у опште нису никад ни имале господара (рибе у реци, дивљач у шумама), било да су имале господара, па их је он оставио с намером да напусти право својине (*res derelictae*). Правни значај ових ничијих ствари је у томе, што се на њима прибавља својина простим заузимањем (окупацијом). (Вид. §§ 195, 228 и 229 Г. З.).

1) **Процењиве и непроцењиве ствари.**

Грађански Законик прави разлику и између *процењивих* и *непроцењивих* ствари (§ 195). Процењиве ствари су оне, чија се цена може, према вредности других ствари, одредити. Код којих ствари то није случај, оне су непроцењиве. Претпоставка је, да свака ствар у правном смислу речи има извесну вредност, пошто служи човеку на корист и употребу (§ 182). Та вредност може бити двојака: или у односу према другим објектима, у ком слу-

чају се назива *прометна вредност* (Tauschwert), или пак са чисто субјективног гледишта, као количина користи, коју та ствар пружа једном одређеном лицу. Ова друга вредност назива се у правној теорији *вредност употребе* (Gebrauchswert). Према томе, да ли ствар има обе вредности или само ову другу, прави се разлика између процењивих и непроцењивих ствари. Код процењивих ствари одређује се прометна вредност у облику *цене* помоћу новца, који служи као опште мерило вредности.

Разликовање ствари на процењиве и непроцењиве има значаја у многим правним односима. Тако у питањима накнаде штете за поништај или оштећење ствари. Даље у случају деобе, као и у наследном праву.

При одређивању цене процењивих ствари може се двојако поступити. Или се одређује она цена, која припада ствари с обзиром на редовне прилике и просечну вредност, коју такве ствари као ствари одређене врсте имају на једном одређеном месту у једном даном моменту. То је *обична* цена. Или се пак при одређивању цене полази од субјективног гледишта једног одређеног лица, па се према вредности, коју та ствар за њега има, и цена прописује, То је *ванредна* цена. Она прва цена је израз за вредност *ствари*, а ова друга за вредност *интереса*, који једно лице има на некој ствари. У правном промету се под ценом разуме обична цена, сем ако није друга цена нарочито уговорена (§ 194 in fine).

е) Просте и збирне ствари.

Књижевност: Göppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen nach röm. Recht, (1871); O. Cramer, Das Eigentum an Herden und die vindictio gregis (1890); Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit (Archiv für bürgerl. Recht, XII, S. 1 ff.); Г. Гершун, Збирне ствари у теорији и у нашем Грађанском Законику (Бранич, I, год. 1897, стр. 5 и даље); Нейн, Дакле још мало обавештења о § 191 Гр. Законика (Бранич, I, год. 1897, стр. 282 и даље); П. Ј. Савић, Ради обавештења о § 191 Грађ. Законика (Бранич, I, год. 1897, стр. 208, 553 и 590).

По правилу ствари се појављују у саобраћају као просторно ограничени предмети, као нешто одвојено и индивидуално. То су *просте* или *једноставне ствари*. У те просте ствари улазе и оне у суштини сложене ствари, које услед физичке везе више ствари у једно постају једна нова једноставна ствар. Непокретности (земљишта) постају особеном стварју уписом у баштинске књиге, односно означањем у танији. Покретне ствари пак добиле су једноставну форму или од природе (животиње)

или пак вештачким путем, људским радом. Проста ствар чини за себе потпуну целину, која је предмет правних односа.

Да ли и делови једне ствари могу, поред целине, бити предмет правних односа, о томе се и раније а и данас препиру правници. Римско право није допуштало заснивање особених стварних права на деловима ствари. Германско право међутим сматрало је, да и делови ствари могу бити предмет стварних права, само ако имају своје сопствене привредне вредности. Тако могло се имати право својине на кући, а не и на земљишту. Допуштена је била и својина на појединим спратовима, тако да се земљиште, на коме је кућа била, налазило у заједничкој својини сопственика спратова. Грађански Законик српски није се бавио овим питањем, али је у духу његових одредаба не допустити заснивање особених стварноправних односа на деловима једне ствари.

У правном промету јављају се као предмети правних односа не само појединачне ствари, већ и скупови више ствари. Скуп више ствари као целина може бити двојак: или све ствари чине једну нову целину — *збирна ствар* (*universitas rerum*, *Sachgesamtheit*, *Gesamtsache*) или се пак једна ствар истиче као *главна*, а остале се њој подређују и постају само *припадак* главне ствари. Овде ће бити говора о збирним стварима.

Појам збирних ствари постојао је и у римском праву, где су збирне ствари биле изједначене са простим стварима. Ранији романисти у томе се слажу, а тек у новије време појавила су се супротна мишљења.¹ У германском праву нарочито се развио појам збирних ствари, тако да су оне обухватиле и нетелесне ствари. Особити пример пружа целокупно имање једног лица, које се сматрало, а и данас се сматра као збирна ствар. Правни значај збирних ствари у томе је, што се оне појављују у промету као јединка, тако да се правне радње, којима се заснивају извесни односи на збирној ствари, не морају вршити према сваком састојку, дакле онолико пута, колико има тих саставних делова, већ свега једанпут, као кад је у питању једноставна ствар. Новији романисти међутим сматрају, да се под збирном ствари разуме само краћи назив за механички збир појединих ствари, и да само појединачне, просте ствари могу бити предмет правних односа. Тако, ко има својину на једној научној збирци, на би-

¹ Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. I, S. 691.

блиотеци, он има у ствари својину на појединим предметима те збирке, па се само краткоће ради каже, да он има својину на целини. Неки романисти, као аустриски правници *Exner*¹ и *Krainz*² иду тако далеко, па тврде, да и поред изречног прописа у аустриском законнику (§ 302), да и збирне ствари могу бити предмет правних односа, том пропису не треба придавати велики значај и да он није меродаван за расправу овог питања. Напротив, аустриски правник *Unger*³ и ако одриче умесност постојања збирних ствари, сматра да се пропис § 302 мора поштовати и да према томе у аустриском праву постоје збирне ствари.

Грађански Законик српски у § 191 прописује, по угледу на аустриски законик, да више ствари спојених једним именом чине једну само ствар и сматрају се као једно цело. О значају овог прописа подељена су мишљења и у српском праву. По једном мишљењу⁴ скуп ствари постоји само у *појму*, и тај појам није правни, јер га право није створило, већ га је створио живот и саобраћај. И пошто такав појам у праву не постоји, то кад год збирна ствар дође у какав правни однос, онда предмет тог односа састављају увек и само баш те поједине ствари, које тај скуп састављају, а никако сама та колективност или целина. Стојећи на овом гледишту то мишљење сматра, по угледу на напред поменуте аустриске правнике, да ни § 191 нема никаквог значења. Ово мишљење истиче два тврђења, која се не могу одржати: прво, да је збирна ствар један појам, који је створио сам живот практични, а да тај појам не постоји у праву. Ако је сам саобраћај створио тај појам, онда је то баш најглавнији разлог, да се и у праву овај појам збирне ствари призна. Друго, да колективност, да целина, као нешто нетелесно, не може бити предмет никаквог права. Колективност је истина правни појам, али и једноставна ствар је правни појам. Предмет права нису појмови, него оно материјално, што се тим појмовима изражава. Да и збирне ствари имају такве материјалности, то је несумњиво. Друкчије мишљење има о збирним стварима Г. Гершић.⁵ И он заступа мишљење романиста, да је појам збирних ствари излишан и да збирне ствари у суштини не постоје. Али Гершић налази,

¹ *Exner*, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (1867) S. 215 ff.

² *Krainz*, System, Bd. I, § 98.

³ *Unger*, System, I, S. 475 ff.

⁴ А. Ђорђевић, Систем, II стр. 348 и даље.

⁵ В. напред наведени чланак у *Браничу*, I, стр. 5 и даље.

по угледу на аустриског правника *Unger-a*, да је § 191 признао егзистенцију тим стварима и да док тај пропис постоји, и у српском праву постојаће збирне ствари. У прилог постојања збирних ствари изјаснио се други један правник,¹ али је он појму збирних ствари дао сувише широк значај, који оне немају у правној теорији.

Питање о егзистенцији збирних ствари треба расправити без обзира на мишљење старијих правника. Главно је, да ли саобраћај познаје такве ствари и да ли се оне у правном промету могу сматрати као јединке. Са гледишта чисте логике умесно је тврдити, да између појединих делова збирне ствари нема никакве јаче везе и да те појединачне ствари могу и даље као посебне ствари служити људским потребама. Али треба имати на уму, да са правног гледишта за појам јединке није потребно физичко јединство, већ је довољно, да се оствари формално јединство, и да то јединство као такво има облик особеног правног добра. Код збирних ствари то је несумњиво случај. И кад Грађански Законик у § 191 изречно описује, које се ствари сматрају као збирне ствари, нема се разлога оглашавати тај појам као излишан.

Збирне ствари могу бити двојакe врсте. Једне обухватају само *тeлесне* ствари, а друге и *тeлесне* и *нетeлесне*. Једна *тeлесна* збирна ствар постоји, кад више телесних простих ствари, не губећи своју индивидуалност, постану целина подобна да буде предметом правних односа. Појединачне ствари морају остати одвојене и способне да буду предмет особених односа. С друге стране и скуп треба да се појављује као нешто одвојено од простог збира. То издвајање и та особеност не могу се остварити произвољно. Тек ако сам саобраћај из практичних потреба налази, да треба један скуп добара сматрати као збирну ствар, тек онда може бити говора о постојању збирне ствари. Особина такве збирне ствари је, да излазак појединих ствари из целине не утиче на способност те целине, да буде предметом правних односа. И ако се дакле поједине ствари мењају, целина остаје иста. Телесне збирне ствари могу бити у својини; на њима може постојати право ужитка, право залоге. Државина се прибавља симболичком предајом (§ 288). Сваки правни однос у погледу збирне ствари обухвата наравно и све појединачне ствари као делове њене.

¹ П. Ј. Савић, у Браничу, I, стр. 208, 553 и 590.

Нетелесне збирне ствари су такве збирне ствари, које обухватају и нетелесне ствари поред телесних, тако да се све појављује као целина, која се обично назива *имањем*. Цело имање једног лица кад је предмет правног односа, преставља у суштини једну нетелесну збирну ствар. Грађански Законик познаје имање целокупно као збирну ствар у наследном праву (§ 394 и даље). Даље код удовичког ужитка (§ 415), код ортаклука (§ 724). И за нетелесне збирне ствари вреди иста правила, која и за телесне ствари.

ж) Главне ствари, припатци и плодови.

Књижевност: Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse (1869); Wäber, Die Pertinenz im modernen Recht (1899); Hirt, Der Begriff und rechtliche Bedeutung der Pertinenz (1898); Reichel, Der Begriff der Frucht (Jahrb. für die Dogmatik XLII, S. 205 ff.); Sperber, Der Begriff der Frucht (1903).

1. *Главне ствари и припатци*. Под припатком једне ствари разуме се она ствар, која и ако није саставни део те главне ствари, ипак се због нарочитог односа, у коме се налази према главној ствари, сматра као да улази у главну ствар, као да чини једну целину са њом. Тај нарочити однос припатка према главној ствари састоји се у томе, што припадак служи истом привредном циљу, коме и главна ствар, или још боље, што припадак и главна ствар само заједнички могу да испуне тај циљ. Услед тога се припадак налази и у нарочитом једном просторном односу према главној ствари, који однос одговара том заједничком циљу. У тај однос припатка треба да је ствар довео било сопственик било држалац, иначе се не заснива однос припатка и главне ствари. Да ли пак постоји такав положај, о томе решавају напори живота и обичаји и зато се не може поставити опште правило, које би обухватило све случајеве.

Правни значај разликовања ствари на главне ствари и припатке у томе је, што се правни послови у погледу главне ствари простиру по самом закону и на припадак, сем ако изреком није што друго уговорено. На питање пак, да ли припадак може бити предметом особених стварно-правних односа, независно од главне ствари, не може се одговорити подједнако у сваком случају. Али сигурно је, да не постоји општа забрана, да припадак ни у ком случају не може бити предметом засебних правних односа. Ако је у интересу сопственика ствари и ако се тиме не штете ничији интереси, треба допустити и заснивање особених односа само у погледу припатка.

Грађански Законик не говори о овој општој подели ствари на главне ствари и припадак. У § 188 је говор о припатку непокретних ствари. Из тога пак не треба закључити, да по закону покретне ствари не могу имати припатка. Такав закључак не би био оправдан. Практични живот познаје припатке и код покретних ствари. И римско право је знало за припатке покретних ствари.¹ Грађански Законик помиње онај случај који је најчешћи и важнији, али се тиме не искључује могућност постојања припатка код покретних ствари. Модерно право говори изречно о општој подели свих ствари на главне ствари и припадак (§ 97 немачког законика, §§ 644 и 645 швајцарског законика).

2. *Главне ствари и плодови*. Поделу ствари на главне ствари и плодове узела је правна теорија, као и претходну поделу, из практичног живота, али ју је извела доста самостално према нарочитом једном критеријуму. Основ подели лежи у разликовању оних добара, која служе као подлога и средство за прибављање нових добара (*капитали*) и тих нових добара, која се у односу према капиталу називају *приносом*. Према томе под плодовима у правном смислу речи разумеју се редовни приноси и производи појединих, било покретних, било непокретних ствари, без обзира на то, да ли је принос органски (плодови у ужем смислу речи, или плодови са гледишта природних наука) или неоргански (руде и минералне воде), или пак чисто правни принос, под којим се разуме онај приход који једна ствар или неко право доноси на основу каквог правног посла. Право назива ону прву врсту плодова *природним* плодовима, а ову другу *грађанским* или *цивилним* плодовима. И код плодова једне и друге врсте претпоставка је, да се суштина ствари, субстанца њена или никако, или бар знатно не мења.

Правни значај плодова је велики. Органски плодови се сматрају као део главне ствари и све док не буду одвојени не могу бити по правилу предметом особених стварно-правних односа. Они деле правну судбину главне ствари. Али се од овог правила чине и оступања, нарочито кад су у питању плодови земаљски и кад се може без повреде права трећих лица и не одвојени плод сматрати као засебна ствар. Плодови имају значаја и велике практичне вредности код права ужитка, као и код закупа (§§ 376 и 382 Г. З.). Даље приликом повраћаја ствари

¹ Windscheid-Kipp, Pandekten, I Bd., S. 710.

од стране досадашњег држаоца сопственику врши се нарочити обрачуи у погледу плодова (§ 204 Г. З.).

Грађански Законик говори о плодовима земљишта у § 187 и оглашује их као припадак земљишта (боље *део* земљишта), а о осталим плодовима говори у §§ 258—261 при излагању правила о прибављању својине на плодовима. О грађанским или цивилним плодовима не садржи пак никакве одредбе.

3. Папири од вредности.

а) О папирима у опште.

Књижевност: *Carlin*, Zur rechtlichen Natur der Wertpapiere (Z. f. H. R. XXXVI, S. 6 ff) *H. O. Lehmann*, Zur Theorie der Wertpapiere (1890); *E. Jacobi*, Die Wertpapiere im bürgerl. Recht (1901); *O. Gierke*, Die Wertpapiere (Deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 103—186); *Fellner*, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere (1888); *A. Wahl*, Traité théorique et pratique des titres au porteur (1891).

Као правни објекти особене природе заслужују нарочиту пажњу и папири (хартије) од вредности. Папири, исправе, хартије могу се у опште у двојаком облику појавити у правном саобраћају. Или папир служи само као доказ за постојање једног субјективног права, у ком случају постанак права, трајање његово као и престанак бивају сасвим независно од папира, од исправе. Напротив, исправа је у том случају зависна од права и она иде за правом. Или је пак право тако везано за исправу и оличено у њој, да само онај, у чијим се рукама налази исправа, може располагати правом. Ту је право зависно од исправе и иде за њом. Исправа је постала самостални правни објекат и као преставник права добила је назив *папир од вредности*. Оваким везивањем права за исправу знатно је проширен обим стварног права, јер се на такве папире примењују прописи стварног права, а не прописи оног права, у чију категорију би по својој природи долазило право оличено у исправи.

Грађански Законик нема никаквих општих одредаба о папирима од вредности сем једног јединог прописа у § 866 о папирима на доносиоца. Трговачки Законик има само одредбе о једном новчаном папиру, о меници. Ово је велика празнина, коју треба што пре попунити, с обзиром на огромну важност, коју сваким даном добивају покретни капитал, оличени у папирима од вредности. Овде ће се изложити најосновније ствари о папирима од вредности, према ономе што правна теорија, ослањајући се на развитак тих папира и њиховог права у другим развијенијим земљама, о њима учи.

б) Појам папира. Заснивање папира.

Папир од вредности је исправа једна, којом се одређује субјекат права у исправи утврђеног (Гирке). То је исправа о приватном праву, чије је остварење условљено имањем исправе (Брунер). Дефиниција се може и друкчије дати, али главно је, у чему се састоји и суштина папира, да је папир носилац права, а не само средство доказно за егзистенцију права. Папир прима у себе вредност права и у саобраћају заступа право. Природу папира од вредности најлепше је окарактерисао Гирке речима, да се суштина папира састоји у особеној вези једне телесне и једне нетелесне ствари. Папир као материјална ствар остаје покретна ствар, али пошто он своју вредност извлачи не из своје материје, већ из једног нематеријалног додатка, то се појављује као покретна ствар *sui generis*. Зато се и сва правила о покретним стварима не могу безусловно применити на папире од вредности, већ са извесним оступањима. У папиру је оличено право, што значи, да су то две разне ствари, од којих је папир по себи главнији, јер право иде за њим и по њему се управља.

Што се тиче питања о заснивању папира и о правној природи тог акта, ту постоје два главна мишљења, две теорије. По једној, *уговорној* теорији, правни основ важности папира лежи у уговору између издавача папира и примаоца. Форма тог уговора може бити разнолика, али се обавезност папира на крају увек своди на један двострани правни посао или уговор. Ову теорију заступају многи правници и она се може сматрати као владајућа теорија. Најистакнутији преставници су Гирке, Гарајс, Јакоби. У новије време пак више се истиче т. зв. теорија *креације*, по којој се обавезност папира заснива на једностраном акту издавачевом. Обавезност папира потиче по том мишљењу само и једино од издавача папира. Чим се папир изда у прописној форми, он је обавезан за издавача, макар и не био примљен од неког лица. Ако би био изгубљен пре пријема, он би ипак произвео своје дејство. Теорију креације заступају Дернбург, Бекер, Гринхут, Козак.

Од ове две теорије изгледа да је боља теорија двостраног акта, теорија уговора. Једнострано обећање пре него што исправа буде предана и примљена, још није у стању да заснује обавезност папира, пошто то обећање тако рећи још није ни одвојено од издавача. Исправу треба неко да прими, да би било правног дејства, јер само обећање издавачево и давање исправе

преставља у суштини једну понуду. Али и теорија креације садржи тачних мисли, које доприносе бољем разумевању папира. Тако заслуга је те теорије што је утврдила, да је издавање папира само за себе један стваралачки акт. Једна индиферентна телесна ствар прима, услед изјаве издавачеве, нарочите правне особине. Једно дотле обично парче хартије без икакве вредности постаје сад исправа способна да буде носилац вредности. Кад издавач пусти такву хартију у саобраћај, предмет предаје је једно тело са имовинском вредношћу. И зато, ако би таква исправа ушла у саобраћај и мимо воље издавачеве, издавач може да одговара, али не по том основу, што би он закључио какав правни посао са имаоцем исправе, већ просто зато, што је својом радњом, издавањем папира, створио могућност за циркулацију папира и тиме савесне прибавиоце навео, да папир приме као вредећи папир. Одговорност издавача папира је у таквом случају у ствари одговорност за накнаду штете.¹

Услед тога што се издавањем папира ствара један предмет, способан да буде носиоцем вредности, правило је, да сам папир као такав преставља потпуну понуду. Та понуда иде са папиром, чим он макојим начином уђе у правни саобраћај, независно од издаваоца. И у чије руке папир дође, тај ступа, простим пријемом папира, у пуноважан правни однос са издавачем.

в) Празне особине папира од вредности.

Папири од вредности сматрају се као покретне ствари и као такве могу бити предметом државине, својине и осталих стварних права. Папири се могу узети у попис, а повраћај њихов и заштита врше се стварним тужбама. У правном промету вреде према томе за папире општи прописи о покретним стварима, у колико не би из неких нарочитих разлога што друго било прописано. Одступања су могућа и разумљива с обзиром на то, да папир само услед права оличеног у њему, преставља предмет правног промета.

Што се тиче права *из* папира, оно иде за правом *на* папиру. Стварно-правни односи, засновани на папиру, простиру се и на право, оличено у папиру. Могућност вршења права из папира зависи од државине самог папира. Али само право као тако не губи своју унутарњу природу зато што је оличено у папиру и подвргнуто прописима о стварима. Оно остаје и даље

¹ Gierke, Bd. II, S. 112.

исто оно право, које је било и пре инкорпорисања у папир (чланско право, тражбено право, имобилијарно стварно право и т. д.). Само у спољним односима у место нетелесне ствари (права) појављује се телесна ствар (папир). Ти су спољни односи: пренос права, заснивање стварних права на том праву, и т. д. Ту исправа замењује право или га допуњује само. Исто тако и при вршењу права папир има пресудну улогу. Ко има државину папира, тај тек може вршити права из папира.

Код престанка права игра папир такође важну улогу, али се ту осећа и самосталност права, које је у папиру оличено. И зато може право као такво да буде сачувано, и ако исправа буде уништена. О овоме вреде особени прописи код појединих папира од вредности.

г) **Врсте папира.**

Папири од вредности могу се поделити на више начина, пошто има много и разноврсних папира. Две поделе заслужују нарочиту пажњу. Једно је подела према природи права, које је у папиру оличено, односно према предмету тог права. Са тог гледишта папири се могу поделити на лично-правне, стварно-правне и тражбено-правне папире. Лично-правни папири су они, који престављају право чланова у појединим удружењима. Пример су акције. Стварно-правни могу се тицати права на непокретностима и на покретним стварима. У прве би дошли ови папири: хипотекарна писма (Hypothekenbriefe) немачког права, хипотекарне обвезнице. У друге се убрајају воранти, коносмани и други слични трговачки папири. Тражбено-правни папири могу такође бити врло разнолики. Поред чисто повчаних папира (као меница, чек, полиса) има и других, као разне карте, лозови ит.д.

Друга би подела, која је познатија и важнија, била према једном спољнем формалном моменту, наиме према начину, како се одређује лице овлашћено из папира. Са тог гледишта папири се деле на три групе: *ректа папири*, *папири на наредбу* и *папири на доносиоца*. Али и ако је ова подела изведена по спољнем знаку, ипак она има велике вредности. Главно мерило је у ствари то, у колико је изведена самосталност и одвојеност папира од личности издавачеве.

а) *Ректа папири*. Ректа папири су најмање савршени папири од вредности. Код њих је право из папира у много мањој мери идентификовано са правом на папир, него код других двеју

врста папира. Споља се ректа папири одликују тиме, што они означају једну одређену личност и само њу као овлашћено лице. По правилу је ректа папир сваки папир, који се појављује као прост папир на име. Изузетак су акције, које су само онда ректа папир, ако их је статут огласио за непреносиве. Одлика ректа папира је, да се право из папира не управља искључиво према праву на папиру, већ обратно. Прибављање ректа папира бива по прописима тражбеног права. Ко по тим прописима прибави право из папира, самим тим стиче и право на папир. Предаја папира није потребна за стицање својине на папиру, ма да је она потребна за друго нешто. Према томе и прописи § 221 о прибављању својине *a non domino* не би вредели, пошто се прибављање врши по правилима за прибављање права, а не ствари. Искључено је и прибављање одржајем или окупацијом. При свем том и ректа папири су прави папири од вредности, пошто се право из папира не може вршити без државине папира. Али ни сама државина није довољна, већ је потребно, било да сам папир означаје држаоца као сопственика, било да држалац по другом неком правном основу доводи своје право од лица означеног у самом папиру. Ректа папир је хипотекарно писмено у немачком праву. Даље полисе осигурања и други слични папири, што гласе на име.

б) *Папири на наредбу*. То су такви папири од вредности, који означају као овлашћено лице једну одређену личност, или и сваку другу, за коју би ова наредила, да се њој исплата учини. Сам текст папира треба да садржи клаузулу, да ће се обавеза испунити и на наредбу првобитно овлашћеног лица или ког доцнијег следбеника. Као пример за ове папире може послужити меница, као и акције, које нису оглашене за непреносиве. Папири на наредбу одликују се од ректа папира тиме, што се обећање обавезе проширује и на сваку другу личност, на коју би поверилац наредио да се обавеза има испунити. За папире на наредбу важе потпуно прописи стварног права. Папир оличава право и он одређује његову правну судбину. Пренос папира је олакшан правилом, да се од онога, који је уредним индосманом легитимизиран, прибавља право на папир увек, кад је прибавилац савесан, без обзира на то, да ли је преносилац права сопственик или не.

в) *Папири на доносиоца*. Папири на доносиоца су најсавршенији папири од вредности. Они потпуно оличавају право

из папира, тако да сваки доносилац има право да тражи испуњење обавезе из папира. Сам факат држања папира довољна је легитимација за тражење да се испуни обавеза из папира. Предмет обавезе из папира на доносиоца може бити врло разнолик. Обично су то обавезе, при којима је личност овлашћеног лица сасвим без значаја. Од личних папира на доносиоца могу се навести као пример акције на доносиоца. Од стварно-правних најважније су хипотекарне заложнице. Од тражбено-правних, којих има највише, најчешћи су: новчани папири, каматни и дивидендни купони, државне обвезнице, ренте.

За папире на доносиоца важе потпуно прописи стварног права. Право из папира иде безусловно за правом на папиру. Ово важи не само за право својине, већ и за остала стварна права (вид. § 866).

II. Остали објекти права.

1. Људске радње.

Човек као такав у својој укупности не може бити правним објектом. Сваки човек је личност у праву, а ниједна личност не може се изједначити са ствари. Али ако човек у целини не може бити правним објектом, извесне радње и поступци као делимични одломци личности могу бити правни објекти. Те људске радње или су у онште одређене, тако да се не појављују као тачно одређене, појединачне радње, већ више имају облик једног стања, једног нарочитог држања или кретања (то је случај у Породичном Праву) или су пак сведене на једну одређену радњу са одређеним резултатом. Такве су радње предмет тражбених односа.

2. Субјективна права као правни објекти.

Као правни предмет могу се појавити и сама субјективна права као таква. У том случају се говори о праву на правима. Али у теорији је спорно да ли права као таква могу бити предметом нових права. Једни правници не виде у признању права на правима ништа необично (Дерибург, Бекер, Бирлинг и др.), док други сматрају да је сасвим погрешно говорити о праву на правима, пошто правни предмет може бати само једно животно добро, а право као такво је једно просто овлашћење (Тон, Егзнер, а нарочито Колер). По мишљењу Колеровом¹ где

¹ *Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 450.*

се говори о праву на правима, ту је увек у ствари питање о праву на једном животном добру, на коме већ постоји једно право. И само ради лакшег описа узима се термин право на праву, ма да је тај израз у суштини нетачан.

Овај спор је чисто догматичке природе. Позитивно право међутим познаје и установу права на правима, тако да са гледишта позитивног права не може бити дискусије. Грађански Законик садржи изречне одредбе, у којима су права оглашена као предмети способни да буду подлога субјективних права (на пример § 190 и други). О тим правима на правима биће говора у Посебном Делу.

ТРЕЋИ ОДЕЉАК.

ПОСТАЈАЊЕ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА.

У опште о постанку субјективних права (правне чињенице).

При испитивању, како постају субјективна права, утврђује се тачност напред изложеног мишљења да субјективно право није творевина објективног права. Кад би субјективна права била проста творевина објективног права, онда би свако дубље испитивање о постанку субјективних права било излишно. Субјективна права би се заснивала прописима објективног права и то би констатовање било сасвим довољно, да објасни процес постајања субјективних права. Али у ствари тако не бива. Објективно право само *признаје* субјективна права, одређујући услове и погодбе, под којима једно субјективно право може правно да постоји. Само изузетно може правним прописом да се створи субјективно право, наравно приватно право, док за јавна субјективна права важи супротно начело. По правилу и у огромној већини случајева субјективна права потичу од одређених чињеница, радња и догађаја и спољнег и унутарњег света. Истина те су чињенице махом појави у спољнем свету, али и појави унутарњег света могу имати утицаја на постанак права. Такав је случај са заблудом неког лица, са незнањем једне околности и т. д. Све те чињенице, било да су појави спољнег или унутарњег света, за које је везан постанак или престанак субјективних права називају се *правним чињеницама*.

Ближе одређивање и проучавање правних чињеница доводи до разликовања неколико категорија тих чињеница. Тако, на првом месту издвајају се оне чињенице, које су у суштини природни догађаји, који у опште одређују судбину људског живота, па и на постанак субјективних права имају утицаја. Такве би чињенице биле: рођење лица, болест душевна или телесна,

смрт лица, земљотрес, којим се предмети уништују, промена корита од стране реке, насипање земљишта речним током. Другу категорију чињеница престављају слободне људске радње, које су, као израз одређене воље, управљене непосредно на заснивање правних односа, односно субјективних права. У радње људске улазе и чисто негативни поступци, пропуштања учинити нешто што би требало учинити. Нарочиту групу чињеница престављају т. зв. недопуштене или забрањене радње, које нису управљене непосредно на заснивање односа, али које ипак услед свог утицаја на правне односе заснивају субјективна права особене врсте.

Субјективна права не потичу увек од *једне* правне чињенице. Често пута је за постанак субјективних права потребан стицај неколико чињеница, које у свом скупу доводе до права. При томе се може десити, да се све чињенице једновременно појаве, или пак да се јављају једна за другом у извесном размаку. У овом другом случају важи правило, да субјективно право постаје тек пошто буду све правне чињенице остварене. Али то правило не важи безусловно. Оно има и изузетака. Дешава се, да и само једна чињеница доводи до постанка права, тако да чим се та чињеница оствари, одмах и право као такво постаје, само што не може практички да се реализише. Тек кад и друге чињенице наступе, право се може реализати. То је случај на пример, са правима везаним за какав рок. Право датира од момента остварења прве чињенице, а може се реализати тек кад рок дође, кад се друга чињеница оствари. Има најзад и таквих случајева, да и пре остварења свих чињеница, које су потребне за постанак субјективних права, већ наступају извесна правна дејства, чим се оствари једна или више чињеница. Или се пак накнадним чињеницама даје у неколико повратно дејство, тако да се постанак права датира од момента остварења прве чињенице.

О појединим правним чињеницама биће говора у оним одељцима, где такве чињенице играју особену улогу. Општу важност имају људске радње, које су непосредно управљене на заснивање правних односа. То су т. зв. *правни послови*. Осим правних послова заслужују пажњу и такве људске радње, које нису непосредно управљене на заснивање правних односа, али које због својих особина, или због последица које повлаче, имају значаја за постанак права. Ту долазе у главном *недопуштене радње*, па ће и о њима бити говора овде у Општем Делу.

ПРАВНИ ПОСЛОВИ.

I. О правним пословима у опште.

1. Правни посао и изјава воље.

Књижевност: *Monich*, Die Willenserklärung und Rechtsgeschäft (1900); *Jsay*, Die Willenserklärung im Tatbestande der Rechtsgeschäfte (1899); *Saleilles* La declaration de la volonté (1901).

а) Правни посао је једна изјава приватне воље. Али свака изјава воље није у исто време и правни посао. Та два израза не поклапају се, и ако су неки правници, нарочито Савињи, сматрали да је то једно исто. Изјава воље може се односити и на такве догађаје и чињенице, које немају никакве везе са правом. Према томе изјава воље је шири појам од правног посла. Сваки правни посао јесте изјава воље, али не и обротно.

Под правним послом разуме се таква изјава воље, која је управљена на произвођење правног дејства. Чим се изјавом воље иде на то, да се утиче ма у ком виду на правне односе, таква изјава воље је правни посао. Изјављује се, да једно правно дејство има да наступи, и то правно дејство наступа зато, што је творац изјаве то хтео.

Израз правни посао је један чисто правни термин. То је појам, који је правна наука створила, да би боље схватила право и лакше проникнула у његову природу и склоп. Зато што је то један правно-технички појам, сасвим је природно да се правници не слажу у његовом одређивању. Али оно у чему се правници слажу, што је опште усвојено, то је, да су правни послови оне чињенице, из којих најчешће потичу права, и да њиховим систематисањем и само право добија тачнији израз и јаснију слику. У области приватног права људска воља има стваралачку улогу, и како се та воља изражава у правним пословима, то је очигледан значај правних послова за опште схватање и сазнање права.

Грађански Законик услед рђаве систематике и недовољне садржине своје нема никаквих одредаба о правним пословима уопште. Он садржи само у §§ 531—560 прописе о уговорима у опште, па се ти прописи аналого примењују и на правне послове у опште, пошто су уговори само једна врста правних послова. Али и ти прописи су недовољни; и они остављају нерешена многа питања, тако да се практичар мора да обрати правној науци и од ње да тражи упутства. Како пак у науци постоје разна мишљења, то наступа извесна несигурност, која само штете наноси.

б) Код испитивања о суштини правног посла има да се расправи једно спорно питање, наиме: у каквом односу стоји изјава воље (правни посао) према последицама које наступају после те изјаве. Једни писци сматрају, да изјава воље као таква не производи никакву промену у приватним односима, да те промене наступају услед наредбе правног поретка, зато што објективно право то хоће, а не зато што појединац својом изјавом воље то тражи. Појединац се повинује објективном праву и саображавајући се њему може да учини да објективно право измени односе у оном смислу, у коме појединац то жели. Али промена у ствари потиче од правног поретка. Воља, која се оличава у правном послу, управљена је на чисто привредне последице, на промене у економским и социјалним односима. Правне последице наступају по наредби објективног права. Ово мишљење бране Шлосман,¹ Колер² и још неки правници, који сви уче, да разлог за наступање последице не лежи у вољи, што појединац то хоће, већ у објективном праву, које тако прописује. Други правници пак сматрају да је заснивање правних односа продукат воље странака, да промена у правним односима наступа зато, што странке својом вољом показују да хоће такву промену. Објективно право има само да одређује дејство, границе и домашај тих приватних вољама заснованих односа, али само стварање односа потиче не од објективног права, већ од појединачних воља. Ово друго мишљење, које је несумњиво боље и логичније, заступају Виндшајд,³ Дернбург⁴ и Гирке,⁵ поред многих других правника, који су им се придружили. Али при свем том потребно је констатовати, да изјава воље и правни поредак само у заједници могу довести до субјективних права. Сама изјава воље, без признања правног поретка, не би могла имати за последицу заснивање правних односа и субјективних права, као што обратно, сам правни поредак без приватних изјава воље, не би могао да створи и одржава живот у заједници.

в) Правни посао као изјава воље састоји се из два дела: из *воље* и *изјаве*. Питање о односу та два елемента у погледу заснивања правних односа такође је спорно. Постоје две тео-

¹ *Schlossman*, *Der Vertrag*, S. 129 ff.

² *Kohler*, *Jahrb. für die Dogmatik*, XVIII, S. 129 ff.; XXVIII, S. 189 ff.

³ *Windscheid*, *Pandekten*, I, §. 69.

⁴ *Dernburg*, *Pandekten*, I, § 31; *Bürgerliches Recht*, I, § 107.

⁵ *Gierke*, *Deutsches Privatrecht*, I, § 33.

рије. Једно је теорија воље (Willenstheorie) а друго теорија изјаве (Erklärungstheorie). Једна гледа у правном послу главно вољу, док друга истиче на прво место изјаву воље. Теорију воље може се рећи да је основао Савињи.¹ Он је први истакао вољу као главни елемент у појму праву, а радњу, изјаву воље, повукао је са свим у позадину. Воља као један чисто психички феномен има поред изјаве засебну и самосталну улогу. И зато се у сваком правном послу има издвојити постојање воље од постојања изјаве, као што има да се утврди и конгруенција или сагласност између воље и изјаве. Воља се показује према изјави као објект. То је једно психичко стање, које има тек изјава у спољном свету да открије. Зато Савињи сматра да је у појму правног посла главни елемент воља. „Die Grundlage jeder Willenserklärung ist das Dasein des Wollens“. Изјава у опште није битни елемент у појму правног посла. Она је само једно, истина неопходно средство да се сазна егзистенција главног момента. Пошто је воља један унутарњи и невидљиви феномен, то је потребно имати какав сигурни знак, да би се по њему закључило на постојање воље. Тај је знак изјава у спољном свету било речима, било другим неким средством. Кад овако стоји ствар, онда су неслагања између стварне воље и изјаве у спољном свету и могућа и разумљива. Где би наступио такав случај неслагања између фактичке воље и оне воље која је изјављена, правни посао, који се тим начином засновао, мора се сматрати као ништаван. Али кад је требало повући практичне конзеквенце из оваког схватања, Савињи није могао остати доследан, јер би тиме дошао до резултата, које ни сам не би примио.

Теорија воље у основној својој идеји може се сматрати као владајућа теорија. Њу бране врло многи истакнути правници, као Виндшајд, Гирке, Дернбург и други. Али поред те теорије постоји и друго мишљење, по коме за правно дејство није ме-родавна фактичка воља оног лица, које је учинило једну изјаву воље, већ она воља, која је изјављена, оно дакле што се према трећима било у облику речи или радње какве појавило као хотење, макар то хотење и не одговрало правом, унутарњем хотењу. Правна последица ће наступити, ма да се она у ствари не жели, само ако се из изјаве, која је учињена, такав утисак добија, да изјавилац то хоће, што изјављује, без обзира на то да ли је изјавилац намерно учинио такву изјаву, само да иза-

¹ Savigny, System, Bd. III, S. 98 ff.

зове утисак, као да постоји воља, или пак те намере није било. Многобројни правници заступају ово мишљење, као Колер, Бекер, Тон, Шлосман¹ и други.² Главни разлог који говори у прилог мишљења, да је изјава главно, да је она основа правног посла, лежи бесумње у потребама правног саобраћаја, који не може да истражује унутарњу вољу, један чисто психички феномен, већ се задржава на вољи испољеној неким знаком.

Практична важност целог питања лежи у томе, што се случајеви несагласности између воље и изјаве друкчије расправљају по теорији воље, а друкчије по теорији изјаве. Тако по теорији воље сваки правни посао био би ништаван, ако се унутарња, чисто психолошка воља не би поклапала са изјављеном вољом. По тој теорији, кад би се у потпуности применила, ментална резервација би учинила, да се правни посао сматра као ништаван. Ментална резервација постоји, кад се нешто, што се неће, изјави као да се хоће; да би се у другом изазвала представа, да се то озбиљно хоће, да би се други преварио. Међутим сва права одбацују менталну резервацију и не признају ништавност правног посла у таквом случају. Из овога се види, да се теорија воље не може искључиво бранити већ ни по томе, што сама воља за себе, док не буде изјављена у спољнем свету, не представља ништа одређено, чиме би се и право могло забавити. Истина присталице ове теорије покушавају друкчије да објасне изузетак са менталном резервацијом и да на неки начин покажу доследност. Али су ти покушаји само покушаји и ништа више. Што се тиче теорије изјаве, и она представља једну крајност, јер изјава је споредни, и ако значајни елеменат. Воља мора да се испољи на неки начин, и према томе изјава је неопходна. Зато треба покушати, да се обе теорије споје, да се тражи неко средње мишљење које ће захтевати да се води обзира и о вољи и о изјави њеној. Није у појму правног посла битни елеменат само воља, а изјава да се тражи само ради утврђења воље. Воља и изјава су нераздвојни елементи. Они чине *једно*, као две стране једног истог феномена. Пошто пак поједини случајеви у којима нема сагласности између воље и изјаве, могу бити врло разнолики, остаје најправилније такво

¹ Schlossmann, Der Vertrag, S. 85—140.

² Видети изврсну студију о целом питању *Dr. J. Binder*, Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts („Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, V Bd. 1912, S. 26 6ff); Даље *Hentle*, Willens- und Vorstellungstheorie.

решење, да се у сваком конкретном случају, с обзиром на потребе специјалног случаја, позитивним прописима утврди однос између воље и изјаве, као и претежност једног или другог елемента при оцењивању, да ли постоји пуноважан правни посао или не. Заслуга је нарочито професора Биндера, који је у напред поменутој расправи утврдио, да ово није питање правне логике и правне философије, већ чисто питање позитивног права, и да има да се реши према потребама саобраћаја. Грађански Законик пак, пошто у опште нема одредаба о правним пословима, наравно да није ни ово питање расправио и отуда нејасност и несигурност у српском праву.

2. Врсте правних послова.

1. *Једнострани и двострани правни послови.* Правни посао постоји или услед изјаве воље једнога лица, и такав се правни посао назива *једностраним*, или су пак за заснивање правног посла потребне изјаве два или више лица, у ком случају се говори о *двостраном* правном послу. Док се код једностраних правних послова изјавом једног лица заснива правни однос и производи нарочита правна последица, дотле код двостраних правних послова правни однос настаје тек стицајем двеју сагласних воља. Изјава воље једног лица треба да буде прихваћена од другог лица. Једнострани правни посао је тестамент, изјава воље на случај смрти, а у погледу имања. Једнострани правни посао је отказ уговора. Двострани правни послови називају се *уговорима*. Уговори обухватају највећи део тражбеног права, ма да појам уговора није ограничен на тражбене односе.

2. *Теретни и добротини правни послови.* Подела је извршена према томе, да ли се за корист, која се чини једним правним послом, тражи и еквивалент или каква накнада, или не. У првом случају говори се о теретним, а у другим о добротиним правним пословима. Ова подела има значаја код уговора. Поклон је, на пример, добротини уговор (§ 561), док је куповина један теретан уговор (§ 641).

3. *Правни послови међу живима и на случај смрти.* У правне послове међу живима (*inter vivos*) долазе такви правни послови, којима се заснивају одмах односи између учасника, док код послова на случај смрти (*mortis causa*) заснивање правних односа бива тек у случају смрти и од момента смрти. У прву

групу улази велика већина правних послова, док у другу улазе само изјаве воље на случај смрти.

4. *Отуђење, оптерећење, располагање, одустанак*. Ова подела извршена је према утицају који има изјава воље, оличена у једном правном послу, на постојећа права. Под *отуђењем* разумеју се разноврсни правни послови. У правом и техничком смислу то је такав правни посао, којим неко преноси једно своје право на другога. У ширем смислу под отуђењем би се имало разумети свако напуштање права, без обзира на то, да ли право у исто време прелази на које друго лице или не. Што се тиче *оптерећења* оно је у ствари делимично отуђење. Кад се из права једног издваја један нарочити део, нарочити одломак који терети цело право, такав правни посао зове се оптерећење. На пример, заснивање права ужитка или права залоге на једној ствари. И отуђење у ширем и ужем смислу, као и оптерећење долазе под појам *располагања* под којим се разуме сваки правни посао, којим се право једно било у својој садржини, обиму или рангу мења. *Одустанак* је такав правни посао којим се напушта било једно постојеће право, било пак такво право, које тек има да се прибави, али се услед одустанка не прибавља. На пример, одустанак од хипотеке, одбијање наслеђа.

II. Услови за важност правних послова.

1. Опште расматрање.

Правни послови да би имали за последицу заснивање субјективних права треба да испуњују нарочите услове. Ти се услови тичу на првом месту способности оног лица, које чини изјаву воље, које закључује правни посао. Свако лице нема пословну способност. У вези с тим је питање о изјавама воље преко заступника. Даље се услови тичу стварности изјављене воље, сагласности воље и изјаве, као и тога да није воља изазвана једном неправном радњом. Најзад у питању је и особена садржина правног посла, да ли је законом допуштена или не, и да ли је морална или не. Али врло се често дешава да ти услови не буду испуњени. Таква несагласност између онога што је изјављено и урађено и онога што закон прописује да треба да се уради, има за последицу, да се једна изјава воље или не сматра као правни посао, или пак да се сматра као правни посао, али правни посао са манама и недостатцима, било да су

те мане излечиве или не. Главно је да такве изјаве воље не престављају пуноважне правне послове, пошто су пуноважни правни послови само они правни послови, који испуњују законом постављене услове. Пре но што би се изложили сви услови за важност правних послова изгледа умесно говорити у опште о последицама које повлачи за собом неиспуњење законских услова, да би се доцније при излагању појединих услова имала одмах јасна слика о судбини, која ће постићи један правни посао, ако одређени услов не буде задовољен.

2. О неважности правних послова.

Питање о важности или неважности правних послова је неоспорно једно од најсуптилнијих питања у правној теорији. Истина изгледа на први поглед да би се оно могло решити лако, на један радикалан начин тиме што би се прописало, да чим један правни посао не испуњује законом постављене услове, он не треба у опште ни да важи. Такав посао би се имао сматрати као да правно не постоји. Овако решење не може да се прими на првом месту зато, што сви недостатци нису подједнаки, има их већих и мањих, битних и узгредних, а на другом месту и због тога, што су многи од њих скривени и невидљиви, тако да би правни саобраћај био у опасности кад би сваки недостатак повлачио за собом потпуну неважност правног посла. У место тога усвојена је постепеност, тако да се само у неким случајевима правни посао лишава сваког правног значаја, док се у другим оставља отворена могућност поправке.

Та постепеност датира још из римског права. Старије римско право имало је врло прост систем. Оно је оглашавало правне послове за неважеће, чим ма који услов не би био испуњен. Такве изјаве са недостатцима нису ни сматране као правни послови. Међутим овај систем се почео компликовати са појавом преторског права. Пошто претор није могао да поништи један правни посао, који је важио по грађанском праву, он се у случају, кад је било потребно извршити поништај, помагао једним изванредним средством, повраћајем у пређашње стање (*in integrum restitutio*). Тиме се правни посао посредно уништавао. Тако су постале две врсте ништавности: ништавност по цивилном праву, која је наступала по самом закону, аутоматски, и ништавност преторска, која је претпостављала подизање нарочите тужбе и остваривала се судском одлуком, одлуком преторовом. Доцније

се право још више компликовало, што је често пута постојала несагласност између странака, да ли је један правни посао по самом закону ништаван, па је суд морао да утврди, какав је правни посао, ништаван или не. У току 19. века постала је једна сасвим нова теорија о правним пословама, који у опште не постоје, т. зв. *actes inexistentis*. И зато се данас и законодавци и правници разликују у мишљењима о категорисању неважећих, непуноважних послова.

1. У француском праву преовлађује мишљење, да има у ствари три врсте непуноважних послова, пошто и језик има три разна назива за те послове. Једно су правни послови, који у опште не постоје (*actes inexistentis*), друго су послови, који формално постоје, али су по самом закону ништавани и не производе никакво правно дејство (*actes nuls*), а треће су рушливи или оборљиви послови (*actes annulables*), који постоје и производе правно дејство, али се могу поништити или оборити на захтев интересованих лица.¹

а) *Правни послови који не постоје*. Један правни посао који не постоји (*acte inexistent, non avenu*) је такав правни посао који нема оне елементе, који сачињавају његово биће, његову суштину, и који кад недостају не може логички ни бити говора о правном послу. Апсолутно невођење рачуна о таквом акту сасвим је разумљиво. То није правни посао. То је са гледишта правног једно ништа. О томе право не води никаква рачуна, сем у случају кад изјава добије неки одређени спољни облик, кад се дакле деси неки догађај, који по спољној форми изазива преставу о постојању правног посла, ма да правни посао не постоји. На пример, кад се износи писмена исправа о правном послу. У том случају право се бави овом исправом само у толико у колико је потребно да се констатује непостојање правног посла. Суд је увек по званичној дужности упућен на такво констатовање, макар да се странке нису на то позвале.

Теорију о правним актима који не постоје први је поставио немачки правник Хајделбершки професор Цахарије: у свом уџбенику о француском грађанском праву, и то код питања о важности брака, где се доиста најбоље може да види оправданост

¹ *Planiol, Traité élémentaire de droit civil, I, p. 128 (6me édition).*

² *Zachariae, Handbuch des französischen Zivilrechts, (4 Bände 1808; 7. Auflage 1886) Bd. III, § 450.*

овог појма о правним пословима, који не постоје. Доцније је та теорија опште усвојена од француске правне доктрине.

Случајеви у којима се говори о правним пословима што не постоје, могу бити врло разнолики. На првом месту потпун недостатак воље чини да нема ни правног посла. С тим је изједначен и случај формално изјављене воље, која се по закону сматра да није воља у правном смислу речи. Пример је изјава воље једног детета испод седам година. Даље код сваког правног посла постоје битни услови особене природе. Тако без цене, нема ни куповине и продаје. Исто тако и недостатак битне форме чини да нема правног посла. На пример брак, који би благословио црквењак.

б) *Ништавни послови*. Ништаван (nul) је такав правни посао који испуњује све битне услове за постојање и правног посла у опште, као и правног посла одређене врсте, али зато што неки од тих услова не одговарају оним погодбама, које је закон у општем интересу, с обзиром на јавни поредак, поставио, посао је ништаван. Он не производи своје дејство. Ништавност наступа по самом закону. Није потребна судска одлука којом би се изрицало, да је правни посао ништаван. Али у овом питању се не слажу правници, јер неки траже судску интервенцију у сваком случају, тако да док суд не утврди ништавност правног посла, дотле се не би тај посао могао сматрати као ништаван. Примери су забрањени правни послови, правни послови са неморалном садржином.

в) *Рушљиви правни послови*. Под рушљивим правним послом треба разумети такав правни посао, при коме воља изјавиоца има извесних недостатака, било да је изјавилац лице са ограниченом пословном способношћу, било да он има потпуно пословну способност, али се изјава његова не слаже с оним што је он хтео. То су случајеви где би малолетник од 7—21 године закључио правни посао без одобрења свог законског заступника. Исто тако и случајеви, где би изјавилац био у заблуди, или под принудом и преваром. Неважност оваких правних послова донета је у интересу одређених лица и зато зависи само од тих лица хоће ли правни посао важити или не. Правни посао који је рушљив, и постоји и производи своје последице, све док суд на захтев овлашћеног лица не поништи такав један рушљив правни посао.

Са овом поделом неважећих послова нису сложни сви прав-

ници, и ако она изгледа најбоља. Тако *Aubry* и *Rau*¹ сматрају, да треба правити разлику само између правних послова који не постоје и ништавних правних послова, који обухватају и рушљиве послове (релативна ништавност).

2. У немачком праву је ово питање пречишћено и то, може се рећи, на задовољавајући начин. Непуноважних послова има три категорије.

а) *Послови који правно не постоје*. То су правни послови који се само с поља појављују као такви, у ствари они не испуњују у себи све елементе, који су потребни, да би правни посао у опште постојао. Немачко право сматра сасвим природно оваке чињенице као нешто, што у опште нема правног значаја и зато законик о тим правним недоношчадима и не говори. Ово су у главном исти послови, који се и у француском праву сматрају као да не постоје. Разлика је само у погледу правних послова оних лица, која немају пословне способности (деца до 7 година, душевно болесна лица). Те правне послове немачко право сматра као *ништавне*, а не као послове, који у опште не постоје, јер спољни елементи за остварење једног правног посла су дати у тим случајевима. Француско право убраја те послове међутим у правне послове, који не постоје.

б) *Ништавни правни послови*. Један правни посао је ништаван (*nichtig*) у немачком праву под истим условима, под којима и у француском праву. Кад је садржина правног посла забрањена или неморална, кад је посао привидан (*Scheingeschäft*) ит.д. Ништавност наступа по самом закону. Сваки се може позивати на ту ништавност. Старије пандектно право тражило је, да се ништавност утврди пресудом судском на тужбу лица, које би таквим правним послом било оштећено. Новије право као и данашњи грађански законик не траже то. Ништавни правни посао не производи никакве правне последице макар да ништавност није утврђена судским путем. Изузетак постоји само код брака.

в) *Оборљиви или рушљиви правни послови* (*anfechtbar*). То су као и у француском праву такви послови, који правно постоје, јер испуњују све битне елементе правног посла, али код којих воља за закључењем посла има извесне недостатке. Чим је изјава воље учињена у заблуди, под принудом или је пак изазвана преваром, правни посао се може поништити, и ако он

¹ *Aubry et Rau*, Cours de droit civil, t. I, § 37.

у ствари постоји и производи правне последице све до поништаја. Правни посао не мора безусловно да се поништи. Он се може накнадно одобрити. Ако се пак посао поништи, сматра се да је био ништаван од самог почетка. Поништај правног посла наступа, за разлику од француског права, простом изјавом повређеног лица противној страни. Није дакле потребна тужба за уништај правног посла. Код уговора који се обарају изјава о поништају има се учинити према другој страни. Код једностранних правних послова, који се предузимају према одређеном лицу, изјава о поништају има се учинити према том лицу, које је прима к знању. Код осталих једностранних правних послова, где нема таквог лица, одређеног да прими изјаву, изјава о поништају има се учинити пред оним, који из правног посла непосредно извлачи користи. Изјаве које се чине пред влашћу, пред њом се и обарају контра изјавом, а власт је дужна да то достави интересованим лицима. О свему овоме говори § 143 немачког законика.

Изјава о поништају има се учинити у нарочитом законом одређеном року. Чим протекне рок обарање је више искључено. Рокови су разнолики, према разним врстама правних послова.

3. О неважности правних послова у српском праву.

Како Грађански Законик нема никаквих прописа о правним пословима у опште, то је разумљиво што и у питању о неважности правних послова нема јасних одредаба. Систем српског права може се извести тек на основу појединачних, растурених прописа о правној судбини извесних послова, којима се Грађански Законик изречно забавио. У колико би било празнина, оне се попуњавају по угледу на инострана права. Али на несрећу ни појединачне одредбе нису јасне и само се тиме може и објаснити несагласност правника српских у овом питању.

По мишљењу Андре Ђорђевића¹ треба разликовати две врсте неважности правних послова: *ништаканост* (нулитет) и *порушљивост* или *оборљивост*. Под ништавношћу се разуме непостојање правне егзистенције једног правног посла. Ништаван правни посао, то је посао који не постоји са гледишта правног. Ништавност може бити *апсолутна*, ако је донета у општем интересу, и *релативна*, ако је прописана у интересу одређених лица, ради заштите тих лица. Случајеви апсолутне ништавности

¹ Систем, I, стр. 139.

су по Ђорђевићу, кад правном послу недостаје какав битни услов, као воља или пристанак, кад је садржина забрањена, или кад се ствар, која је предмет правног посла, налази ван промета. Релативно ништавни су правни послови закључени услед преваре или принуде, послови лица са ограниченом пословном способношћу.

Дејство ништавности је, да се никаква промена у правним односима не заснива. Та је ништавност општа и важи према свим лицима. У том погледу нема разлике између апсолутне и релативне ништавности, само ако се лице, у чију корист постоји релативна ништавност, послужи својим правом да тражи поништај. То право може и застарити (§ 937) и зато треба тражити поништај у року од три године.

Рушљиви или *оборљиви* правни послови су такви послови, који правно постоје, али се могу поништити или раскинути због извесних околности. Раскид може тражити само одређено лице. Пример пружају уговори, који се могу поништити због оштећења преко половине (§ 559) као и они, код којих се поништај тражи услед физичких мана или недостатака ствари (§§ 555, 556 и 558).

Подела коју је извео Ђорђевић није ни мало добра. По Ђорђевићу категорија *ништавних* послова обухвата и правне послове који не постоје, и ништавне послове и рушљиве или оборљиве послове, све три категорије, које француско и немачко право јасно издвајају једну од друге. Разликовање између апсолутне и релативне ништавности није јасно изведено. За ништавне послове ма које врсте по Ђорђевићу потребна је нарочита тужба за поништај и судска одлука. Што се тиче пак рушљивих или оборљивих правних послова по Ђорђевићу, он ту убраја неке изузетне случајеве неважећих послова, које треба само у додатку споменути, јер они немају општи значај. То су случајеви неважжности код појединих врсти правних послова, а тим случајевима није место у општем делу Грађанског Законика.

Питањем о неважности правних послова забавио се и Живојин Перић¹ који све случајеве неважности дели у две категорије: а) у правне послове који не постоје и б) у рушљиве или оборљиве правне послове. У прву категорију улазе дакле и они правни послови који не постоје, зато што им недостаје један

¹ Ж. Перић, О поништају уговора због неизвршења („Приватно Право“ стр. 41 и даље).

битни елеменат, као и ништавни правни послови француског и немачког права, док у другу категорију улазе рушљиви или оборљиви правни послови, они исти, који се тако сматрају и у иностраном праву. Перић с правом не помиње оне послове, који не би важили из особених узрока, који проистичу из њихове нарочите правне природе, а које послове А. Ђорђевић означаје именом рушљивих или оборљивих правних послова.

Подела Перићева је логичнија и боља од поделе Ђорђевићеве, али се ни она не може у потпуности усвојити услед изједначења *правног посла који не постоји са ништавним правним послом*. То изједначење није потребно, јер између ове две врсте правних послова има стварне разлике која захтева одвојено излагање. И зато изгледа најбоље усвојити тројну поделу, која има и унутарњег оправдања, а и показала се у примени као практична подела. По тој подели разликују се правни послови са недостатцима у ове три категорије:

1. *Правни послови који не постоје*. То управо и нису правни послови, јер немају битне елементе било за постојање правног посла у опште, било за постојање једног одређеног правног посла. Чим таквих битних елемената нема, сасвим је природно да нема ни правног посла. Правног посла нема ни фактички, ни са правног гледишта. Постоји нешто, али то нема облик правног посла. То је једно ништа, о коме право не води никаква рачуна. У ове правне послове би дошли сви правни послови, при којима у опште нема воље учесника. Потпуни недостатак воље, односно изјаве воље довољан је разлог, да се нешто, што се истиче као правни посао, сматра као ништа, као правни посао који не постоји. Код уговора потпуно недостајање пристанка чини, да у опште нема уговора. Или ако предмет уговора није утврђен, самим тим нема ни уговора. Правни посао не постоји, ако је законом прописана битна форма недостајала. Недостатак форме има за последицу само онда непостојање правног посла, кад је форма битни део акта, као што је случај код брака. Брак постоји, ако га је благословио свештеник. Ако је венчање извршило једно грађанско лице, то није брак.

Кад су правни послови ове врсте једно ништа и то како са гледишта формално-правног, тако и са гледишта материјално правног, онда је очигледно да они немају никаква утицаја на заснивање правних односа. Сваки може истичати, да је то ништа са гледишта правног и да евентуалне последице нису правне

последнице. Никаква судска одлука није потребна, да се овакав правни посао огласи за правно непостојећи. По самом закону то је нешто, што ни у ком случају не може се сматрати као правна чињеница, као правни посао. Зато не може бити ни речи о неком накнадном пријему или одобрењу. Право сваког грађанина, да се на непостојање посла може позвати не-застариво је.

2. *Ништавни правни послови.* Ништавни правни послови су такви послови, који по спољнем облику испуњују све услове за постојање правног посла, али у суштини ти услови нису испуњени зато што они захтеви код појединих елемената правног посла, о којима постоје принудни прописи, нису задовољени. То су такви правни послови, који су појављују фактички као правни послови, али се са гледишта правног не сматрају као правни послови. Тако, постоји изјава воље или пристанак лица, али та изјава не потиче од лица, које има пословну способност, већ од детета једног, које није навршило још ни седам година. Или, постоји изјава воље од стране лица које има пословну способност, али је изјава учињена у шали, неозбиљна је и то се десило под таквим околностима, да се очекивало, да ће противна страна уочити недостатак озбиљности. Ништаван је и онај правни посао, чија је садржина противна закону или јавном моралу. Исто тако и правни посао, који не би био закључен у законом прописаној форми, али форма није везана за унутарњу природу посла, који је у питању.

Ништавни посао је такође ништа, као што је то случај код правних послова, који не постоје али је он једно ништа само са гледишта материјалног права. Са правног гледишта ништавни посао се сматра као да не постоји, исто онако као и у случају под 1), али се он фактички појављује у саобраћају као правни посао. Он истина не производи оне правне последице, ради којих је постао, али та околност, што је постао и што је пуштен у правни саобраћај, даје му извесну чисто фактичку важност, о којој право мора да води рачуна. Међутим, главно дејство своје, на које је правни посао био управљен, он не производи. Сваки се може позивати на ништавност посла, коме би такав један посао био истицан.

Никаква судска одлука није ни овде потребна, којом би се правни посао огласио за ништаван. Ништавност наступа по самом закону. Изузетак постоји само код брака, чија ништавност

мора увек да се утврди судском пресудом (§§ 93 и 99 Грађанског Законика). Разуме се, да се путем нарочите тужбе, т. зв. тужбе у циљу констатовања (*Feststellungsklage*) може утврдити неважност правног посла. Иначе ако је спор о томе, да ли је правни посао ништаван или не, пресудну реч има суд, само што он неће својом одлуком *поништити* правни посао, већ ће једино констатовати, да је правни посао ништаван.

Кад ништавни правни послови по самом закону не важе, онда је свакоме остављено да предузима правне кораке, подиже тужбе, износи приговоре, ослањајући се при том на оно правно стање, чију је промену хтео да изврши ништавни правни посао. Појединци могу такав правни посао потпуно игнорисати. Он је за њих у ствари један правни посао који не постоји. А и сам суд дужан је о томе да води рачуна и чим сазна за разлог један, који чини да је правни посао ништаван, суд је по званичној дужности позван да такав правни посао издвоји и не заснива своју одлуку на њему, макар да се странке нису на то позивале. Ништавност је у општем интересу изречена, а судови су у првом реду дужни да воде рачуна о општим интересима.

Ништаван правни посао остаје за увек ништаван. Право на истицање ништавности је незастариво. Потврде нема нити може бити. *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*. Међутим ништа не смета, да се потврда изврши у облику новог уговора. Наравно да у таком случају сви услови за важност новог уговора морају бити испуњени.

Ако је ништавни правни посао извршен, онда се према околностима отварају разна средства за уклањање последица, наступелих услед извршења правног посла. Та средства стоје на расположењу како оном повређеном, тако и другој страни. Ако је једним ништавним правним послом извршен пренос својине, отуђивачу или преносиоцу остаје право да својинском тужбом тражи повраћај ствари натраг, под претпоставком наравно, да неко трећи није већ постао сопствеником те ствари било одржајем (§§ 928 и 929), било на основу прописа § 221 и без одржаја. Ако је упис извршен у хипотекарне књиге, или је извршен пренос по тапији, повређено лице мора тужбом да тражи исправку књига односно поништај тапије. У оваквом случају потребна је судска одлука не да поништи правни посао, јер он је ништаван по самом закону, већ да отклони последице његове. Ништаван

правни посао као буде извршен, може се подићи и тужба због неправедног обогаћења.

3. *Рушљиви или оборљиви правни послови.* Под рушљивим или оборљивим правним пословима разумеју се такви правни послови, који фактички постоје и производе своје дејство, али који имају извесних унутарњих недостатака, услед којих могу бити поништени, т. ј. оглашени за неважеће. Ти се недостатци тичу или изјаве воље, или пак других неких елемената из појма појединих правних послова. Главна одлика ових недостатака, који чине да је један правни посао оборљив, је у томе, што то нису такви недостатци, да би у јавном интересу правни посао морао бити поништен. О свима овим недостацима објективно право води рачуна у циљу заштите појединих приватних лица и зато је тим појединцима и остављено, да сами оцене, да ли ће тражити поништај или не. На пример, правни послови закључени у заблуди о једном битном елементу, о једној битној околности. Такав један правни посао оно лице које је било у заблуди може поништити.

Један рушљив или оборљив правни посао није непосредно ништаван по самом закону. Он правно постоји све док не буде поништен услед акције оног лица, у чију је корист прописано, да се посао може поништити. Право на поништај нема свако. Сваки не може истицати оборљивост једног правног посла, већ само онај, који би тим правним послом био повређен, односно онај у чијој личности лежи узрок за поништај.

Рушљиви правни послови разликују се од ништавних правних послова не само по мотиву, са кога су оглашени као оборљиви послови, већ и по начину остварења ништавности. Док су ништавни послови по самом закону ништавни, дотле се један оборљив или рушљив посао може само пресудом суда, на тужбу овлашћеног лица, поништити. Немачко право, као што је напред поменуто, задовољава се простом изјавом овлашћеног лица, да се односни посао поништује и да не важи, док српско право тражи тужбу суду и судску одлуку. То се види из § 937 у коме изречно стоји, да се право на поништај правног посла губи, ако се за три године *не тражи поништај код суда*. Судска одлука у оваком случају има, не да констатује ништавност, већ да уништи један постојећи правни посао. Према томе право на поништај правног посла може и застарити и онда правни посао остаје у пуној важности.

Како је оборљивост правних послова прописана у инте-

ресу појединаца, то је разумљиво, што је њима дато право, да се том оборљивошћу не користе, било што неће тражити поништај у законом року, било што ће изречно потврдити или одобрити правни посао, који је у питању, т. ј. отклонити онај недостатак, због кога се правни посао могао поништити. Потврда правног посла у суштини је одрицање права на поништај посла.

Док се оборљиви послови у свима овим односима знатно разликују од ништавних послова, дотле у погледу дејства ништавности не постоји никаква разлика међу њима. Оборљив посао кад буде поништен, сматра се да је био ништаван од самог почетка. Пресуда судска, којом се ништи један оборљив правни посао има и стварно дејство. Ако је варалица прибавио право својине по тапији, чим се посао отуђења поништи, самим тим преварени постаје сопствеником свог добра и може га тражити натраг по својинском основу. Ако би трећа лица прибавила какво право *bona fide*, она би била заштићена само у случајевима, о којима говори § 221 Г. З. У другим пак случајевима, пошто Грађански Законик нема одредаба о заштити савесног и поштенног промета, та трећа лица морала би изгубити своје право, на основу начела, да ко сам што нема, не може ни другом дати (§ 20 Г. З.), сем ако не би било места примени § § 928 и 929. Овакав строги систем није ни мало практичан, али он по закону постоји и мора се поштовати.

У рушљиве или оборљиве правне послове убрајају се и неки правни послови особене врсте, код којих један елеменат, који карактерише такву врсту правних послова, има извесне недостатке. На пример уговор о куповини, при коме је једна страна оштећена преко половине (§ 559). Или уговор о продаји ствари, која има скривене мане или недостатке. Даље уговори закључени на штету поверилаца (§ 303 а). Сви ови правни послови изучаваће се у Посебном Делу на одговарајућем месту.

III. Поједини услови за пуноважност правних послова.

I. Пословна способност изјавиоца воље.

Под пословном способношћу разуме се способност правних субјеката, да својим изјавама воље производе оне правне последице, на које је изјава воље управљена била. Ту способност немају сва лица. У суштини овде је реч о лицима која немају

способност *воље*, нису у стању да имају нормалну и разумну вољу. Али пошто је у питању воља за закључивањем правних послова, то се говори о *пословној* способности, ма да је израз тај само формално тачан. Нека лица у опште немају пословне способности, нека пак имају ограничену пословну способност.

1. Правни послови лица, која немају пословне способности.

а) Пословну способност немају никако деца испод седам година (§ 533 Г. З.). Она су лишена могућности да својим изјавама воље утичу на промену правних односа. За децу такву делају њихови законски заступници.

б) Пословну способност немају лица душевно оболела (§ 533). Не чини се разлика, да ли је лице било само у тренутку давања изјаве душевно болесно, или је иначе душевно болесно; да ли је трајно или пролазно душевно оболело, да ли је стављено под старатељство или не; да ли је интернирано у заводу за умно оболеле или не. Све те околности имају значаја за доказивање душевне оболелости, за обарање претпоставака, за испитивање, да ли постоје *lucida intervalla* или не. За главно питање пак о судбини правног посла, који би закључило једно лице у стању душевне оболелости то је без значаја.

Деца испод седам година и душевно оболела лица немају пословне способности и према томе њихове изјаве воље немају правног значаја. Правни послови таквих лица, што немају пословну способност, су *ништивни*. То нису послови, *који у ошћте не постоје*, јер формално постоји изјава воље, али су то послови који по замом закону не вреде. Они нису ништа, јер стварају извесно фактичко стање, али се то стање у свако доба, на свачији захев може да претвори у првашње стање.

2. Правни послови лица са ограниченом пословном способношћу.

а) Ограничену пословну способност имају малолетници од 7—21 године. Према пропису § 533 такви малолетници могу предузимати само неке правне послове, такве послове којима се ни на шта не обвезују, који им само користи доносе. Остале правне послове малолетници ови могу једино предузимати са одобрењем, претходним или накнадним, свог законског заступника. Ако би малолетник са ограниченом пословном способношћу учинио једну изјаву воље, коју он по свом правном положају не може пуно-

важно да учини, пита се каква је судбина таквог правног посла. Такав правни посао није ништаван, већ оборљив или рушљив. Ово важи у првом реду за двостране правне послове или уговоре. Право да тражи обарање или поништај уговора припада на првом месту малолетнику, пошто је правило о ограничениости његове пословне способности донето у његовом интересу, ради његове заштите. Осим малолетника то право припада и његовом заступнику. Све док сам малолетник, или његов заступник не затраже поништај правног посла тај посао постоји и производи правне последице. Али је судбина правног посла при свем том неизвесна, јер сваки час може се тражити код суда његов поништај, и кад правни посао буде поништен, сматра се као да није ни постојао.

Малолетник није при поништају правног посла везан ни за какав рок све до пунолетства свог. Ако би малолетник постао пунолетним и за четрнајест дана по пунолетству не би тражио поништај правних послова које је закључио без потребне пословне способности, сматра се, да су ти послови одобрени и према томе се не могу више обарати (§§ 919 и 921).

Малолетник нема право да тражи поништај правног посла у случају кад би он лукавством и преваром уверио противну страну да је пунолетан (§ 917). Такав правни посао остаје пуноважан и не може га оборити ни законски заступник малолетников.

Што се тиче друге уговорне стране, која би закључила правни посао са малолетником, та страна везана је за уговор и не може тражити поништај његов. Ово важи наравно под претпоставком, да је противна страна знала за малолетство, да није дакле била у заблуди у погледу пословне неспособности малолетникове. Ако би противна страна била у заблуди, она може тражити поништај уговора услед заблуде своје. Грађански Законик нема истина одредбе о овоме, али овако решење проистиче из природе саме ствари.

Услед тога што је код двостраних правних послова, које би закључио малолетник са ограниченом пословном способношћу, једна страна само обвезана и везана за уговор, док друга страна може у свако доба тражити поништај уговора, наступа једно стање неизвесности, које не може вечито трајати. Та неизвесност нарочито је штетна за противну страну, која не зна на чему је, да ли ће уговор бити поништен, или ће пак законски заступник малолетников одобрити тај уговор. Да би се та штетна неизве-

сност отклонила, немачко право прописало је, да друга страна може позвати заступника малолетниковог да се изјасни, да ли одобрава правни посао или не. Заступник је дужан у року од две недеље, да се изјасни. Ако се заступник у том року не изјасни, сматра се да не пристаје и онда је и противна страна разрешена својих обавеза. Грађански Законик не садржи оваке прописе, али он нигде и не забрањује, да се тако поступи. Правичност захтева, дати противној страни ово право, пошто ће често бити случај, де се она надала на накнадно одобрење заступниково, па се зато и упустила у преговарање са малолетником.

Све ово важи за двостране правне послове. Једнострани правни послови пак требало би да никако не важе по самом закону, да су ништавни, а не оборљиви. Али Грађански Законик не чини никакву разлику између једностраних и двостраних правних послова и зато све што је речено за двостране послове, важи и за једностране послове малолетника. Наравно, пошто овде нема противне стране, то и не може бити говора о везаности њеној за правни посто.

б) Са малолетницима од 7—21 год. изједначене су, према § 920 удате жене за живота мужевљева. Оне су такође ограничене у пословној способности и то још више него малолетници. Удата жена не може да закључи ниједан правни посао без одобрења мужа, свог законског заступника. Правни послови, које би жена закључила без одобрења мужевљева су оборљиви. Њихова је судбина иста, као и судбина правних послова једног малолетника између 7 и 21 године.

Са малолетницима су изједначена и сва лица, која би услед телесне или душевне немоћи била стављена под старатељство, као и судом проглашене распикуће. За лица под стечиштем важе особени прописи. Правни послови тих лица не вреде само према стечајним повериоцима, а иначе су пуноважни (§§ 24 и 25 Зак. о стечишном поступку).

3. Правни послови правних лица.

Правна лица имају потпуну пословну способност. Али да би могло бити речи о правном послу, који закључује једно правно лице, потребно је, да су у име правног лица и за правно лице делали органи, законом или статутима позвани да представљају правно лице. Ако то није случај, тада то неће бити правни посао правног лица. Тај посао важиће, али ће се сма-

трати као изјава воље оних физичких лица, која су изјаву и учинила. Сва права и дужности из таквог једног посла припашће тим физичким лицима.

II. Стварност изјављене воље.

Правни посао је приватна изјава воље. Суштина његова је воља, која се у спољнем свету манифестује посредством изјаве. Воља као битни елеменат у појму правног посла мора постојати, да би и правног посла било. Стварност воље, егзистенција воље је неопходан услов за егзистенцију правног посла. Али не треба мислити, да је довољно утврдити постојање ма какве воље. Да би једна воља била основа за пуноважни правни посао, треба да постоји стварно у оном обиму и облику, како је изјављена у спољнем свету. Изјављена воља и фактичка воља треба да се поклапају, подударају, јер тек онда може бити говора о пуноважним правним пословима. Већ је напред изложено, како су воља и изјава битни елементи у појму правног посла и како је њихова сагласност један од услова за важност правног посла.

Али може се десити и фактички се дешава, да оно што је изјављено, у ствари није хотено. У таквом случају несагласности између воље и изјаве изгледа најлогичније прописати, да изјава не производи никакво правно дејство. И доиста то се правило поставља као принцип, али се тај принцип због разноврсних случајева и комбинација не може безусловно остварити. Стога се место општег правила разматрају поједини конкретни случајеви и решавају према особеним одликама сваког случаја. При томе се прави разлика, да ли је изјавилац свесан био тога, да оно што је изјавио, он у ствари неће, или пак није свесан био. Обадва случаја заслужују особено разматрање.

А) СВЕСНА НЕСАГЛАСНОСТ ИЗМЕЂУ ВОЉЕ И ИЗЈАВЕ.

1. Ментална резервација.

Књижевности: v. Pestalozza, Die Mentalreservation (1904); Vogel, Die Mentalreservation und Simulation; Wette, Die Mentalreservation, Simulation und agere in fraudem legis (1900).

Ментална резервација је свесна воља и одлука изјавиочева, да оно што изјављује, он у ствари неће. Изјавилац чини намерно

једну изјаву, изјављује да нешто хоће, да би само обмануо противну страну, ма да у ствари он то неће. О оваквом злонамерном поступању право води рачуна и прописује, да ментална резервација нема утицаја на пуноважност правног посла. И ако је утврђена несагласност између воље и изјаве, ипак правни посао важи. Немачки законик садржи изречну одредбу у § 116, да једна изјава воље није ништавна зато што је изјавилац у себи говорио и мислио, да изјављено неће, да неће оне правне последице које потичу из изјаве. Српски законик нема изречне одредбе о менталној резервацији, али се из општих наређења у § 537, да никоме не помаже превара и обмана, може извести правило, да и ментална резервација не помаже ономе, који би се том резервацијом послужио. Правна доктрина је једнодушна у томе, да ментална резервација нема утицаја на важност правног посла.

За менталну резервацију битно је, да је изјавилац имао намеру, да противну страну превари. У каквом се циљу та превара вршила, то је без значаја. Не тражи се, да је изјавилац то урадио из чисто материјалистичких побуда. Ментална резервација је могућа и из шале, под условом наравно, да је изјавилац скривао намеру за шалењем. Намера за обманом или преваром треба да постоји према оном лицу, према коме се и изјава чини. Ако случајно не би било таквог лица, као што показује пример са тестаментом, намера за скривањем воље треба да постоји према онима, према којима тестаменат производи своје дејство. Ако би по томе сведоци знали за менталну резервацију, ипак би тестаменат важио, само ако наследници и легатари нису знали.

Изјава воље учињена под менталном резервацијом може изузетно бити ништавна, и то само онда, кад је прималац изјаве прозreo изјавиоца, кад је дакле другим речима знао за менталну резервацију. С овим није изједначен и случај, кад је прималац могао знати и прозрети изјавиоца. Ко се позива на ништавност правног посла у оваквом случају дужан је да утврди постојање ове две чињенице: да је недостајала воља за правним послом и да је прималац изјаве то знао. Ако се утврди ово двоје, правни посао је ништаван. Ово правило не важи само за брак. Ментална резервација нема апсолутно никаквог утицаја на важност брака.

2. Симулација.

Књижевност: Wlassak, Das Rechtsgeschäft und das Verhältnis des Willens zur Erklärung (1902); Goldstauh, Simulierte und fiduziarische Rechtsgeschäfte (1903); Hartmann, Das simulierte Rechtsgeschäft (1904); Ivo Pfaff, Zur Lehre von sog. in fraudem legis agere (1892).

Под симулацијом или *привидном изјавом воље* разуме се таква изјава, која се у ствари неће, али се чини у спољнем свету у циљу да се изазове изглед правног посла. У случају симулације изјавилац воље нема намеру да превари и обмане онога, према коме чини изјаву, већ баш обратно очекује да ће овај увидети привидност изјаве. Али он има намеру да пред трећим лицима створи изглед постојања правног посла, било да је та намера поштена, било непоштена. Прималац изјаве или зна или се по свима околностима може узети да зна, да је изјава само привидна, да се чини у шали, да није озбиљна, и да се њоме трећа лица, која не учествују у правном послу, имају да доведу у заблуду у погледу фактичког постојања воље и изјаве.

Изјава воље учињена само привидно, не важи. Правни посао је ништаван. Немачки законик садржи изречну одредбу у § 118, да је ништавна свака изјава воље, која није учињена озбиљно, а изјавилац је очекивао, да ће друга страна уочити неозбиљност изјаве. Грађански Законик српски нема изречне одредбе, али је несумњива ствар, да и у српском праву сваки правни посао привидно закључен под горе означеним условима, је ништаван (в. чл. 913 црногорског законика). Чим се утврди постојање такве неозбиљне изјаве, учињене у шали, или при предавању као поука, или у иронији, или из ма каквих других мотива, правни посао биће ништаван, јер нема онакве изјаве воље, која може да послужи као подлога за један пуноважни посао. Безначајно је, да ли је изјавилац смео и имао разлога да очекује, да ће противна страна приметити, да је изјава само привидно учињена.

Како су привидне и неозбиљне изјаве воље изузетна појава, то је сасвим правично, да онај који истиче неозбиљност и привидност изјављене воље, то и докаже. Ако изјавилац утврди да је изјава била привидна, правни посао ће наравно бити ништаван. Друга страна међутим може и у том случају да истиче важност правног посла, ако успе да докаже менталну резервацију изјавиоачеву, т. ј. ако утврди да је изјавилац имао намеру да сакрије недостатак воље.

Правило да су симулирани или извештачени правни послови ништавни, у сагласности је са правним принципима, али повлачи

за собом неповољне последице у практичном животу. Противна страна, која није учила недостатак озбиљности, може да буде оштећена тиме, што ће поверовати у озбиљност изјаве. Чим закон оглашује правни посао као ништаван, та страна нема право ни на какву накнаду по том основу, што је закључила правни посао. Али она треба да има накнаду по том основу, што је без своје кривице једном радњом другог лица оштећена и то оштећена таквом радњом, која се не може да представи као неко право тог лица, па да лице за то не одговара. Немачки Законик је, да би отклонио сваку сумњу, прописао, да изјавилац једне привидне воље, и ако није везан за правни посао, одговара за штету коју би прималац изјаве или пак онај, према коме изјава производи своје дејство, имао услед тога што је у ту изјаву поверовао. Штета се састоји у накнади т. званог *негативног интереса*, у васпостављању оног стања, које је постојало пре симулованог правног посла. Од ове одговорности изјавилац се може ослободити само ако докаже, да је прималац изјаве знао за недостатак воље, или и није знао, али услед своје кривице, услед свог крајњег нехата. Српско право нема изречан пропис о овоме, али је несумњиво да таква одговорност постоји и у српском праву на основу општих принципа о накнади штете.

Ако је симулованим правним послом прикривен други неки правни посао, тај прикривени посао важиће, само ако су услови испуњени, под којима је такав један правни посао пуноважан.

3. Принуда.

Књижевност: Schliemann, Die Lehre vom Zwange (1861); Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte (1886); Planck, Der Begriff der Widerrechtlichkeit (Göttinger Festgabe für Regelsberger 1901); Hirsch, Zur Lehre vom Zwange (1899); Kolbe, Das erzwungene Rechtsgeschäft (1902).

Изјава воље учињена под психичком или физичком принудом показује објективно посматрана свесну несагласност између фактичке воље и изјаве. Истина романисти уче, да код изнуђене изјаве воље фактички воља постоји, само је изазвана недопуштеним начином и то је разлог зашто се правни посао може поништити.¹ Али ово схватање је погрешно. Принудом је изазвана само *изјава*, а не и *воља*. Непосредна последица принуде је изјава, а не воља. У осталом принудом се не може ни

¹ Windscheid-Kipp, Pand. I, S. 418. Тако и Ђ. Павловић. О обвезностима и уговорима, стр. 289.

ни на заснивање воље, пошто је воља један чисто унутарњи феномен, ван домаћаја спољних утицаја.

Ако је изјава воље изазвана страхом од нечега, то по праву нема утицаја на судбину правног посла. Страх је само мотив био, о коме објективно право у нормалним случајевима не може водити рачуна. Али ако је страх, који је довео до изјаве воље, изазван једном противправном претњом, учињеном баш у том циљу, да се изјавилац покрене да учини односну изјаву, онда је то случај *принуде*, о коме право мора да води рачуна. Воља и изјава воље треба да су слободне од сваког притиска. Само слободно изјављена воља заснива пуноважне правне послове. Код принуде пак постоји противправни утицај у циљу изазивања изјаве, па је сасвим разумљиво што изјава воље, учињена под таквим околностима, не може засновати један пуноважни посао.

Да би се узело, да постоји принуда, потребно је да ови услови буду испуњени. На првом месту радња којом је изјавилац заплашен и приморан, да изјаву учини, треба да је једна *противправна радња*. То значи, принуђач није имао право да прети и претњом постиже да принуђени учини једну изјаву. Према томе није противправна претња, кад се прети нечим допуштеним, без намере да се изазове изјава воље, или и с том намером, само ако се прети оним, на шта се има права. Једино у случају, кад би се таквом претњом чинило нешто неморално, могао би се правни посао поништити, али би онда поништај наступио не услед претње и принуде, већ услед неморалности поступка, ако се узме да се и у српском праву о томе води рачуна. На другом месту потребна је претња неким *злом*, неком *непријатношћу*, која је у стању била да изазове изјаву воље, само да би се то зло, та непријатност отклонила. При томе се имају у виду и личне особине принуђеног лица, али се води рачун и о објективној страни претње. Неозбиљна, шаљива и безначајна претња наравно да се не узима у обзир. Кад ће постојати такво зло и таква претња, то је фактичко питање, које се решава у сваком конкретном случају према особеним околностима. Врло добру одредбу има о томе црногорски законик у чл. 909.

Не прави се разлика, да ли претња и принуда долази од друге стране, или од неког трећег лица. У сваком случају принуда има утицаја на важност правног посла. Нека друга страна

и не зна за принуду, ипак је правни посао са маном, која може довести до уништаја.

Позитивно право сматра правне послове, закључене под принудом, као *рушљиве* или *оборљиве* (§§ 537 и 937). Ово важи и за једностране и двостране правне послове. Право на поништај правног посла има једино принуђена страна. Поништај се може тражити у року од три године, рачунајући не од дана престанка принуде, као што је то примљено у иностраном праву, већ од дана учињене изјаве, од дана закључења правног посла (§ 937). После тога рока правни посао остаје пуноважан и не може се обарати.

Од послова закључених под принудом разликују се правни послови при којима је употребљено физичко насиље. Такви правни послови ништавни су. На пример, неко силом води руку једног лица по меници да се потпише. Ту нема ни изјаве ни воље и зато је такав посао по самом закону ништаван. Ово је већи ступањ принуде и јавни поредак захтева безусловни поништај таквог једног посла.

Б) НЕСВЕСНА НЕСАГЛАСНОСТ ИЗМЕЂУ ВОЉЕ И ИЗЈАВЕ.

1. Заблуда.

Књижевности: Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879); Werthauer, Ueber den Einfluss des Irrtums auf Verträge (1887); Gradenwitz, Anfechtung und Reurecht beim Irrtum (1902); Lenel, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften (Jahrb. f. Dogmatik, XLIV, S. 1 ff.); Schlossmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache (1903); Pfersche, Die Irrtumslehre des österreichischen Rechts (1891); М. Појовић, Утицај заблуде на судбину уговора („Недељни Преглед“ 1909, стр. 231).

I. Под заблудом се разуме несагласност између преставе, која се има о једној чињеници, и стварног стања. То је једно психичко стање, које показује погрешно или нетачно појимање објекта од стране субјекта. Примењена на правне послове заблуда се појављује као несагласност између изјаве и фактичке воље. У изјави је нешто представљено као хотено, док се у ствари то неће. Кад изјавилац у моменту изјаве није свесан био те несагласности, каже се да је био у заблуди.

Нестварност воље у оном смислу, у ком је она изјавом изражена, може бити врло разнолика. У једним случајевима хтела се изјава учинити у том смислу и постоји свест о изјави, али се садржина изјаве у ствари неће. Тако неко потпише једну

исправу, о чијој је садржини у заблуди. Или потврдно се одговори на питање, које се није правилно разумело. У другим случајевима заблуде није се хтела ни сама радиња изјаве. На пример, неко се у говору пребаци и каже нешто, изјави пристанак неки и не знајући, не будући свесан о томе. Или се пак при писању заборави, па напише друго нешто а не оно што је у ствари хтео да напише.

Све ове заблуде имају утицаја на важност правних послова и морају имати утицаја, с обзиром на напред изложене битне елементе сваког пуноважног правног посла. Суштина правног посла је у *вољи* приватног лица, изјављеној сходним начином у спољнем свету. Код заблуде не постоји стварна воља. Постоји само изјава о вољи и једна воља која не одговара тој изјави. Ова несагласност ремети нормални ток ствари и повлачи нарочите правне последице. Случајеви заблуде су многобројни и често пута се знатно разликују један од другог. Отуда правна тешкоћа, да се поставе општа правила, тешкоћа која и данас постоји.

У римском праву наилази се често на принцип *errantis nulla voluntas*. По том принципу заблуда изјавиоца воље повлачила би увек ништавност правног посла. Али би погрешно било мислити, да је римско право извело то начело у свој својој општности. Напротив, пре се може закључити, као што новији радови то утврђују,¹ да је у римском праву заблуда била првобитно сасвим игнорисана, и да у изразу *errantis nulla voluntas* треба гледати само паролу за покрет против старијег римског схватања, да су једино речи меродавне у правном саобраћају, покрет који је тежио признању значаја и факта воље и мимо текста изјаве. Тај покрет је донекле успео. Увидело се, да се код неких правних послова може и треба водити рачуна о фактичкој вољи. То су сви једностранни послови. На пример тестамент. Код двостраних правних послова, као што су нарочито саобраћајни послови, ствар је већ тежа. Римско право није успело да постави општи критеријум, које ће заблуде имати утицаја на важност послова, а које неће, и зато су римски правници поступали казуистички, набрајањем појединих заблуда, али се и у томе сви не слажу.

Пандектно право покушало је да постави општу теорију

¹ *Dernburg, Bürg. R. I, § 143.*

о заблудама и њиховом утицају на важност правних послова. При томе се код појединих сумњивијих питања (као на пример заблуда о особинама купљене ствари) водила жива препирка све до најскоријег времена, до новог немачког грађанског законика. У основном схватању била су мишљења подељена према напред поменутих два теоријама о правним пословима: теорији воље и теорији изјаве или поверења, па су и поједини писци према гледишту, које су имали о правним пословима, постављали и теорије о заблуди. Све те теорије имају чисто догматичку вредност и махом су једностране.¹ Правилно решење могло се наћи једино путем компромиса између два супротна правца.

Што се тиче законодавства, и она су колебљива и несигурна. Старији законици су нарочито несигурни, остављајући правној науци и судској пракси да ово питање реше, док су новији законици, као на пример немачки законик, покушали да нађу једно опште решење.

У француском праву све заблуде подељене су на три категорије, према утицају који имају на судбину правног посла. Подела чисто формалне природе. Једне заблуде су тако значајне, да чине, да у опште нема правног посла. То су такве заблуде, услед којих се правни посао сматра да не постоји или да је ништаван. Друге су заблуде мање значајне и по томе од слабијег дејства. Оне не спречавају да правни посао постане, али се због њих правни посао може поништити или оборити. Треће су лаке заблуде, које немају утицаја на важност правних послова. Ова општа подела је код појединих правних послова у детаљима изведена.²

Подела француског права може се разумети тек пошто се утврди критеријум, по коме ће се знати, која заблуда долази у коју категорију. У том питању француско право није поставило никакву општу теорију, већ поступа казуистички. У прву категорију долазе заблуда о предмету правног посла (заблуда о идентитету) и заблуда о природи правног посла. Кад постоји заблуда о идентитету, нема утврђених правила. У другу категорију долазе све заблуде о субстанци ствари, о особинама њеним, које су се имале у виду, кад се чинила изјава воље. Овде долазе и заблуде у погледу личности уговарача, ако

¹ Видети о њима *Windscheid-Kipp*, Pand. I § 76.

² *Planiol*, t. I, p. 106 (1911).

је уговор закључен *intuitu personae*. У трећу категорију долазе све остале заблуде.

Аустриско право нема општа правила о утицају заблуде на правне послове, већ садржи правила о заблуди код *уговора* и код изјаве последње воље. Код уговора само *бићне* заблуде имају утицаја на важност правног посла, док *небићне* заблуде остају без икаквог значаја. Битна је заблуда која се тиче природе правног посла и предмета правног посла (идентитета). Битна је заблуда и она, која се тиче *бићних особина* предмета, због којих је изјава и учињена. Што се тиче особина лица, битна заблуда у погледу тих особина има само онда значаја, ако иначе уговор не би био закључен, да је странка знала за заблуду. Други неопходни услов код заблуде је, да је произведена од другог контрахента, или да је он знао за заблуду (вид. §§ 871, 872 и 873). Уговор закључен у заблуди је *оборљив* или *рушљив*.¹ Што се тиче изјава последње воље, код њих заблуда има јаче дејство. Изјава је ништавна по самом закону (§ 570).

Немачко право поставило је једну општу теорију о заблуди. Оно разликује *бићне* и *небићне* заблуде. Битна заблуда има утицаја на важност правног посла, док небитна заблуда нема утицаја.

При одређивању шта је битна, а шта небитна заблуда немачко право полази од претпоставке, да свака изјава воље има своју објективну садржину, која може да се утврди независно од мишљења и назора изјавиоцевог. Ако се та објективна садржина изјаве не слаже са оним, што је изјавилац мислио и хтео, онда је он у битној заблуди. Поред овог случаја заблуде немачки законик говори и о таквој заблуди, при којој се знање и мишљење изјавиоцево потпуно поклањају са оним, што је изјављено, али је изјава учињена у заблуди о другим неким моментима. Ти други моменти услед којих је изјавилац био у заблуди, могу искључиво бити особине ствари или лица, на које се правни посао односи, и то оне особине, које се сматрају као битне. Према томе у немачком праву има две врсте битних заблуда: заблуде о садржини изјаве и заблуде о особинама ствари или лица.

У појединостима може још ово да се истакне. Заблуда о садржини изјаве постоји кад изјавилац немајући свести о томе чини једну изјаву о нечему, ма да у ствари он то што је изјавио неће, било да у опште није мислио ништа да изјављује,

¹ *Stubenrauch, Kommentar*, II S. 27 ff. (VII Aufl.); *Krainz-Pfaff*, I S. 282.

било да је хтео нешто друго да изјави. Са заблудом о садржини изјаве изједначене су и заблуде о таквим особинама лица и ствари, које се у саобраћају сматрају као битне код таквих правних послова. Да ли је једна особина битна или не, то је чисто фактичко питање, које није увек лако решити. На пример величина кирије, коју доноси кућа једна, може бити битна особина за неки правни посао. Тако исто и кредитна способност једног лица некад је битна особина, а неки пут није.

Поред овог услова о самој заблуди и њеном квалитету немачко право истиче још један чисто субјективни моменат. Да би постојао правни посао учињен у заблуди, потребно је, да изјавилац разумно судећи не би учинио изјаву, да је знао за своју заблуду. И ако је овај моменат субјективне природе, ипак се не гледа искључиво на прилике и назоре тог изјавиоца, да ли би баш он изјаву учинио, већ се тражи, да се према свима приликама разумно процени, какав би резултат био, да је изјавилац знао за оно што није знао и услед чега је био у заблуди. Ако се нађе, да изјавилац не би у таквом случају закључио правни посао, постоји битна заблуда услед које се може правни посао поништити.

Тек кад ова два услова, један објективни, други субјективни, буду остварени, има места истицању неважности правног посла услед заблуде. Такав правни посао је оборљив или рушљив. Онај који тражи поништај правног посла услед заблуде одговоран је другој страни за штету, коју ова има услед поништаја посла. Накнада обухвата само т. зв. негативни интерес, т. ј. васпоставља се оно стање које је било пре закључења правног посла. Изузетно противна страна нема право на накнаду, ако је знала за заблуду, или услед нехата свог није знала, а могла је сазнати.

Безначајна је ствар по важност правног посла, да ли је заблуда била извињива или не. Трећа лица пак заштићена су на тај начин, што имају право на накнаду штете, као што је већ поменуто.

У немачком праву предвиђен је још један случај, који је изједначен са заблудом. Дешава се често, да помоћу телеграфа упућени налози дођу до адресата измењени и у тој нетачној форми буду примљени и извршени. Да би се пресекла свака несугласица о томе, како ће бити у оваком случају, прописано је у § 120, да се нетачно достављена изјава воље преко лица

или каквог завода исто онако може обарати као и у случају заблуде. Исто важи и за накнаду штете.

II. У српском праву питање о значају заблуде за важност правних послова није јасно расправљено, пошто односни прописи аустриског законика нису ушли у српско право. Грађански Законик садржи свега два општа прописа (§§ 537 и 937) и два специјална прописа (§§ 93 тачка 6 и 858), од којих се један тиче брака а други поравнања. У § 537 прописано је, да обмана никоме не помаже и да уговор закључен у обмани (заблуди) не стоји. У § 937 пак прописан је рок од три године за поништај уговора закључених у заблуди. Услед овако непотпуних прописа и правници су подељени код овог питања.

По мишљењу Андре Ђорђевића¹ заблуда по правилу нема утицаја на важност правног посла, а само изузетно има утицаја. То је случај са *битним* заблудама. Као битна заблуда сматра се заблуда о целој садржини изјаве, заблуда о природи правног посла, заблуда о идентитету лица или субјекта, заблуда о идентитету предмета, и заблуда о битним особинама предмета. Последица битне заблуде је, да је правни посао ништаван по самом закону. Мишљење Ђорђевићево не може се примити на првом месту зато, што оно не садржи погодну одредбу и класификацију битних заблуда, даље што поједине заблуде описује сувише широко (заблуда о идентитету лица) и најзад што оглашује правне послове учињене у заблуди за ништавне. Ово последње се противи изречном пропису § 937, по коме су правни послови, закључени у заблуди, оборљиви или рушљиви и могу се поништити само на тужбу интересованог лица.

Боље мишљење има Живојин Перић.² Он усваја поделу француског права, по којој се све заблуде могу поделити, са гледишта дејства свог на важност правних послова, у три категорије. Једне заблуде чине, да уговор у опште не постоји. То су заблуде о предмету правног посла (идентитету) и природи правног посла. Друге чине, да је правни посао рушљив или оборљив. У ове заблуде долазе заблуде о *битним* особинама ствари и лица (код уговора закључених *intuitu personae*). Остале заблуде немају никаква утицаја на пуноважност правног посла. Перић сматра најзад, да је српско право усвојило аустриски

¹ А. Ђорђевић, Систем, I2 стр. 83—84.

² Ж. Перић, О поништају уговора због неизвршења (Приватно Право, стр. 42 и 46).

систем, по коме само она заблуда, која је изазвана преваром од друге стране, има утицаја на пуноважност правног посла. Аргументат за ово тврђење узима се из § 537, у коме стоји: „...превара и *обмана ујошребљена* никоме не помаже...“.¹

Подела Перићева је казуистичка и зато се тешко може примити за српско право, које нема општих, начелних прописа о заблуди. Али се признати мора, да је ова подела са практичког гледишта врло добра, јер знатно олакшава расправљање појединих конкретних случајева. Једино што се не може одобрити, то је тврђење, да само она заблуда, која је изазвана преваром од противне стране, даје право на поништај правног посла. О томе нема прописа у српском праву, јер наведени став из § 537 говори једино о принуди и превари а не и о заблуди. Нарочито мишљење има и Ђ. Павловић,² који не поставља општи принцип о утицају заблуде, већ казуистички разматра више хипотеза, у којима заблуда чини, да уговор није пуноважан. Уговори у заблуди закључени су *рушљиви* или *оборљиви*.

Пошто сам Грађански Законик не чини никакву поделу између разних заблуда и пошто § 937 прописује, да се *сваки* правни посао, закључен у заблуди, може поништити, то изгледа боље не категорисати поједине заблуде, већ поставити опште правило о заблуди и њеном утицају на пуноважност правног посла. Таквим општим правилом обухватиће се *све* заблуде и неће бити празнина. Овако решење боље одговара српском праву, које не познаје категорисање појединих заблуда. Као опште правило најбоље је усвојити правило данашњег немачког права, које није произвољно постало, већ је конструисано с обзиром на унутарњу природу заблуда. Овако правило има и црногорско право у чл. 911. По томе би једна заблуда имала утицаја на пуноважност правног посла под овим условима: 1. Да се тиче садржине саме изјаве, или пак битних особина ствари или лица, на које се правни посао односи. Која је особина битна, а која није, о томе одлучују назори саобраћаја с обзиром на особену природу појединих правних послова. Све што се не тиче саме изјаве, што остаје ван правног посла, нема утицаја на важност његову. Отуда правило да у начелу заблуда

¹ Исту оваку поделу чини и М. Појовић, у свом напред наведеном чланку.

² Ђ. Павловић, О обвезностима и уговорима у опште (II издање 1892 г. стр. 276 и даље).

у мотиву не повлачи оборљивост правног посла. Изузетак постоји у иностраном праву код уговора о поклону и тестамената и легата, где и заблуда у мотиву заснива рушљивост правног посла. У српском праву тај изузетак није предвиђен. Али и српско право води рачуна о заблуди у мотиву, кад је та заблуда изазвана преваром. О томе код преваре (видети и члан 911 црногорског законика). 2. Да изјавилац не би учинио изјаву, да је знао за заблуду. Овај субјективни моменат нарочито је важан и на њега треба обратити особиту пажњу. И овде треба при оцени питања, да ли би изјавилац учинио изјаву или не, стати на гледиште нормалног, разумног човека, али ипак водити рачуна и о особеним околностима, које су у вези са личношћу изјавиоцем, а тичу се правног посла.

Сваки правни посао закључен у заблуди, оборљив је или рушљив (§ 937). Право тражити поништај има само изјавилац, који је био у заблуди. Да ли је извињива или неизвињива заблуда, о томе се не води рачуна, као што се не тражи, да је заблуда изазвана преваром друге стране. На питање, да ли противна страна има право да тражи накнаду штете услед поништаја уговора Грађански Законик није дао изречан одговор. Ни Ђорђевић ни Перић нису то питање расправили. Оно се има решити у смислу општих прописа, тако да је изјавилац, који је био у заблуди и зато тражио поништај уговора, дужан да накнади противној страни штету, коју је она без своје кривице имала. Та се штета своди, као и у немачком праву, на накнаду негативног интереса.

Код појединих правних послова закон је поставио нарочите прописе о заблуди. Тако је на пример за брак прописано, да се само онда може поништити услед заблуде, ако се она тиче идентитета лица (§ 93). Где пак нема таквих особених прописа примењују се општа начела, која су напред изложена.

2. Превара.

Књижевности: M. Raschke, Der Betrug im Zivilrecht (1900); W. Müller, Der Betrug beim Vertragsschlusse (1900).

Кад је изјавилац воље злонамерно наведен да учини изјаву, било да је преварен у погледу садржине изјаве, било у погледу мотива за изјаву, постоји изјава, која одговара једној вољи, за коју се не може узети да је права воља изјавиочева. Та је воља изазвана противправном радњом, једном недопуштеном интер-

венцијом трећег лица и зато таква воља не може засновати пуноважан правни посао. Правни посао који потиче услед преваре изјавиоца воље није пуноважан правни посао.

Шта је превара, о томе позитивно право не садржи изречне одредбе, остављајући правној теорији да она одреди битне елементе преваре. Важно је знати, да у грађанском праву није меродаван појам преваре из Казненог Законика, пошто може бити преваре у смислу грађанском и онде, где нема преваре из Казненог Законика.

Под преваром се разуме изазивање погрешне или лажне преставе код једног лица, или пак намерно појачање већ постојеће погрешне преставе. Под појам преваре долази и намерно необавештење, или подржавање у заблуди, у погрешном мишљењу (прећуткивање). Прећуткивање једне околности онда се сматра као превара, кад изјава не би била учињена, да та околност није прећутана. Да би овака једна радња изазивања, појачавања или подржавања била сматрана као превара, потребно је да је она извршена *злонамерно*, т. ј. у циљу, да та лажна представа утиче на изјаву воље. Између изјаве воље и преваре треба да постоји узрочна веза. Немачки законик изречно помиње *arglistige Täuschung* (§ 123), док српски законик помиње у опште превару (§ 537), али је јасно, да и у српском праву мора да постоји поменута узрочна веза, да би могло бити речи о превари. Ако је превара остала без утицаја на изјавиоца, ако је он учинио изјаву воље без обзира на превару, правни посао биће пуноважан. Питање пак, да ли је у конкретном случају било узрочне везе између изјаве и преваре, то је чисто фактичко питање, које суд има да реши с обзиром на оно, шта би један нормални, разумни човек у таквом случају радио.

У питању, од кога треба да потиче превара, да би то имало утицаја на важност правног посла, нису поједина права сагласна. Аустриско право тражи, да превара потиче од противне стране. Исто тако и француско право, следујући примеру римског права. Немачко право (§ 123) има друкчији систем. Код изјава воље, које нема нико да прими, свака превара ма од кога она потицала, утиче на пуноважност правног посла. Изјаве пак, које се чине према неком лицу, које се дакле имају примити, само онда могу изгубити правну важност у случају преваре, кад је превару извршила та страна, која прима изјаву, односно кад је она знала или морала знати за превару.

Грађански Законик није јасан у овом питању. Из § 537, из речи „употребљена“ могло би се, али са натегом извести, да је примљен аустриски систем, по коме превара треба да потиче од противне стване. Али нема се стварног разлога тумачити § 537 у тако уском смислу. Боље је узети, да правни посао није пуноважан без обзира на то, да ли је превару извршила друга страна или неко треће лице.¹ Ако друга страна није знала за превару, она има право на накнаду штете, као и у случају заблуде. Штета обухвата само т. зв. негативни интерес.

Што се тиче правних последица, које повлачи превара изјавиочева, у том питању Грађански Законик није довољно јасан. Једно је сигурно, да правни посао није ништаван, већ је само оборљив или рушљив. Право на обарање правног посла има преварена страна. То право се врши обично у одређеном року, али за случај преваре законик није предвидео тај рок. Према томе право на поништај уговора закљученог под преваром застарева тек по истеку двадесет и четири године. У немачком праву правни посао се може поништити због преваре у року од године дана, али и после тога рока превареном стоји на расположењу *exceptio doli* према свакој тужби из таквог правног посла (§ 853). Практички се немачки систем поклапа са српским правом у овом питању.

Да би превара имала утицаја на важност правног посла, потребно је, да изјавилац није знао за превару, да је другим речима био у заблуди о оној околности, на коју се превара односи. Ако је пак изјавилац знао за превару, па ипак закључио правни посао, не може бити речи о превари односно о поништају правног посла. Грађански Законик не садржи изречну одредбу, али ово проистиче из природе преваре и важи и без нарочитог прописа. По црногорском законнику нема право на поништај правног посла не само онај, који је знао за превару, већ ни онај који је за њу могао лако знати (чл. 910).

¹ Противно мишљење има Ђ. Павловић, (ор. cit. стр. 304), који налази да се поништај уговора може тражити само у случају кад превара потиче од противне стране.

III. Форма изјаве.

Књижевност: Dr. Драг. Аранђеловић, О формалним изјавама воље (Архив, X, стр. 100 и даље); *Tränkner*, Die Form der Rechtsgeschäfte (Sächs. Archiv für bürgerl. R. VIII, S. 321 ff); *Löwe*, Die Form der Rechtsgeschäfte (1899); *Lobe*, Die Form der Rechtsgeschäfte; *Reining*, Welches ist die Bedeutung der Form in den vermögensrechtlichen Geschäften (1896); *Ehrlich*, Die stillschweigende Willenserklärung (1903).

Кад је изјава воље један од битних елемената сваког правног посла, разумљив је захтев, да се изјава има учинити на одређени начин, да се воља онако манифестује у спољнем свету, како то најбоље одговара природи правног посла. Позитивно право обично поставља нарочита правила о томе, на који се начин имају изјављивати воље. Та се правила тичу форме изјава.

Кад се промотре све форме, у којима се може учинити једна изјава воље, види се да има две главне форме, два начина изјављивања воље. То су *изречни* и *прећутни* начин, према којима се и све изјаве деле на *изречне* и *прећутне*. Подела је извршена према већој или мањој јасноћи, са којом је у спољнем свету изражена једна воља. Изречна је она изјава, која је учињена таквим знацима, који непосредно казују смисао и значај изјављенога, тако да се без великог напрезања и размишљања одмах добива престава о изјављеноме. Знаци и средства за изречне изјаве могу бити или речи или друге какве радње и знаци, којима се непосредно изражава воља, на пример климањем главом. Ако је пак изјава учињена таквим радњама и знацима, које немају непосредно ту намену, да изјаве вољу, већ се из њих посредно закључује о постојању воље, такве су изјаве прећутне. То су изјаве путем конклюдентних радња, таквих радња, које се не могу објаснити друкчије, ако се не прими да у себи садрже и једну изјаву оваке или онаке садржине. На пример, на понуду о куповини једне ствари, понуђено лице у место изречног одговора шаље куповну цену. У тој радњи садржана је изјава о пристанку.

Ова подела на изречне и прећутне изјаве данас нема великог правног значаја, пошто је усвојен принцип, да се изјаве воље могу чинити било изречно, било прећутно. Данас се више говори о подели на *формалне* и *неформалне* изјаве воље, према томе да ли је за изјаву воље, за правни посао предвиђена нарочита форма или не. Под нарочитом формом не подразумева се само то, да је изјава изречна, већ да је учињена под особеним околностима, нарочитим знацима и у тачно одређеном облику. Формалне су изјаве све писмене изјаве. Даље изјаве

пред влашћу, изјаве пред сведоцима и т. д. Карактеристично је за те изјаве, да оне увек остављају видна трага и обележја, лако се могу доказати и утврдити, док је код неформалних изјава доказивање знатно отежано, пошто се оне обично чине у четири ока.

Код питања, да ли треба за све правне изјаве прописати нарочиту принудну форму или пак оставити странкама слободу у том погледу, није лако одредити се. Принудна форма, на пример писмена форма, има ту добру страну, што умањује спорове и боље обезбеђује грађане. Слободна форма пак више одговара слободи, коју појединци уживају у приватним односима, па ако они налазе, да им треба веће заштите, нека се сами постарају да закључују правне послове у нарочитој форми.

Грађански Законик стоји на гледишту слободне форме. Према томе приватне изјаве воље могу се учинити у ма којој форми, писмено или усмено, речима или знацима, пред сведоцима или не, пред влашћу или у четири ока (§ 532). Чак се и ћутањем у неким случајевима може изјавити воља. Ћутање само по себи не може да се схвати ни као одобравање ни неодобравање. Али да се узме, да се ћутањем изјављује пристанак, треба да постоји нарочити разлог. Тај разлог никако не може бити позив понуђачев, да се понуђени изјасни у одређеном року, иначе ће се сматрати да је пристао. Јер нико не може никога принудити да се изјашњује. То важи и за пошиљање ствари. Али ако постоје пословне везе, ћутање се може схватити као пристанак. И за најважније правне послове, за уговоре, није прописана нарочита форма. Према § 540 уговор је пуноважан, ма у којој форми да су странке дале свој пристанак. Наравно да је доказивање знатно отежано, кад уговор није закључен у такој форми, да је сачуван и доказ о постојању уговора, али то је питање, које се тиче процесног права (вид. §§ 242, 243, 244, 245, 281 и 282 Г. С. П.). Овакав систем српског права изгледа да је врло добар за српске прилике, с једне стране због утврђене навике да се уговори закључују и усмено, а с друге стране због недовољне писмености народа, тако да би обавезна писмена форма за све уговоре била велика сметња саобраћају. Противно овоме Аранђеловић налази, да би боље било увести обавезну писмену форму, с тим да у недостатку те форме уговор ипак постоји, само се не може судским путем реалисати.¹

¹ *Dr. Драг. Аранђеловић, op. cit.*

И ако је Грађански Законик усвојио начело слободне форме ипак је у два правца одступио од тог начела. На првом месту за извесне правне послове прописана је нарочита форма, у којој се ти правни послови имају закључивати. То је законска форма. На другом месту остављено је и самим приватним лицима, да путем споразума утврђују нарочиту форму за оне правне послове, за које у закону није предвиђена форма. То је уговорна форма. У оба та случаја пуноважност правног посла зависи и од тога, да ли је изјава воље учињена у законом прописаној форми.

Неких општих начела о законским или уговорним формама нема у Грађанском Законику, изузев писмене форме. За ту форму прописано је, да је довољно, да су странке својеручно потписале писмену исправу. Не тражи се дакле да је исправа и написана својеручно (§ 41). И ако § 541 говори о уговорној форми, несумњиво је да то важи и за законску писмену форму. На пример, уговор о поклону (§ 564), изјава о одобрењу хипотеке (тачка VIII Уредбе о интабулацијама). Ако странка не уме да пише, потписаће га други, а он ће ставити свој крст или печат, и то ће својим потписима утврдити два сведока (§ 542). Прописи Грађанског Судског Поступка о форми облигације имају чисто процесну вредност и њима се не мењају одредбе из §§ 541 и 542.

Важно је питање, шта ће бити, ако форма предвиђена законом или уговором, не буде испуњена. Каква ће бити судбина таквог правног посла? Ако је у питању законска форма, онда је правило, да је у сумњи, ако дакле закон није што друго прописао, правни посао ништаван. Истина, Грађански Законик не садржи овако опште наређење, али се из појединих прописа о форми правних послова такав закључак сме извести. Изузетке од овог правила предвидео је сам Грађански Законик. Један изузетак тиче се форме брака, где је недостатак форме од много јачих и озбиљнијих последица. Код брака је по српском праву форма битни, суштаствени део самог брака. То није спољна форма коју је закон прописао, већ је то нераздвојни елеменат брака. Без те форме, нема ни брака. То није веза, која се назива браком. Ако би на пример брак био закључен пред црквењаком, то не би био брак. Није потребно ништење брака, јер брака нема. Други изузетак тиче се оних форма, чији недостатак не повлачи за собом апсолутну ништавност правног посла, већ или правни посао може да опстане, само ако заинтересована лица не траже поништај (пример је форма тестаментa — § 483), или

пак правни посао важи, само се не може судским путем остваривати. Пример за ово друго је уговор о поклону, који не би био закључен у писменој форми (§ 564). Даље уговор о коцки и игри (§§ 798 и 794).

Мимо ових изузетака недостатак законом прописане форме повлачи за собом ништавност изјаве воље. На пример, уговор о усвојењу (§ 145 у вези са чл. 140—142 правила о поступку у неспорним делима); уговор о наслеђу између супруга (§ 780); менични уговори (§ 81 Т. 3.).

Што се тиче уговорних форма, за њих важи исто начело као и код законских форма. У недостатку форме у сумњи се има узети, да је правни посао ништаван.

IV. Правна обавезност изјаве.

У вези са питањем о форми изјаве истиче се и питање о правној обавезности изјаве. То се питање тиче с једне стране момента, по коме се има ценити важност изјаве по себи, а с друге стране пак оног момента од кога једна изјава воље производи правне последице, на које је била управљена.

1. — Што се тиче првог питања правило је, да се једна изјава воље има ценити према оном времену кад је учињена, и према оним околностима које су постојале у том времену. Као време или моменат у коме је изјава учињена, сматра се онај тренутак, у коме је изјавилац све учинио што је потребно да се изјава упуту у спољни свет или адресату, ако га има. Вредност изјаве по себи цени се по том времену, а ту се практички истиче једино питање о пословној способности изјавиоца¹. Према томе без утицаја је на важност изјаве, ако би изјавилац умро после изјаве, или би изгубио пословну способност пре него што је изјава приспела упућеном лицу. Исто то важи и на случај да изјавилац буде ограничен у пословној способности (падне под стечај). Овако решење је сасвим логично и немачки законик га је изречно усвојио (§ 130). Српско право нема изречног прописа, али је природно усвојити такво решење. Противно мишљење има Ђ. Павловић,² који сматра, да се једна изјава воље може пуноважно примити само под условом, да је понуђач у истом стању, у коме је био приликом понуде. Иначе ако би умро, или

¹ Питање о форми изјаве такође се решава по овом начелу, ако би дошао нови закон. *Tempus regit actum*.

² Ђ. Павловић, О обавезностима и уговорима, стр. 268.

би изгубио пословну способност, самим тим и његова изјава воље губи своју важност. Исто важи и за понуђеног, ако би умро пре него што би се изјаснио о пријему. Главни аргуменат Павловићев налази се у примедби, да наследници ступају само у оне правне односе умрлог лица, који су већ засновани уговором. Ово међутим није тачно, јер наследници улазе и у правна стања умрлога, у колико ова не би била чисто личног карактера. Такво једно правно стање постоји чим се изјави воља за правним послом.

2. — Код другог питања о моменту кад изјава воље производи своје дејство, ступа на снагу или производи правне последице, на које је управљена, чини се разлика између изјава које не морају да се изјаве пред одређеним лицем, које не морају примљене или саслушане бити (*nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen*) и изјаве, које се чине пред неким лицем, које дакле морају бити саслушане (*empfangsbedürftige Erklärungen*). Прве изјаве ступају на снагу и производе своје дејство чим се учине, сем ако нису везане за какав услов. Чим се речи изговоре, чим се изјава напише или чим се изврши конклюдентна радња, постоји изјава и одмах производи своје дејство. На пример тестаменат. Или јавно обећање награде налазачу изгубљене ствари.

Код изјава које морају да се учине према неком лицу, које морају саслушане бити, питање о обавезности изјаве је мало сложеније. Ту се прави разлика, да ли се изјава чини према једном присутном лицу, према лицу које је ту, кад се изјава чини, или се пак изјава чини према једном отсутном лицу. Ако се изјава чини у присуству примаоца изјаве, она производи своје дејство чим је прималац чује, или чим он иначе дође до са знања те изјаве. Тако у случају усменог саопштења чим се изјава чује и разуме. Са усменим саопштењем изједначено је и саопштење преко телефона.¹ У случају писменог саопштења, чим се писмено преда примаоцу.

Ако је прималац изјаве отсутан, питање о томе, кад производи дејство једна изјава воље, спорно је. То се питање обично расправља у Тражбеном Праву, у одељку о уговорима, специјално при испитивању од ког момента уговор постоји, ако се не закључује у присуству оба уговарача. Тада је важно било утврдити, од ког тренутка се сматра да изјава једног уговарача о пријему понуде производи своје дејство, пошто од тог мо-

¹ Видети *М. Ст. Марковић*, Телефонски разговори и њихове правне последице (Бранич VII, 281).

мента постоји и уговор. У главном има две теорије код тог питања. По првој теорији је довољно да понуђени учини изјаву, да прима понуду. Тада постоји сагласност између понуђача и понуђеног, и уговор је остварен. Ова теорија има две варијанте. По једној, т. зв. теорији *декларације* (Deklarationstheorie, Aeusserungstheorie) довољно је да је понуђач ма на који начин изјавио свој пристанак, док је по другој, т. зв. теорији *отправљања*, потребно да је понуђени своју изјаву о престанку отпратио од себе, упутио је понуђачу. Друга теорија сматра, да је пријем понуде извршен тек кад пристанак буде саопштен понуђачу. И ова теорија има две варијанте. По једној се тражи да је понуђач или прималац изјаве, фактички сазнао за престанак (Vergnehmungstheorie) док се друга задовољава тиме, да је изјава о престанку прispела код понуђача и уредно му предана, макар он да није још ништа сазнао (Empfangstheorie). Ова последња теорија пријема је данас готово у опште усвојена. За њену прву варијанту је Ђ. Павловић, јер тражи да је пријемник изјаве *сазнао* за њену садржину, да би изјава произвела своје дејство.¹

Данас се, као што је већ поменуто, ово питање поставља не само код уговора, већ у опште код свих изјава воље које се чине према неком отсутном лицу. На пример, опомена дужника, да плати дуг (§ 606); отказ (§§ 607 и 701); изјава о избору код алтернативних обавеза, изјава о откупу, одустанак од уговора и т. д. За све те изјаве опште је правило да производе своје дејство у тренутку кад буду прispеле код адресата, кад му буду достављене. Не тражи се да је прималац изјаве и сазнао за њу, јер би у том случају, кад би се усвојила теорија сазнања, чисто лични моменти примаочеви утицали на решење питања, а то не би било повољно по саобраћај. Изјава ће се сматрати да је прispела, кад је створено такво стање, да адресат или прималац изјаве има могућности да изјаву сазна и кад се према уобичајеном току ствари може с правом узети да је и сазнао. Зато није баш потребно да се писмена изјава преда лично примаоцу. Може се предати и ком укућанину његовом, или пак послужу, али у самој кући или у радњи, а у време кад се обично врши предаја таквих саопштења. Ако се писмо баци у кутију за писма, предаја је извршена у тренутку кад се писма обично ваде из кутије. Противно мишљење има за српско право М.

¹ Ђ. Павловић, *оп. cit.* стр. 267 и 269.

Полићевих,¹ који налази да је у § 531 усвојена теорија сазнања или информације. Све док прималац изјаве не сазна за изјаву, не производи она своје дејство. У ствари пак у § 531 нема података о томе од ког момента изјава воље производи правно дејство. Тај пропис каже само то, да је уговор закључен кад једна страна што обећа, а друга то прими. Од ког момента пак се може сматрати да је изјава примљена, § 531 не говори. То је остављено правној науци да она реши. Правна наука пак предлаже решење, које је горе изложено.

Интересантна је одредба немачког права (§ 151) која важи само за уговоре и по којој изјава о пријему понуде не мора да се учини према понуђачу, ако је уобичајено да се таква изјава не очекује, или ако се понуђач одрекао тог права. У таквом случају уговор се заснива и постоји чим се учини у опште изјава о пристанку, изречно или тренутно. Овај изузетак са овим ограничењем може и у српском праву да се прими, јер стоји у сагласности са општим прописима (§§ 10 и 13).

V. Садржина изјаве.

Изјаве воље или правни послови су главни извор субјективних права. Како пак субјективних права има небројено много, и то разноврсних и разноликих у многим погледу, то је сасвим разумљиво што је садржина изјаве веома разнолика, према томе на какве је животне односе и животна добра она управљена. Та велика разноликост чини, да се не могу поставити општа правила у погледу изјаве, каква она може бити и у чему се састојати. Уместо позитивног одређивања изјаве дошла су чисто негативна ограничења: каква изјава не сме бити, шта она не сме садржати. Закон је само негативно прописао, каква изјава воље не сме бити с обзиром на своју садржину, да би правни посао био пуноважан. Тих ограничења општих има свега *три*. Прво ограничење састоји се у томе, што изјава воље не сме садржавати нешто, што би једним законским прописом било забрањено. Такви правни послови називају се *забрањеним* правним пословима. Друго ограничење састоји се у погледу моралне вредности садржине изјавине. Садржина правних послова не сме бити неморална, противна моралним назорима и прописима. Правни послови који не би одговарали овом ограничењу, нази-

¹ *Dr. Мух. Полићевих*, О уговорима који се закључују путем кореспонденције. („Одјек“ 1897, бр. 104—117 и засебно оштампано).

вају се *неморалним* правним пословима. Треће ограничење тиче се *немогућности* остварења онога, ради чега се правни посао заснива. Само могуће радње и могуће ствари могу бити предметом правних послова. Све три врсте правних послова заслужују нарочито разматрање.

1. Забрањени правни послови.

Књижевност: Fr. Endemann, Ueber die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze (1887).

Неки правни послови су, због своје садржине, законом забрањени. Та забрана потиче од закона и мора бити изречно предвиђена. Она је донета у општем интересу, али се њом могу каткада штитити и интереси одређених лица. О забрањеним правним пословима Грађански Законик има два основна правила. Једно је опште, генерално правило и налази се исказано у § 13. По том пропису забрањени су сви правни послови, којима би се ишло на измену онога, што је у интересу јавног поретка прописано. Сваки правни посао, којим би се вређали и обилазили ти јавноправни прописи, забрањен је. Друго је правило специјално и тиче се појединих правних послова или врста послова. Оно је изречено на неколико места, код појединих правних послова. Тако по § 538 забрањени су правни послови у погледу оних ствари, које се налазе ван промета. Даље забрањени су према пропису § 539 и ови уговори. 1. Уговор о посредовању за награду при просидби девојке. 2. Уговори између лекара и болесника пре лечења. 3. Уговори између правозаступника и клијента о прекупу парнице. 4. Уговори о продаји наслеђа или легата пре смрти *decijus-a*. Према законодавном решењу од 15-XII-1844 забрањени су и уговори између младожење и родитеља девојачких, којима би се младожења обавезивао да плати што или учини какав поклон због женидбе. Забрањени су уговори о кријумчарењу (Одлука опште седнице Кас. Суда од 20-I-1878, бр. 3703). Забрањени су и уговори са чиновницима у погледу вршења оних послова који долазе у службене дужности чиновничке (Одлука Кас. Суда од 19-V-1904, бр. 4231). Поред ових изречно забрањених правних послова забрањени су и сви они правни послови, којима би се ишло на обилажење и изигравање поменутих забрана.

Сваки законом забрањени правни посао ништаван је (§ 538: „.....закон забрањује и уништава уговоре следеће....“).

2. Неморални правни послови.

Књижевност: Lotmar, Der unmoralische Vertrag (1896); Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtsverkehrs und der Rechtsausübung (1898); Flachenburg, Die Nichtigkeit der gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfte (4. Jahresbericht der juristischen Gesellschaft, 1899).

Право би дошло у супротност са својом основном идејом, кад не би водило рачуна о моралној вредности правних односа и обавеза. И зато се од вајкада гледало на садржину правних послова у моралном или наравственом погледу. У римском праву неморалне тражбине су по самом закону биле ништавне. L. 26 D. XLV, 1: Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti. Исто то прописује и француски законик (art. 1131 и 1133). Модерно право проширило је ово начело на све врсте правних послова. Тако у § 138 немачког законика налази се правило, да су ништавни сви правни послови, којима би се вређали морални прописи. Грађански Законик не садржи овако јасан пропис, али се из § 13 у вези са § 539 може са сигурношћу закључити, да је сваки правни посао, којим би се вређао јавни морал, ништаван. За једну врсту правних послова (уговор о најму) налази се изречан пропис у § 722, да сваки споразум који би неморалан („сраман“) био, не вреди.

Питање шта је неморалан правни посао, јесте једно чисто фактичко питање, које суд има у конкретном случају да расправи. У опште се може рећи, да је неморалан и сраман онај правни посао, чијем се правном признању противи здрави осећај правнице и морала. Неморални би били уговори, којима би се брачни односи узимали за предмет трансакције. Неморални су и уговори којима би се лична слобода знатно ограничила. Неморални су нарочито *зеленашки* правни послови.

Зеленаштво је једно велико друштвено зло и државе су се стално бориле са њим разним средствима и са разним успехом. Најобичнији начин, употребљен код уговора о зајму, где се прво и највише развило зеленаштво, јесте забрана уговарања већег интереса него што је законом предвиђено. У том облику и српско право оглашује такве правне послове за ништавне (§§ 601 и 601 а). Сваки споразум о већем интересу од 12⁰/₁₀₀ ништаван је. Док српско право говори само о уговорима о зајму, дотле су друга права, нарочито немачко право, поставила општа начела о зеленашким правним пословима ма које врсте. Према § 138 став II зеленашки је онај теретни двострани правни посао,

при коме је једна страна, користећи се невољом, лакомисленосту или неискуством друге стране, уговорила за себе такве користи, које стоје у очигледној несразмери са оним што она даје. Таква једна одредба била би потребна и српском праву.

3. Правни послови са немогућом садржином.

Садржина правног посла мора бити *могућа*, да би правни посао био пуноважан. Како су правни послови управљени на заснивање правних односа у погледу оних добара, која су могућа и људима приступачна, то је разумљиво да не може бити речи о пуноважном правном послу у случају кад би се он тицао једне по себи немогуће ствари или односа. Немогућност може бити двојака: објективна и субјективна. Објективна немогућност постоји, кад је оно, што је правним послом одређено, у опште немогуће за све људе. На пример, обавезао се неко, да прескочи Дунав код Дубравице. Или да се попне на сунце. Сваки такав правни посао је ништаван. Субјективна немогућност је, кад само извесна лица нису у стању да учине оно, на шта их правни посао обавезује. У таквом случају правни посао је по правилу пуноважан. Према томе само објективна немогућност повлачи за собом ништавност правног посла. Ближе одредбе о овоме биће изложене у Тражбеном Праву.

Грађански Законик нема изречних одредаба о немогућим правним пословима. Напред наведена правила изводе се према томе из општих начела. Црногорски Законик прописује изречно у чл. 914: „Што год није могуће, нијеси ни дужан. По томе, кад би се ко подвезао на што, што се никако извршити не може, таква обавеза не би имала никакве снаге ни обавезности“.

III. О заступништву при правним пословима.

Књижевност: Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung (2 Teile, 1900, 1902); Lenel, Die Stellvertretung und Vollmacht (Jahrb. f. d. Dogmatik, XXXI, S. 1 ff.); Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen (Archiv für civ. Praxis, Bd. 43, S. 131 ff.); Mitteis, Die Stellvertretung (1885); Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht (Festgabe für Dernburg, Berlin 1900); Hupka, Die Vollmacht; Д. Петровић и М. Ситанојевић, Пуномоћство („Просветни Гласник“ XII, 544); Гојко Павловић, Заступништво (с пуномоћством) у грађанском праву („Бранич, IX, 13 и X, 16).

I. Израз заступништво има неколико значења и у приватном и јавном праву. Овде је говор само о заступништву при закључивању правних послова, при чинењу изјава воље. Приватне изјаве воље, управљене на заснивање правних односа, могу се

чинити и преко других лица или заступника. Вољу своју може неко изјавити било сам непосредно, било преко других лица. При томе су два начина могућа. Или се појединац послужи другим лицем само као спроводником своје воље, тако да заступник има просто улогу механичког посредника. Он само доставља једну туђу вољу. То није случај заступништва у правном смислу те речи. Такав посредник је *весник* или *гласоноша* (nuntius), који нема никакву правну улогу и који дела чисто механички. Он је срество за савлађивање просторне удаљености. Или се пак неко тако послужи другим лицем да постоји заступање у погледу саме воље. Заступник има да самостално изјави за заступљенога једну вољу. Ту вољу има он у својој унутрашњости да формира као вољу заступљенога, а не дословно да саопшти туђу вољу као што је случај код гласоноше. Ово је право заступништво, о коме позитивно право води рачуна. Оно је или *законско* заступништво, кад се тиче лица која немају пословне способности, или су пак ограничена у тој способности, или пак *вољно*, кад се заснива на овлашћењу приватног лица, које би могло по својим способностима и само да закључи правни посао, али то чини преко заступника из неког нарочитог разлога.

Вољно заступништво, о коме је овде реч, данас је у опште допуштено. Оно је једна друштвена потреба, о којој позитивно право води рачуна. Само изузетно има извесних правних послова, при којима не може бити заступништва. На пример, код закључења брака, код тестаментa и т. д.

Заступништво је двојако: *непосредно* и *посредно*. Непосредно заступништво или правно заступништво постоји онда, кад се заступник отворено појављује као чинилац који дела у туђе име и за другога, кад противна страна зна да има посла са заступником правог уговарача. Посредно заступништво је, кад заступник закључује правни посао у своје име и за себе, али све што прими и изда обавезан је да преда, односно да наплати од онога за чији је рачун радио. То је уговор о комисиону, који нема правну форму заступништва. Овде се говори само о непосредном или правном заступништву.

II. Правни значај заступништва огледа се у томе, што изјава заступникова производи сва дејства према заступљеном лицу. Чим заступник покаже да чини изјаву за другога, као његов заступник, самим тим сва правна дејства, која таква изјава повлачи, важе према заступљеном лицу, а не према заступнику.

Али да би се изјава једног лица сматрала као изјава једног заступника, која обавезује заступљено лице, потребно је да буду испуњена ова два услова: 1. Да је изјава учињена у име заступљеног лица. Не тражи се баш изречна напомена, јер се врло често и из околности, које прате изјаву, то може извести. Кад ће то бити и да ли се може узети, да је изјава учињена у име другог, о томе решавају назови саобраћаја. На пример, кад послуга, службеници једног лица закључују правне послове, а познати су другој страни као такви службеници, узео се и без изречне напомене да чине изјаве за свог господара. Али ако су у питању личне потребе, потребе за које господар по закону не одговара, не постоји то прећутно заступништво. 2. Други је услов да се заступник кретао у кругу датог му овлашћења. Ако је прекорачио овлашћење, он се сматра као заступник без пуномоћства и судбина таког правног посла одређује се по нарочитим правним правилима, која ће ниже бити изложена. Ако је заступник истина имао намеру да закључи правни посао у име другог, заступљеног лица, али ничим није ту намеру обелоданио ни изречно, ни прећутно, тако да други уговорач није знао нити је могао знати да има посла за заступником нечијим, онда правни посао важи као посао заступников. Нити се заступник може ослободити тог правног посла позивајући се на недостатак своје воље, нити пак може заступљени тражити од трећег лица да призна правни посао као његов. Ово изречно прописује § 164 немачког законика, али то важи и у српском праву и без изречног прописа.

Спорно је међу правницима питање ко се код заступништва сматра у правном смислу као уговорач, да ли заступник, или заступљено лице. По једним правницима уговорач је заступљено лице, јер заступник изјављује његову вољу (Савињи). Други сматрају, да је уговорач заступник, јер он у ствари изјављује своју вољу, само што дејства правног посла наступају за заступљено лице (Виндшајд). Неки су пак означавали и заступника и заступљенога као уговораче, у колико је који од њих учествовао. Питање је зато од практичног значаја, што се извесни чисто субјективни моменти имају да одређују према личности уговорача. То су кривице, знање или незнање, заблуда, *bona fides* и т. д. Оно се има решити у смислу теорије репрезентације, коју је Виндшајд поставио: да је уговорач сам заступник и да према томе, пошто је његова воља меродавна, и недостатци

воље и сви остали субјективни моменти узимају се у обзир у толико у колико су постојали у личности заступниковој. Изузетак постоји у погледу ограничења пословне способности, јер се оно не узима у обзир код заступника (§ 621), као и у случају кад би заступник делао по нарочитим упуштвима заступљеног лица. Тада се заступљени не може позивати у погледу оних околности које је он знао, или морао знати, на незнање заступниково. Ово је сасвим правично решење и зато га треба усвојити и ако нема изречног прописа. Као што се види из овога, суштина заступништва не лежи у фикцији, коју су старији правници заступали, да је воља заступникова у ствари воља заступљенога према датом овлашћењу. Таква фикција је излишна и противи се стварности.¹ Воља заступникова остаје воља заступникова, али она замењује вољу заступљенога. Зато што је то воља заступникова, зато се и гледа на оне недостатке воље, који се тичу личности заступникове.

III. Сваки однос заступништва претпоставља постојања три лица: заступника или пуномоћника, заступљеног или властодавца и трећег лица, са којим се закључује правни посао. Између та три лица постоји један сложени правни однос, који се мора рашчланити на два простија, по појму различна односа. Један је однос *пуномоћство*, а други *налог*. Кад је у питању закључење правног посла, постојање правног односа између заступљеног и трећег лица, онда је меродавно пуномоћство и само о пуномоћству и његовој важности може бити речи. Пуномоћство у том случају појављује се као средство, којим се омогућава закључење правног посла преко другог лица или заступника. То је у суштини заступништво. Што се тиче пак правних односа између самог заступника и заступљеног, они се појављују као последица нарочитог једног уговора, уговора о налогу, којим се заступник обавезао да за заступљенога закључи правни посао или правне послове. Старији правници нису правили ову разлику између пуномоћства и налога, већ су оба односа сматрали као једно исто, што је стварало забуну и пометњу. Изједначујући пуномоћство са налогом старија правна доктрина је сматрала пуномоћство као двострани правни посао, као уговор, што је несумњиво погрешно. Пуномоћство, или овлашћење дато једном лицу за заступање при закључењу правних послова је једнострани правни посао. Код пуномоћства постоји изјава једног

¹ За ту фикцију је А. Ђорђевић, Систем I, стр. 134.

лица, да ће други за њега закључити правни посао, учинити једну изјаву воље, или примити чију изјаву за њега. Чим се таква изјава пусти у спољни свет, самим тим је пуномоћство перфектно. Заступник или пуномоћник стекао је право да у име заступљенога чини изјаве воље. Треће лице је овлашћено да према заступнику чини пуноважно своје изјаве и т. д. Што се тиче пак односа између пуномоћника и властодавца, они се регулишу према нарочитом уговору о налогу, на основу кога се пуномоћник примио да за другога свршава послове.

Ово издавање пуномоћства као једностраног акта и налога, као уговора не само што је потребно ради што јаснијих и чистијих односа, већ је засновано и у самој природи тих аката. То се најбоље види по независности која постоји између пуномоћства и налога. Кад би то био *један* правни посао, онда би сви делови безусловно зависили један од другога. Међутим пуномоћство ни у колико не зависи од важности уговора о налогу. Нека би уговор о налогу био и без правне важности, пуномоћство вреди, само ако су испуњени његови услови. На пример, неко узме у службу малолетника без одобрења родитеља малолетникових. Уговор о служби буде поништен, али правни послови, које је тај малолетник као пуномоћник извршио, остају у снази. На другом месту може пуномоћство бити и без налога, што се не би дало замислити, кад би налог и пуномоћство били једно исто. У српском праву није до сада била запажена ова тако потребна разлика. Грађански Законик је томе највише крив, јер садржи одредбе и о пуномоћству и налогу на једном истом месту (§§ 609—631). По тим прописима не чини се разлика између пуномоћства као једностраног акта и налога као уговора. Оба та правна посла означају се као пуномоћство, које се пак сматра као уговор. И правна теорија отуда је примила ову мешавину.¹ Андра Ђорђевић помиње² да се у новије време чини разлика између пуномоћства и налога, али он ту разлику није јасно уочио, пошто сматра и пуномоћство и налог као уговор. На супрот томе треба нарочито истаћи, да је пуномоћство једнострано правни посао, за чију је пуноважност довољна изјава властодавчева.

¹ Гојко Павловић, (ор. cit.) и Станојевић и Петровић (ор. cit.) не двоје пуномоћство од налога.

² Систем, I², стр. 137.

IV. За пуномоћство није прописана никаква нарочита форма. Оно се може изјавити и усмено и писмено, и прећутно и изречно. И ако је једнострани акт, пуномоћство долази у оне изјаве, које се морају изјавити пред неким лицем (*empfangsbedürftige Erklärung*). Изјава о пуномоћству чини се било према пуномоћнику било према трећем лицу, са којим пуномоћник има да преговара. Она се може међутим и јавно учинити, у ком се случају сматра као да је саопштена и једном и другом лицу. На исти начин се пуномоћство и опозива. Ако је изјава о опуномоћавању учињена пред трећим лицем, пуномоћство важи према том лицу све док му се истим начином не саопшти престанак пуномоћства (§ 627).

V. Нарочито разматрање захтева заступништво без овлашћења, без пуномоћства.¹ Има случајева где се неко појављује као заступник или пуномоћник, ма да у тренутку заступања нема овлашћење за заступање, било да то овлашћење никад није ни имао, било да је оно престало, било да противна страна зна за недостатак, било да не зна. Каква је судбина правних послова које би закључио такав један пуномоћник без пуномоћства? На првом месту да се издвоје случајеви незваног вршења туђег посла у нужди. О томе није овде реч. Овде је искључиво питање о томе, да ли важе правни послови које закључи неко као заступник нечији, и ако нема овлашћења. Грађански Законик нема прописа о томе. Немачко право чини разлику између двостраних и једностраних правних послова. Што се тиче уговора, важност његова је неодређена. Уговор може бити пуноважан, а може бити и поништен. Све зависи од заступљеног лица, да ли ће примити уговор или не. Другом уговарачу (трећем лицу) остављена је слобода да уговор откаже кад год хоће, све док исти не буде примљен. Али ни други уговарач нема право отказа, ако је при закључењу уговора знао, да заступник нема овлашћење. У сваком случају треће лице може да позове онога, у чије је име правни посао закључен, да се изјасни, прима ли правни посао или не. Ако се тај у року од две недеље не изјасни, сматра се да је одбио пријем и од правног посла нема ништа. Заступник без пуномоћства лично је одговоран у оваквом случају трећем лицу, сем ако не докаже да је оно знало за недостатак пуномоћства. Ван тог случаја одговорност његова је тро-

¹ *Hupka*, Der Vertreter ohne Vertretungsmacht (1902).

јака. Треће лице може тражити или: а) испуњење правног посла онако како би га и заступљени извршио; или б) накнаду целокупне штете, која је услед одбијања правног посла претрпљена; или најзад в) у случају да је пуномоћник био у уверењу да има пуномоћство, а у ствари га нема, накнаду негативног интереса. Што се тиче пак једностраних правних послова, они просто не важе, ако су предузети од заступника без овлашћења.

Ова правила се могу усвојити и у српском праву, јер се не противе ниједном пропису Грађанског Законика.

VI. Да се помене напоследку још једно спorno питање које се тиче заступништва, наиме да ли заступник може са самим собом да закључује правне послове у име заступљеног лица. Остављајући на страну аргументе, који би се тicali чисто правних страна овог питања, треба истаћи да је овако уговарање са самим собом доста опасно по интересе заступљенога и да га зато треба одобрити само тамо, где постоји нарочити разлог. На првом месту могуће је такво уговарање, кад је од стране властодавца изречно допуштено. У том погледу објективно право не ставља никакво ограничење приватној аутономији. И без изречног одобрења може заступник са самим собом закључити правне послове, кад је у питању испуњење обавезе од стране заступника. Оба ова правила постоје и у српском праву, и ако нису изречно предвиђена у Грађанском Законику.

Ако би мимо ових случајева заступник закључио какав правни посао са самим собом, тај посао неће бити ништаван. Он ће се сматрати као правни посао закључен без овлашћења и према томе зависити од заступљеног, да ли ће посао одобрити или не.

Ограничење правних послова.

I. Условни правни послови.

1. Појам услова. Врсте услова.

Књижевност: *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung, Anfangstermin (1888); *v. Scheurl*, Die Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften (1870); *Wendt*, Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft (1872); *Arthur Kohler*, Die Resolutivbedingung (Archiv für bürgerl. R. XV, S. 1 ff.); *Czyhlarz*, Zur Lehre von der Resolutivbedingung (1875); *Schulin*, Ueber Resolutivbedingungen und Endtermine (1875); *Bothe*, Begriff, Zweck und Wirkung der Bedingungen nach dem B. G. B. (1899); *Sobtzick*, Die bedingte und befristete Obligation (1898).

I. Изјаве воље управљене на заснивање правних односа могу бити ограничене додавањем још једне изјаве, којом се правно

дејство њихово чини зависним од наступања једног неизвесног догађаја. Такве изјаве воље су *условни* правни послови. Под *условом* се разуме дакле додатак један главној изјави, у том смислу, да правно дејство, на које је изјава управљена, треба да наступи само у случају постојања или остварења једне околности, која је нарочито означена. Тај додатак, та споредна изјава назива се условом у правом смислу речи, а и сам догађај или околност, од чијег остварења зависи дејство главне изјаве, назива се такође условом.

И ако је услов означен као додатак уз главну изјаву, не треба мислити да код условљеног правног посла постоје две изјаве, независне једна од друге. Изјава воље је свега *једна*, али је та изјава оним додатком (условом) ослабљена у свом интензитету, у својој снази. Међутим то слабљење ништа не смета правном постојању те воље као једне пуноважне, садашње воље.

Спорно је било питање, шта је код условљених изјава воље управе условљено. Да ли је условљена воља као таква, или пак дејство њено. И ако су многи правници тврдили и доказивали, да је код условних послова сама воља условљена, да је егзистенција воље у питању, ипак је преовладало мишљење, које је још Савињи бранио, да код условних изјава може бити речи само о условљености правног дејства воље, дакле онога што се хоће, *хоћенога*, а не и о условљености хотења или воље. Постојање воље доиста није ничим условљено ни доведено у питање ни код условних послова. Воља као таква постоји, али њено правно дејство је условљено.¹

II. Правни значај услова огледа се у два правца, и према томе има и две врсте услова. Једним условима се само заснивање права, постанак правног односа чини зависним од наступања догађаја, који је стављен као услов. То су *одложни* или *суспензивни* услови. Одложни услов додан изјави воље значи то, да се оно правно дејство, на које је управљена изјава воље, жели само на случај остварења или испуњења услова. Купује се кућа под условом да трамвајска пруга прође том улицом. Или, оставља се легат једном лицу под условом да сврши одређене науке. Другим условима се трајање једног права или правног стања чини зависним од испуњења услова. Уз изјаву којом се заснива један правни однос, додаје се услов у том смислу, да ће правни однос престати, ако догађај, који је означен као

¹ Противно мишљење има А. Ђорђевић, 12, стр. 93.

услов, буде остварен. То су *раскидни* или *резолутивни* услови. Раскидни услов значи то, да се оно дејство, на које је управљена изјава воље, жели само на случај, да се *не* оствари догађај означен као услов. Ако се тај догађај оствари, самим тим престаје правно дејство изјаве. Продаје се кућа под условом да се варошки реон не прошири идуће године, па обухвати и ту кућу. Или, наменује се лице за наследника под условом да други један сродник нема деце.

III. Допуштеност оваких додатака уз изјаве воље данас је опште правило. Друштвена је потреба да се призна правна важност изјавама које се сада чине, али чије дејство зависи од околности, које ће се тек у будућности десити. Уместо чекања да наступе те околности, па онда да се чине изјаве, које би чекање често пута имало неповољних последица, право даје могућности, да се односне изјаве учине одмах, с тим да њихово дејство зависи од остварења једног будућег догађаја или услова. Тиме објективно право знатно олакшава појединцима правилно располагање својом имовином и својим способностима. Али има извесних правних послова, код којих није допуштено стављање никаквог услова. За те правне послове или је сам закон прописао да не могу бити условљени, или је пак природа посла таква, да би било неправично и противило би се суштини посла, кад би се допустиле условне изјаве. На пример, изјава о вољи за ступањем у брак при венчању мора бити безусловна (§ 60). Еманципација не може такође бити условна (§ 152). Признање брачности једног детета исто тако (§ 128). Те изјаве условно учињене, не производе никакво дејство. Оне су по самом закону ништавне. Исто важи и за оне изјаве, што по природи својој не трпе услове. На пример, отказ уговора, одустанак од уговора, изјава о одобрењу правног посла малолетничког и т. д.¹

VI. Околност на коју је услов управљен, може бити какав фактички догађај, а може и нека правна чињеница. Главно је, да је та околност неизвесна, али се не тражи објективна неизвесност, већ чисто субјективна неизвесност. Према томе као услов могу се поставити не само будући догађаји, већ и чињенице из прошлости и садашњости, само ако су учесницима у правном послу неизвесне. Против овог мишљења, које нарочито брани Виндшајд, устаје већина правника, сматрајући да се као услов

¹ *Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte* (1904).

могу поставити само будући догађаји, само објективно неизвесни догађаји. Од српских правника то мишљење имају А. Ђорђевић¹ и Ђ. Павловић.² При свем том је мишљење Виндшајдово, бар са гледишта правне логике боље. За појединце је главна њихова субјективна неизвесност, њихово незнање околности, а не објективна неизвесност, односно извесност, која се тешко може и утврдити. И према томе такви субјективно неизвесни догађаји, који су се већ десили, могу се узети за услов.

V. Има извесних чињеница, које се само по форми појављују као услови. Оне имају облик услова али не и суштину. То су дакле *привидни* услови. Неки од тих привидних услова немају у опште никаквог правног дејства, не производе никакве правне последице, док други производе извесно дејство, али не дејство услова. У привидне услове долазе:

1) *Правни* услови (*condiciones juris*). То су оне околности, од којих по самом закону зависи правна важност и дејство једне изјаве воље. Постављање таквог услова нема никаквог правног значаја; правни посао је безуслован и производи одмах своје дејство као и да није услов постављен.

2. *Нужни* услови, или чињенице, које се по нужности морају остварити. Таквим чињеницама недостаје неизвесност, која је битни елеменат услова. Ако би такав један извесни и нужни догађај био постављен као одложни услов, то би у ствари био безусловни правни посао. А ако би се таква чињеница утврдила као раскидни услов, не би у опште ни било правног посла. Раскидни услов је управљен на престанак права. Пошто је догађај извесан, то значи да је и престанак унапред одређен. И у једном и у другом случају може таква чињеница, ако ће се у будућности десити, да преставља *рок*, тако да би ту постојао један орочени правни посао.

3. Нису услови чињенице *објективно немогуће*, чија немогућност постоји у моменту закључења правног посла. Ако би такав један објективно немогући догађај био постављен као одложни услов, правни посао не би постојао, био би по самом закону ништаван. Као раскидан услов таква једна немогућа чињеница остаје без икаквог правног дејства. Јер кад је престанак права везан за нешто немогуће, значи да је то једно право, чије трајање није ни мало условно.

¹ А. Ђорђевић, Систем, I, стр. 94.

² Ђ. Павловић, О обавезностима и уговорима, стр. 36.

VI. Овде има да се расправи још и питање о томе, да ли важе такви правни послови, при којима је сама *воља* условљена. Другим речима, да ли постоји правна изјава, кад неко обећа нешто под условом будућег хотења.¹ На први поглед изгледа да у таквом случају нема у ствари изјаве воље. Јер кад неко изјављује да ће нешто хтети под условом да то доцније хоће, онда он у ствари сада ништа неће. Ако би он доцније учинио изјаву хотења, дакле испунио тај услов, то би била у ствари једна нова изјава воље, а не испуњење услова. Тако учи Винд-шајд.² У теорији међутим преовлађује мишљење, да су и оваки услови правно могући и допуштени.³ На првом месту да се издвоји случај, када постоји неоспорно правна обавезност, а то је, кад за одлуку није меродавно субјективно нахођење изјавиочево, већ објективно стање ствари, тако да би у случају спора и суд могао да утврди стање ствари. Дерибург наводи као пример обећања особене награде службенику на случај да господар буде задовољан радом његовим. Задовољство или незадовољство управља се према објективном резултату рада службениковог и може се утврдити мишљењем вештака. Овде је међутим питање о таквим изјавама, где одлучује искључиво лично нахођење изјавиочево. У таквом случају могуће је, да се за сад одбацује закључење правног посла, али се једновремено ставља у изглед евентуално будуће закључење. У том случају нема изјаве воље са условом. Али је могуће и то, да се још сад хоће правна везаност, да се дакле има намера, да се још сад прими обавеза на случај доцније одлуке. Такав је правни посао на пример куповина на пробу (в. § 645). Тада постоји један условни правни посао. Услов је чисто хотење. Давање доцније изјаве пристанка или хотење, је испуњење услова. Зато није потребан пријем изјаве од друге стране, као што би било у случају да се сматра да се тек сад уговор закључује. Исто тако ова накнадна изјава није везана за форму правног посла.

2. Забрањени и неморални услови.

а) Као што је већ напред речено, има правних послова, код којих је забрањено додавати услове, који дакле морају бити безусловни. Али поред тога има услова који су забрањени и који се не смеју додавати ниједном правном послу, ни оним дакле

¹ Видети: R. Krug, Die Zulässigkeit der reinen Willensbedingung (1904).

² Windscheid, Pandekten, I, § 93.

³ Dernburg, Bürgerliches Recht, I, § 152; Krug, op. cit.

правним пословима који иначе могу бити условљени. У забрањене услове долазе сви услови, који би се својом садржином или својом природом противили јавном поретку. У забрањене услове убрајају се и сви бесмислени и неразумљиви услови. Забрањени услови чине да је изјава воље, којој је услов такав додан, ништавна по самом закону. Ово проистиче из § 13, у коме је у опште прописано, да изјаве приватне воље, које би биле противне правилима јавнога поретка, немају правне важности. Забрањени услов чини дакле ништавним и сам правни посао.

б) Нарочиту врсту услова престављају неморални услови, такви услови који било својом садржином или обликом вређају моралне обзире, о којима право води рачуна. Неморални услов чини, да је и сам правни посао неморалан и према томе по самом закону ништаван (§ 13).

3. Дејство условне изјаве као такве.

а) Дејство изјаве са одложним условом.

Из саме природе правног посла проистиче, да главно правно дејство, на које је изјава воље управљена, не наступа за све време док траје неодређеност у погледу испуњења или неиспуњења услова. Правна снага изјаве је спречена у свом ширењу. Ако је тражбина условна, не може се тражити њено испуњење. Ако је обвезано лице у заблуди или незнању испунило обавезу, има право да тражи повраћај (§ 902). Ако је неко пренео право својине условно, он остаје и даље сопствеником ствари. При свем том условна изјава као једна правна изјава воље производи правна дејства, и то таква правна дејства, која стоје у непосредној вези с главним правним дејством. Лице условно овлашћено, ако не стиче одмах само право, које зависи од остварења услова, оно стиче једно особено право на *изглед* или *наду* будућег прибављања, право на евентуално прибављање. То право има све карактерне црте субјективних права. Условна изјава обавезује правно, јер онај, на чији терет постоји такво условно право, не може се ослободити тога, да наступи дејство, ако је услов испуњен. Он је правно везан и то везан једним нарочитим субјективним правом условно овлашћеног лица. Последица те везаности је, да он не сме ништа чинити, што би могло осујетити или умањити право, које ће се прибавити остварењем услова. За сваку такву радњу, такво фактичко поступање он је одговоран и дужан је накнадити штету, која би отуда произишла.

Условно овлашћено лице заштићено је даље и од повреда од стране трећих лица. Ово све под претпоставком да се услов испуни. На другом месту свако располагање правом или стварју путем правних послова, има пасти у случају испуњења услова, било да то располагање никако не важи, било да се само у погледу ранга потчињава новом праву, ослобођеном од услова. Ако је на пример преносилац, који је пренео својину под одложним условом, исту ствар дао доцније у залогу, на случај остварења услова заложно право пада сасвим. Ранг условљеног права управља се према дану кад је правни посао закључен. Код овог правног располагања инострано право поставило је начело, да су трећа савесна лица, која би прибавила какво стварно право, заштићена као и да прибављују право од *non dominus-a*. Такав пропис садржи немачки законик у § 161. У немачком праву испуњење услова нема повратно дејство и зато је овакав изречан пропис био потребан. Кад би испуњење услова имало повратно дејство, тај би пропис био сасвим излишан, јер онда би трећа лица фактички доводила своја права од *non dominus-a*, па би се односни прописи ео *ipso* примењивали. У српском праву испуњење услова такође нема повратно дејство, као што ће ниже бити објашњено, али при свем том и у српском се праву примењују прописи о прибављењу од *non dominus-a*, пошто је то правично. Ако би неки прибавилац у смислу § 221 или §§ 926, 928, и 929 дефинитивно прибавио право, то остаје у снази и ономе не остаје ништа друго до да тражи накнаду од свог сауговарача.

Ово особено право на изглед или наду будућег прибављања је и наследиво и преносиво, под претпоставком наравно, да је само право по својој унутарњој природи преносиво и наследиво. У немачком праву постоји изузетак у погледу изјава последње воље, јер се у сумњи узима да оне важе само под условом да је односно лице доживело и остварење услова (§§ 2074 и 2279). Овај изузетак објашњује се с једне стране тиме, што остварење услова нема повратног дејства, а с друге стране пак познатим правилом, да само онај који преживи другога, може у права овога да ступи. Како и српско право има исте принципе у том погледу, то се овај изузетак може да прими и за српско право.

Право условно овлашћеног лица може се обезбедити било покретном залогом, било хипотеком.¹ Али право на обезбеђење

¹ *Dr. Л. Марковић, Хипотекарно право, стр. 59.*

не постоји по самом закону, т.ј. по том основу, што је право условљено. Обезбеђење се може тражити тек кад наступе особени узроци, који иначе дају то право (§§ 377, 394 и 399 Г. С. П.).

Условно овлашћено лице нема право на тужбу у циљу непосредног испуњења, али ако се појаве такве околности, које доводе у опасност будуће реализање условног права, инострана права допуштају и условно овлашћеном лицу да подигне тужбу и тражи осуду *на случај* испуњења услова. Корист од такве тужбе састоји се у томе, што се на случај испуњења услова има готова судска одлука, па се одмах може тражити испуњење обавезе или обезбеђење. Српско право нема прописа о овоме, али би правично било допустити оваку тужбу под означеним условима.

Право условно овлашћеног лица има важности и у случају стечаја обвезаног лица јер се пријављује у стечајну масу, да би се потребна сума издвојила и депоновала на случај остварења услова. Овако је и у српском праву, ма да не постоје никакви прописи о томе у закону о стечишном поступку.

б) **Дејство изјаве са раскидним условом.**

Раскидним условом се иде на укидање правног стања, заснованог изјавом воље, уз коју је услов додан. Укидање тог правног стања и васпостављање стања које је било пре те изјаве, бива у корист лица које је тај услов поставило. То лице има, као и у претходном случају, и пре остварења услова једно нарочито право на евентуално васпостављање пређашњег стања. То право је заштићено од сваког фактичког и правног располагања од стране онога лица, што је овлашћено под раскидним условом. Сви акти би пали, у колико се не би на њих применили прописи § 221, односно §§ 926, 928 и 929 о прибављању права од неопштвеника. Онај ко је располагао стварју или правом у таквом случају одговоран је за сву штету, која би отуда настала. Али лице овлашћено под раскидним условом има за све време трајања услова пуноважно право. Ако је прибавило својину, може њом располагати наравно на свој ризик, јер на случај остварења услова пада и његова својина. Постојаност његова прибављања је дакле неизвесна.

4. **Дејство испуњења услова.**

а) **О испуњењу услова у опште.**

Кад ће се узети да је услов, од чијег остварења зависи главно дејство правног посла, испуњен, то је фактичко питање, које се

у сваком конкретном случају решава с обзиром на особене околности тог случаја, на природу правног посла, природу услова, вољу странака и т. д. У опште може се рећи, да се позитиван услов, који се састоји у остварењу једног догађаја, сматра као испуњен, кад тај догађај буде остварен онако и у оном облику, како су то странке замишљале. Није испуњен услов, ако догађај изостане, ако се не деси, па то уредним путем буде утврђено. Негативни услови, који се састоје у пропуштању, у недогађању једне чињенице, сматрају се да су испуњени, кад је пропуштање извесно утврђено, кад је догађај, који је требало избећи, изостао и није се десио.

Два особена правила садржи немачко право у § 162. С једне стране сматра се по закону да је услов испуњен, ако је она страна, на чију би штету било испуњење услова, нелојалним поступцима спречила остварење догађаја, који је као услов постављен. Нелојалност се огледа не само у умишљајним, долозним радњама, већ и у крајњем, грубом нехату. Обратно, ако би она страна, којој ће користити остварење услова, нелојалним поступцима учинила да се услов оствари, сматра се по закону да услов није испуњен. У оба случаја потребно је да се утврди узрочна веза између ненаступања, односно наступања услова и нелојалности једне стране. Иначе ако би се услов и мимо тога остварио, ако његово остварење није проузроковано тим нелојалним поступцима, нема места примени § 162. Ова правила вреде и за српско право, и ако нису изречно предвиђена.

б) Има ли остварење услова повратно дејство.

Питање о томе, да ли остварење услова има повратно дејство, долази у најспорнија питања правне науке. Нарочито се у пандектном праву водила велика препирка, при којој је било и много неспоразума. У новије време многа питања су објашњена, тако да се данас може сматрати цело питање као решено. Несумњива је ствар, да испуњење услова не може имати повратно дејство у том смислу, да се све правне последице, које су наступиле са остварењем услова, сматрају као да су наступиле још онда кад је закључен правни посао, тако да се стање у међувремену накнадно према томе одређује и врши изравнање између странака. Све што би једна страна примила од плодова и прихода имала би вратити. О таквом повратном дејству не може бити ни говора. Такво схватање противи се и самој

вољи странака. Странке су хтеле закључење правног посла у оном тренутку, кад су учиниле сходне изјаве; што се тиче пак правног дејства, оне су га упутиле на моменат остварења услова. И зато главно правно дејство наступа тек од тог момента, без икаквог повратног дејства. Ако се пак под повратним дејством разуме само то, да је правни основ наступања последице не испуњење услова као таквог, већ она првобитна изјава, уз коју је услов додан, то се може примити и то нико не спори. Али многи правници уче у опште, да испуњење има повратно дејство и да се сматра као да је последица наступила још у моменту давање главне изјаве. Тако Виндшајд¹ (само за раскидне услове), Вехтер,² Бринц,³ Шојрл,⁴ Шулин⁵ и Дербург.⁶ Истина у појединостима ови се писци разликују али се у једном сви слажу, да испуњење услова има повратно дејство. Други правници су изводили, да о повратном дејству не може бити речи, јер то нити је намера странака, нити је практично, с обзиром на потребе саобраћаја. Код условних послова има два дејства: *главно*, на које је изјава воље управљена, и *узгредна* дејства, која обезбеђују то главно дејство. Главно наступа тек од остварења услова, док споредна дејства настају чим се изјава воље учини. То мишљење заступају Фитинг,⁷ Вент,⁸ Адикес,⁹ Јеринг¹⁰ и други. У француском праву међутим сви правници сматрају да испуњење услова има повратно дејство.¹¹ Они то чине под утицајем изречног прописа у чл. 1179 грађанског законика, који гласи: *La condition accomplit a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté....*

Новији законици примили су учење, да испуњење услова нема повратног дејства, као логично и природно решење код условних изјава воље. Тако црногорски законик прописује у чл. 568: „Пошто се испуни одложни услов, узимље се да је дуг,

¹ Windscheid, Pandekten, I, § 91; Derselbe, Die Wirkung der erfüllten Bedingung (1851).

² Wächter, Pandekten, I, S. 384.

³ Brinz, Pandekten, I, S. 1447.

⁴ v. Scheurl, op. cit. S. 15 ff.

⁵ Schulin, op. cit. S. 32 ff.

⁶ Dernburg, Preussisches Privatrecht, I, § 89; Derselbe, Pandekten, I, § 111.

⁷ Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung.

⁸ Wendt, Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft, S. 96.

⁹ Fr. Adickes, op. cit. S. 91 ff.

¹⁰ Jhering im Jahrb. f. d. Dogmatik, X, S. 528.

¹¹ Planiol, t. I, p. 123.

који потјече из уговора, тек тим часом добио своју снагу, ако сам уговор или друге прилике не показују да је другојачија била намера уговорилаца“. Исто тако немачки законик прописује у § 158, да дејство правног посла наступа од момента испуњења одложног услова, односно да оно престаје у моменту испуњења раскидног услова, из чега је до очигледности јасно, да нема повратног дејства.

Грађански Законик не садржи никакве опште прописе о условима, па према томе није ни ово питање решио. Од српских правника за повратно дејство су Андра Ђорђевић¹ и Ђорђе Павловић.² Разлози наведени у прилог тог мишљења не могу се одржати с обзиром на природу услова и презумптивну вољу странака. И зато је много боље и правилније поставити начело, да и у српском праву испуњење услова нема повратно дејство, сем у случају кад су странке то изречно уговориле.

в) Дејство испуњења одложног услова.

Испуњењем услова правни посао добива потпуни и савршени облик. Од тог момента правни посао производи своје пуно дејство, на које је био управљен. Ако је у питању тражбено право, сад постаје тужимо, јер је добило савршени облик. Ако је у питању прибављање стварног права, у моменту остварења услова по самом закону се то право прибавља. Али, као што је и напред истакнуто, ово не значи да правни посао тек од испуњења услова у опште производи своје дејство. Још од дана закључења правног посла условно овлашћено лице стиче нарочита права, која са овим правима што се сад заснивају, чине једну целину.

Ако је обвезано лице фактичким или правним располагањем осујетило остварење права, овлашћени стиче са испуњењем услова право на накнаду штете. У изузетним случајевима, где би то странке нарочито уговориле, испуњење услова може имати повратно дејство. У таквом случају васпоставља се оно стање које би постојало у моменту закључења правног посла, да није никакав услов додан. Али ово васпостављање не бива по самом закону са стварноправним дејством, већ се врши по чисто траж-

¹ А. Ђорђевић, Систем, I, стр. 102. Погрешно је тврђење Ђорђевићево, да је *општије* усвојено мишљење да испуњење услова има повратно дејство. Тачно је у толико, да је у пандектном праву донста преовлађивало такво мишљење. Данас се пак може баш обратито тврдити.

² Ђ. Павловић, *op. cit.*

беном основу. Странке су дужне једна другој да даду оно што би имале, да је правни посао био без услова и да је одмах произвео своје дејство. Ово изречно прописује § 159 немачког законика, па се има примити и за српско право, пошто је исти систем усвојен и у српском праву.

Ако је одложни услов испао, изостао, није се десио, правни посао губи сваку важност. Изостајањем услова утврђује се да правни посао неће моћи произвести своје дејство и самим тим то је правни посао без правног значаја. Ако је у међувремену што дато или учињено, може се тражити натраг, пошто је учињено без правног основа (§ 902).

г) Дејство испуњења раскидног услова.

Раскидно условни правни посао је све док траје услов, *пуноважан* и производи сва правна дејства, на која је био управљен. Прибавилац својине под раскидним условом прибавља пуну својину и може њом слободно располагати. Али он то чини на свој ризик, јер је постојаност прибављања неизвесна. Ако се оствари услов, од тог момента престају све правне последице, произведене изјавом са раскидним условом. По самом закону врши се васпостављање ранијег стања, али наравно без повратног дејства. Право својине прибављено под раскидним условом, престаје и својина прелази на ранијег власника. Ово дејство важи и према трећим лицима, у колико она не би била дефинитивно прибавила право. Што се тиче евентуалне обавезе на накнаду штете, вреде исти прописи, који и у претходном случају.

Ако услов отпадне, не оствари се, прибављање права престаје бити непостојано. Оно је сад дефинитивно обезбеђено, пошто се није остварио догађај, који је могао да учини крај том праву.

II. Орочени правни послови.

Књижевност: Simeon, Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts (1889); Schulz, Ueber Resolutivbedingungen und Endtermine; Salomon, Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts (1889); Kern, Die betagte Forderung (1904).

1. Појам рока и врсте рокова.

Под *роком* се разуме нарочити један додатак изјави воље у том смислу, да правно дејство на које је изјава воље управљена или наступа тек са одређеним моментом, са протеком из-

весног времена (почетни рок), или пак престаје са наступањем тог момента (завршни рок). У првом случају говори се о *одложном* року, у другом о *раскидном* року.

Суштина је рока врло проста. Дејство сваке изјаве воље по нужности је у времену. Ако саме странке нису одредиле почетно и завршно време, онда се по закону узима да изјава производи своје дејство *одмах*, а да траје на неодређено време унапред. Ако пак странке нарочито утврде моменат *одкада* ће изјаве произвести правно дејство, односно *докле* ће то дејство трајати, такав додатак уз изјаву назива се *рок*, као што се и сам одређени моменат назива рок. Исто онако као код условних изјава воље, тако и код изјава са роком, не постоје две различне изјаве, већ свега једна изјава са модификацијама.

Допуштеност рока као и услова је опште правило. Изузетно код оних правних послова, који по закону морају бити безусловни, забрањено је и додавање рока.

Одређивање рока може бити извршено на разне начине. Најобичнији је случај кад се рок календарски одреди, било једним одређеним даном, било посредно по истеку извесног времена. Али се рок може одредити у вези са неким догађајем, за који је извесно да ће наступити, само се не зна дан кад ће наступити. Ако би пак наступање тог догађаја односно рока било неизвесно, онда је у питању један условни правни посао, а не правни посао са роком.

2. Дејство рока.

Дејство рока огледа се из саме природе рока. Главно правно дејство, на које је изјава управљена, одлаже се за моменат, кад рок протекне. Ако је изјава учињена под раскидним роком, прибавља се одмах пуноважно право, које по самом закону престаје по истеку рока. Чим се одложни рок оствари, т. ј. чим он наступи, од тог тренутка постоји пуноважно право. Наступање рока нема повратног дејства, исто онако као што ни испуњење услова нема повратно дејство. Погрешно је схватање, које је раније било заступано, да се у оваком случају само *вршење* права одлаже, а да *право* као такво постаје одмах, чим се учини главна изјава, за коју је рок везан. То схватање не одговара ни природи рока ни намерама странака. Кад се правним послом везује прибављање права за један нарочити рок, онда се свакојак не може тврдити, да се право прибавило одмах. Одлож-

ним роком одлаже се и егзистенција самог права. Али ако се не стиче одмах главно право, стиче се друго једно право на будуће прибављање, једно *Vorrecht*, како га назива немачки правник Бекер.¹ Ово важи за прибављање стварних права. Што се тиче тражбених права преовлађује мишљење да се стиче тражбина одмах, чим се учини главна изјава, а да испуњење рока има значаја само за могућност вршења тражбеног права.²

Везаност странака за орочене изјаве као и одговорност за накнаду штете у случају фактичког и правног располагања, управљају се према начелима изложеним код условних правних послова.

Све ово вреди и за правне послове са раскидним роком. Наступање раскидног рока чини да престаје досадашње правно стање и да се по самом закону васпоставља оно стање, које је постојало у тренутку давања изјаве са роком. Одговорност постоји и овде за свако располагање, којим би се оштетило или осујетило право зависно од раскидног рока.

III. Правни послови са теретом или налогом.

Код правних послова, чија се суштина састоји у обдаривању једног лица неком имовинском коришћу без накнаде од стране тог лица, ограничење воље појављује се поред услова и рока још и у облику терета или налога (модуса). У таквом случају обдарени прибавља *одмах* и *безусловно* учињени му дар, а прима *обавезу* да ће испунити или извршивати оно, што је као терет дара означено. Постављање оваквог налога уобичајено је код уговора о поклону и код изјава последње воље (завештања). Ако је налог везан за поклон, поклонодавац има право да тражи извршење налога. За налоге у општем интересу теорија признаје право држави односно другој каквој јавноправној корпорацији, да тражи њихово извршење. Ако обдарени не би хтео да испуни налог, дародавац може да тражи повраћај поклона у онолико, у колико се поклон има да употреби за испуњење налога. Слична правила постоје и за налоге при завештањима.

Грађански Законик нема прописа о налогу или терету, па се примењују ова начела што их је теорија као општа правила усвојила.

¹ *Bekker*, Pandekten, II, S. 310.

² *Dernburg*, Bürgerliches Recht, I, § 157.

НЕДОПУШТЕНЕ РАДЊЕ (ДЕЛИКТИ).

1. О недопуштеним радњама у опште.

Под *недопуштеним* или *забрањеним* радњама разумеју се такве радње или нерадње, којима се или вређа једно одређено субјективно право, или се пак вређа непосредно један пропис објективног права, који такве радње забрањује. У овом другом случају може се једновремено вређати и нечије субјективно право, али се та повреда појављује као посредна последица. Према томе има две врсте недопуштених радња, чија се заједничка одлика састоји у заснивању нових субјективних права, било услед заснивања нарочитих правних односа између два лица, која дотле нису била ни у каквом односу, било услед модификовања постојећих односа.

а) У прву врсту недопуштених радња долазе сви поступци којима се код једног постојећег субјективног права од стране обвезаног лица неповољно утиче на право овлашћеног лица. Субјективно право садржи у себи везаност воље једног или више лица. Ако би та лица учинила нешто, што се противи њиховој обавези, тиме се вређа право овлашћеног лица и та повреда је основ новим односима, новим субјективним правима. На пример, продавац је, пошто је продао ствар купцу, понова продао исту ствар другом неком лицу и предао је том другом купцу. Други купац постао је услед предаје власником ствари. Тиме је продавац своју обавезу према првом купцу повредио и одговоран је за штету коју би овај услед тога имао (§ 291). Или други пример: господар једног непокретног добра изда исто под кирију и обавезе се кираџији да неће добро отуђивати све док траје уговор о кирији. Ако он ипак имање отуђи и нови власник откаже уговор о кирији, кираџија има право на накнаду штете од закуподавца (§ 704). О овим повредама говори се код појединих субјективних права. Општа теорија о њима излаже се у Тражбеном Праву, где те повреде највише примене имају.

б) У другу групу долазе оне радње или нерадње, које се противе једном пропису објективног права, макар да се тиме можда вређа и неко субјективно право. То су *приватноправни деликти*. Суштина је њихова у повреди објективног права. Али свака повреда објективног права није приватно-правни деликт. Многе повреде повлаче за собом *казну*. Међутим у суштини између приватноправног и

јавноправног деликта не постоји никаква разлика.¹ Основни елементи су исти код обеју врста забрањених радња. Сваки деликт има три елемента, на која се може рашчланити: *људска радња*, *противправна радња* и *вина радња*. Под радњом се разуме вољно проузроковање или неспречавање (ако се она састоји у нечинењу) извесне последице. Противправна радња је радња која је противна правном пропису неком. То је формално обележје. Материјално се противправност састоји у повреди правног добра. *Вина* радња означаје субјективну *кривицу* учиниоачеву. Под кривицом се разуме одговорност за учињену противправну радњу. Не само што је потребно, да је радња објективно управљена против правног прописа, односно против правног добра, већ се тражи да је учинилац *урачунљив*, да му се може убројати у кривицу тај поступак. Деца испод 7 година и лица душевно болесна нису урачунљива, као што нису урачунљиви ни они, који би били у несвесном стању у моменту радње (§ 807). Кривица или виност има два облика: долус (умишљај) и кулпа (нехат, небрежење). Под умишљајем се разуме свест о последици делања, кад је учинилац предвиђао и знао те последице. Под нехатом се разуме непредвиђање последице која се могла и требала предвидети. О облицима умишљаја и нехата и њиховој ближој одредби говори се у Тражбеном Праву. Овде је главно утврдити да се и умишљајне и нехатне радње појављују као деликти. Само случајне радње за које нико није одговоран, долазе ван обима деликата (§ 808).

Кад сви ови услови испуњени буду, постоји један деликт. Али да би тај деликт имао приватноправних последица, потребно је да је услед њега једно лице претрпело какву *штету*, било имовинско-правну, било и неимовинску, али која се може донекле загладити новчаном накнадом. Кад се утврди постојање такве штете, такве последице, може бити говора о дејству деликта на приватне односе.

2. Правне последице деликта.

Главна последица деликта састоји се у заснивању нарочитог субјективног права у личности оштећеног лица на накнаду штете (§§ 31 и 800). То се право заснива под условима овим: а) да постоји деликт са свима означеним обележјима својим;

¹ v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1905), § 26.

б) да постоји штета. Кад се утврди постојање оба услова, засновано је право на накнаду штете.

Накнада штете састоји се првенствено у васпостављању оног стања, које је постојало пре повреде. У том смислу постоји изречан пропис у 818 Г. З. Ако је то васпостављање немогуће или неостварљиво с обзиром на сразмерно велике трошкове, онда се штета процењује и даје се повчана накнада (§ 818). О свима осталим појединостима говори се опширно у Тражбеном Праву, у одељку о обавезама из деликата.

ЧЕТВРТИ ОДЕЉАК.

ВРШЕЊЕ СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА.

1. Начело слободног вршења права.

I. Вршењем субјективних права остварује се главни циљ ради кога та права постоје. У вршењу, користовању права са-стоји се испуњење оне функције, која је субјективним правима намењена у друштву. Опште начело које важи за вршење при-ватних права гласи, да је то вршење с једне стране потпуно *слободно*, а с друге стране да је *неограничено*.

а) Под *слободним* вршењем права разуме се потпуна сло-бода која је остављена појединцима, да ли ће вршити право или не. Југе suo uti nemo cogitur. То начело садржи и Грађан-ски Законик у § 32 који гласи: „Ко има какво право, од њега зависи употребити га или неупотребити. И ако га не може или неће да употреби, зато само исто право не губи“. Само изузетно може неупотреба права, ако се продужи за читав низ година, да доведе до губитка права услед застарелости.

Кад не постоји никаква правна дужност у погледу вршења права, не може се говорити ни о некој моралној дужности у том погледу. Чак да се и узме да у извесним случајевима по-стоји таква морална дужност, она се не тиче права и правног поретка, већ морала и моралних принципа.

б) Под *неограниченим* вршењем права разуме се потпуна слобода правног субјекта у погледу употребе или искоришћења оне правне власти садржане у појму субјективног права. Поје-динац се може користити својим правом у његовом целокупном обиму. Све докле се пружа власт, садржана у праву, она се може употребити. Ако би се вршењем права, употребом правне

власти вређали интереси трећих лица, ако би се наносила штета трећим лицима, при свем том је вршење допуштено, само ако се оно креће у обиму овлашћења садржаног у праву. То је начело пандектног права: *qui jure suo utitur, neminem laedit*. Грађански Законик садржи изречан пропис у том смислу у § 806, који гласи: „Који би другоме с тим што би право своје уживао, само ако границе не прекорачи, штету какву нанео, није дужан одговарати нити му ту накнадити.“

Модерно право није више тако искључиво, као што су српски и аустриски законик, који су примили идеје римског права. Модерно право је напустило тај крајњи индивидуализам па води рачуна и о интересима целине и идеји солидарности, која постоји у праву. Отуда прописи у модерном праву, којима се забрањује вршење права у случају кад се њиме иде намерно на оштећење трећих лица.¹ Тако се појавила теорија о злоупотреби права. Титулар једног права не сме то право злоупотребити, не сме га вршити једино у циљу да би другоме напакоштио. Шиканирање трећих лица забрањено је макар се оно вршило у обиму овлашћења, које даје једно субјективно право.² Црногорски законик прописао је у чл. 1000, да се човек ни својим правом не може користити тек другом на штету. Немачки законик прописује такође у § 226 да вршење права није допуштено, ако се њиме иде једино на то, да се другоме штета нанесе. Немачко право је још и даље отишло, па је у § 826 наредило, да свако неморално вршење права обавезује на накнаду причињене штете. Макар да се титулар права кретао у границама свога овлашћења, он је ипак одговоран за штету коју би другом нанео тиме што би вршио право на неморалан начин.

У српском праву нема оваких ограничења и то је велика мана српског права. Са природом права, као нарочите функције друштвеног организма, која има да измири супротности и да дела као регулатор, сасвим се слаже ограничење у вршењу права с обзиром на опште интересе. Врло лепо је то образложио Н. Перић у свом наведеном чланку. И зато не треба сматрати ограничења у вршењу права као нешто аномално.

¹ Спорно је међу романистима, да ли је и у римском праву постојало овако ограничење у вршењу права. Видети о томе наводе код *Windscheid, Pandekten*, I, § 121. За германско право утврђено је, да је оно познавало ограничења у вршењу права а у корист трећих лица (*Gierke*, I, § 36).

² Видети о том питању студије: *Kodi, Das Schikaneverbot* (1902); *Goldenberg, Die Stellung des B. G. B. zur Schikane* (1903); *Нинко Перич, О злоупотреби права* („Дело“ књига 64, стр. 381).

II. Нарочитог помена заслужује и случај сукоба или колизије права. Сукоб или колизија постоји, кад се вршењем права, не прелазећи границе овлашћења, вређа туђе право. Таква колизија наступа у случају, кад се више права односе на један исти објекат, тако да се или у опште не могу сва вршити, или се не могу вршити у пуном обиму свом, у свем пространствусвом. Овде се налази право према праву и мора се наћи неки начин да се та права измире и доведу у хармонију, т. ј. да се отклони сукоб. Тај се сукоб решава на тај начин, што се слабије право повлачи пред јачим правом. Односно мерила за јачину или интензивност једног права, нема општег критеријума, који би вредео за сва права. Код неких права се интензитет мери према времену постанка права. То је случај код стварних права, која имају нарочити ранг према дану свог постања. Код других јачина зависи од нарочитог законског одређења (привилегисане тражбине у стечају — §§ 14, 15 и 19 Зак. о стечишном поступку). Ако пак нема разлике међу правима, ако су она једнака по јачини, онда се по могућству тежи изравнању. Више службености са једним рангом врше се тако, како би свака службеност добила сразмерног учешћа. Код тражбених права изједначење је извршено само у случају стечаја, кад се све тражбине, које нису привилегисане, нити су обезбеђене нарочитом залогом, наплаћују конкурентно из стечајне масе. Мањак се расподељује на све тражбине подједнако. Ван стечаја тражбине се намирују ма којим редом. Ако би једна тражбина била измирена, а за другу не остаје ништа, тај други поверилац нема право да тражи изравнање.

2. Заштита вршења права.

а) Судска заштита.

Књижевности: Plosz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts (1880); Pagenstecher, Zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch des Beklagten (Archiv f. civ. Praxis, Bd. 47, S. 17 ff.); Hellwig, Anspruch und Klagerecht (1900); Derselbe, Klagerecht und Klagemöglichkeit (1905).

Свако приватно право заштићено је од државе, тако да појединцу стоје на расположењу нарочита средства којима обезбеђује вршење или реализацију права. Редовна заштита вршења права јесте судска заштита. Данас је свако субјективно право снабдевано и једним нарочитим правом на судску заштиту или *тужбу*. Свако спречавање у вршењу права даје овлашћеном лицу право да се обрати на суд и тражи судску помоћ, т. ј.

отклањање оне сметње, која се истиче његовом праву. Право на судску помоћ (§ 16) је нераздвојни елеменат сваког савршеног субјективног права.

Правна заштита у облику судске помоћи остварује се путем *тужбе*. Под тужбом се разуме с једне стране *право* на тужбу, на судску заштиту, а с друге стране и сама радња којом се суд позива у заштиту. Данас преовлађује ово друго значење, пошто је право на тужбу изгубило онај значај који је раније имало (в. стр. 80 и 81). Раније право је услед нарочитог односа између тужбе и права изучавало и цео систем тужба у материјалном праву. Пандекте садрже обично нарочите одељке о томе. Тако и Андра Ђорђевић посвећује нарочити одељак свог *Система приватног права* тужбама и приговорима (I-2 стр. 236-315). Данас је то потпуно напуштено и сва правила о тужбама, њином основу и значају изучавају се у Грађанском Судском Поступку.

6) Заштита права путем самопомоћи.

Књижевност: *Tuhr*, Der Notstand im Zivilrecht (1888); *Schollmeyer*, Das Recht der Notwehr nach B. G. B. (1899); *Grossmann*, Das Prinzip der Selbstverteidigung (1903); *Oetker*, Ueber Notwehr und Notstand (1903); *Riso*, Das Recht der Eigenmacht nach dem sächsischen und deutschen B. G. B.

Под *самомоћу* разуме се заштита права сопственим снагама и средствима. Таква заштита може се појавити у разним облицима. Ако се састоји у непосредном нападу на обвезано лице или на лице које спречава вршење права, онда је то *самовлашће* или *самомоћ* у ужем смислу речи. Ако се пак састоји у одбрани од напада, то је самоодбрана.

Основно је начело данашњег права, да је самопомоћ забрањена. Појединци су упућени на судове и тамо треба да расправљају своје односе. Ко је повређен у својим правима, нема права да сам себи прибавља задовољења. Ако би то он ипак радио, одговоран је и грађански за сву штету коју би причинио том *недопуштеном* радњом, а евентуално би одговарао и кривично за самовлашће. Грађански Законик је у § 28 прописао, да је самовоља, самовлашће законом забрањено. Од овог начела да је самопомоћ забрањена, постоје два изузетка: један се тиче *самоодбране* или *праведне нужне одбране*, а други *стања нужде*.

1. Самоодбрана је допуштена само онда, кад се појављује као *праведна* а *нужна* одбрана (§§ 201 и 208 Г. З. у вези са § 54 Казненог Законика). Према томе за самоодбрану је потребно да би се она појавила као једно правно допуштено заштитно

срество, да су испуњени ови услови: а) да постоји непосредни, садањи напад на право или правно добро; б) да је тај напад противправан, да се не врши по неком правном овлашћењу. Кад су та два услова испуњена, титулар нападнутог права може да одбије нападача сопственом снагом или и снагом других лица. Ово право траје све дотле, докле траје и напад, али се може продужити, према изречном допуштењу у § 208, и даље у облику гоњења нападача непосредно по нападу, ако је том гоњењу циљ да се поврати одузето добро. Ова самоодбрана има примене поглавито код заштите стварних права.

Ако би се приликом ове праведне нужне одбране прекорачиле границе потребне одбране, тај вишак се појављује као самовлашће, за које се грађански и кривично одговара.

2. *Стање нужде* даје право на самопомоћ. Ако једном праву прети непосредна опасност од нечије ствари, допуштено је ту ствар оштетити односно уништити је ради отклањања опасности. Грађански Законик говори једино о опасности од животиња, у ком случају је титулар права, које је у опасности, овлашћен не само одбити животињу, него је чак и убити, ако нема другог срества одбране (§§ 816 и 817). Овај пропис треба аналого применити и на друге случајеве, где би претила каква опасност од ствари, под условом само да је право које се штити, знатно веће и важније од права које се у стању нужде вређа.

ПЕТИ ОДЕЉАК.

ПРЕСТАНАК СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА.

Престанак права услед застарелости.

1. У опште о застарелости.

Као општи узрок престанка права може се навести само *застарелост*. Субјективна права су тако разноврсна, да се не могу поставити ближа правила о престанку свих права, и зато ће се при излагању појединих субјективних права увек разматрати и узроци престанка тих права. Изузетак чини застарелост, која се појављује као један општи узрок престанка права. Основ застарелости лежи у невршењу, у неупотреби права за читав низ година. У таквом случају огледа се утицај времена на правне односе. Време је једна друштвена сила, чијој се моћи људи не могу да одупру. Време је тај фактор, који чини, да се права услед дугог невршења изгубе. Једно фактичко стање претвара се по истеку дужег времена у правно стање. Кад неко не врши своје право, онда се то фактичко невршење у току времена претвори у правно невршење, т. ј. одузме се имаоцу овлашћење да врши право. Утицај времена огледа се и код прибављања права, специјално стварних права. Ко фактички врши једно право за дуги низ година, макар да му то право не припада, он ће по том основу доцније и прибавити право на основу одржаја или узупапије.

Старија правна доктрина није чинила разлику између прибављања и губљења права услед протеча времена, већ је поставила правила о застарелости као општем начину прибављања и губљења права. То схватање је ушло и у законике, па се налази и у српском законуку. У § 922 налази се овака одредба

застарелости: „Застарелост јесте особито определење закона, по коме један због неупотребљења за неко подуже време право губи, а други са самим употребљењем добива и прибавља“. Данас је то схватање, које само ствара забуну и пометњу, сасвим напуштено. О прибављању стварних права дугим уживањем, *одржајем* или *узукајџом* говори се особено код сваког стварног права. Овде је реч само о губитку права.

2. Правни значај застарелости.

Питање о правном значају застарелости није јасно изведено ни у доктрини ни у законодавству. Има пуно чињеница које су учиниле, да се то питање компликује. Једна од тих чињеница је двојство у појму субјективног права: право и тужба. Друга је чињеница установа приговора или ексцепција, које су такође доведене у везу са застарелошћу. Најзад и поједина субјективна права се знатно разликују једна од других — стварна и тражбена права — те ни по томе није могло бити једноликости у схватању.

Најприродније и најлакше би било сматрати, да застарелост просто уништава право, да права више нема. Међутим законодавство нарочито избегава да прида застарелости овакав значај. Само изузетно код неких права, нарочито код тражбених права истиче се мишљење, да застарелост ту потпуно уништава право, али и то мишљење многи не примају. Неки правници говоре о застарелости тужбе, позивајући се на римско право, које је у главном говорило о застарелости тужбе. Од српских правника то мишљење има А. Ђорђевић,¹ позивајући се поред осталог и на прописе Грађанског Законика (§§ 928а и 928б) који изречно говоре о застарелости тужбе. При свем том ово мишљење треба одбацити, јер се њиме не објашњава суштина застарелости. Ако Грађански Законик и говори у §§ 928а и 928б о застарелости тужбе, то је нетачно изражавање онога дејства, које наступа услед застарелости.

Правни значај застарелости огледа се у *одузимању могућности да се право врши*. Оно овлашћење, садржано у појму субјективног права, изгубило се, чим се навршила застарелост. Према томе кад би ималац права хтео да се користи својим правом, он то не би могао чинити зато што је изгубио овлашћење за вршењем права. Ако подигне тужбу и противна страна

¹ А. Ђорђевић, Систем I2, стр. 249 и даље.

истакне застарелост, суд ће тужиоца одбити не зато што је тужба застарила, већ зато што тужилац нема више овлашћење да се користи својим правом, нема оно што Немци називају *Anspruch*-ом, и зато се одбија од тражења.

Застарелост је призната као нарочита правна установа с обзиром на интересе обвезаних лица. И зато је остављено тим трећим обвезаним лицима, да се користе застарелошћу, ако хоће. Ако се обвезана лица не користе застарелошћу, ако не истичу да је ималац права изгубио овлашћење да се користи правом, онда право постоји у пуној снази. Ако би обвезано лице испунило своју обавезу, која је већ застарила, не би се могло говорити о поклону. Оно није учинило поклон, већ је испунило своју обавезу, која је била правна обавеза. Према томе још мање би могло бити повраћаја у смислу § 902, ако би се обавеза испунила са знањем да је застарила. Ако обвезано лице није знало за застарелост, ни онда не би могло тражити повраћај датог, јер обавеза на давање постоји и оно је само испунило своју обавезу. Обично се у таквом случају говори о једној *природној обавези* (*obligatio naturalis*), али и та природна обавеза има правне садржине. То је она иста обавеза, само што је дејство њено ослабљено приговором застарелости. Ако се тај приговор не употреби обавеза добива своју пуну важност.¹

Као што се види суштина застарелости састоји се у ослабљењу дејства застарелог права према обавезаном лицу, при чему је остављено том лицу да се користи или не користи застарелошћу. Обавезно лице стиче т. зв. *приговор застарелости*, којим се дејство права потпуно уништава, ако се тај приговор истакне према праву. Грађански Законик има изречан пропис о том факулативном дејству застарелости. „Странама стоји на вољу употребити застарелост или не употребити. И суд, ако се стране на застарелост не позову сам по себи неће је у призрење узети“ (§ 949).

Али и ако је остављено странкама да се користе застарелошћу или не користе, није остављено њиховом нахођењу, да ли

¹ Противно овом схватању *А. Ђорђевић* сматра (Систем I2, стр. 261) да се код застарелости говори само о застарелости тужбе. Дејство те застарелости је код *тражбених права*, да се и право само губи, да оно потпуно престаје. Да се застарелост не односи на тужбе већ је поменуто. А то се види и из дејства застарелости, које Ђорђевић прима. Ако се услед застарелости губи *право на тужбу*, у чему је застарелост тужбе, онда како се може изгубити и само право, кад су то два одвојена овлашћења. Ђорђевић не признаје постојање никакве ни природне тражбине по протеклу застарелости, али и сам увиђа да се то не може спровести због прописа §§ 902 и 936, из којих јасно проистиче, да се застарелошћу не ништи право као такво, већ се само слаби његово дејство.

ће у опште бити застарелости, и колика ће бити застарелост. Грађански Законик прописао је у § 950, да је свака изјава о одрицању застарелости у напред по самом закону ништавна. Исто тако је ништаван сваки споразум, којим би се утврдило дуже време застарелости, него што је закон одредио. Застарелост по себи је једна установа у јавном интересу, пошто се њоме знатно олакшава правни промет и правни ред. Према томе разумљиво је што је приватна воља у том погледу искључена. Осим тога закон је узео овде у заштиту обвезана лица, пошто би иначе повериоци увек тражили изјаву о одрицању застарелости. Странкама је допуштено само то, да одреде краће време застарелости, јер то би користило дужнику или у опште обвезаном лицу, а установа застарелости донета је нарочито у интересу тих лица.

3. Услови за застарелост.

а) Невршење права.

Један од главних узрока за застарелост јесте невршење права. Установа застарелости и заснива се на том невршењу или неупотреби права. Невршење права треба да је потпуно, у целини. Иначе, ако би се ималац права користио правом ма у ком облику, ако би учинио једну радњу, у којој се огледа вршење права, застарелост се *прекида* и сматра се као да је није ни било. Поред тога има изузетних случајева, кад се не врши право, па ипак не тече застарелост. То су случаји *застаја* или суспензије застарелости.

1. Прекид *застарелости*.

Прекид застарелости наступа услед сваког акта, који би се појављивао као вршење права и што је нарочито значајно, без обзира на то, да ли тај акт долази од овлашћеног или обвезаног лица. Данас је признато начело, да се застарелост *прекида* радњама и овлашћеног и обвезаног лица. Као радња којом се *прекида* застарелост од стране овлашћеног лица, означено је у § 945 гоњење судским путем. Под тим се разуме подизање тужбе код надлежног суда, којом се тражи остварење права. Ако би тужилац био одбијен од тражења, ма из ког разлога, сматра се да тужба није ни подигнута била, односно да није ни било застарелости (§ 945 in fine). Овде је спорно питање у ком се моменту *прекида* застарелост, да ли у моменту подношења

тужбе суду, или у моменту предаје тужбе туженоме на одговор. Боље је мишљење, које је претежно и усвојено у науци¹, да прекид застарелости наступа тек са предајом тужбе туженоме на одговор. Са подношењем тужбе изједначено је и пријављивање тражбине у стечајну масу дужникову.

Што се тиче обвезаног лица као узрок који прекида застарелост означено је у 945 свако признање права, било оно речима или делом извршено. Оно се огледа било у давању отплате, залоге, јемства или интереса, или се пак испољава у изречном признању права. То признање може бити и усмено учињено, пошто § 945 не поставља никаква ограничења у том погледу. Дејство прекида застарелости састоји се у потпуном губитку оног протеклог времена застарелости. Али прекид сам по себи не спречава ток нове застарелости. Ко се позива на прекид застарелости, мора сам да докаже тај прекид.

2. Застај застарелости.

Извесне околности задржавају ток застарелости. Право се не врши, а ипак застарелост не тече. Те су околности на првом месту извесне особине лица, против којих застарелост тече. Тако против лица, која су малолетна, као и против душевно болесних лица не тече застарелост, ако та лица немају законског заступника. Ово важи према § 942 само за малолетнике и душевно оболела лица, а не и за остала лица, ограничена у пословној способности. Застарелост не може почети да тече, а ако је већ почела тећи, чим наступи душевна болест, или пак нестане заступника законског, она се зауставља и не тече све док траје болест, односно док се не постави законски заступник. У сваком случају, макар ова лица и имала заступнике, не може се навршити време застарелости док не прођу две године од пунолетства односно оздрављења. Застај застарелости у овом случају тиче се само редовне застарелости (§ 930 а), а не и кратких или изванредних застарелости из § 928. У том смислу постоји изречан пропис у § 928 е: „Застарелост казана у § 928а до 928д закључно, тече и противу малолетника и противу оних, који из другог узрока немају право располагања са својим имањем. Но они имају право на накнаду од татора, ако су тиме оштећени“. Овај пропис није баш јасан, јер се у њему претпоставља, да малолетници имају татора, док застај застарелости из § 942 важи

¹ Windscheid, Pandekten I, § 108. Истог мишљења и А. Ђорђевић, I2, стр. 257.

само под условом да та лица немају законског заступника. Забуну је створила последња реченица, која је сасвим излишна, пошто за одговорност туторову постоје особени прописи у закону о старатељству.

Застарелост не тече против оних лица, која се налазе ван земље у ропству, а радила су тамо државне послове, све док се не врате у отаџбину (§ 933). Између супружника не тече застарелост, или ако је почела тећи зауставља се, све док тај однос траје између обвезаног и овлашћеног лица. Исто тако не тече застарелост између родитеља и деце и татора и пупиле (§ 943). Као општи узрок застоја застарелости предвиђено је у § 944 ратно или кужно време, када суда не би било у земљи. Сам рат или сама кога, колера нису довољни за застој. Потребно је да је услед заразе вршење правосуђа обустављено. Застој застарелости наступа најзад и онда, кад би нарочитим законом био проглашен мораторијум, т.ј. обустава плаћања по законском овлашћењу.

Дејство застоја застарелости много је слабије од прекида застарелости. Време застарелости које је протекло пре него што је наступио застој, урачунава се и не пропада.

б) Протек времена.

1. О времену и његовом рачунању.

Време је нарочити чинилац у друштвеним односима. Сваки правни однос бива у времену и зато је потребно предвидети нарочите размаке или одсеке времена, ради савлађивања тог временског утицаја на правне односе. Још од Римљана остала је деоба времена на годину (према обртању земље око сунца) и дане (према обртању земље око своје осовине). Између године и дана леже недеља или седмица (седам дана) и месец (тридесет дана).

Као најмању јединицу времена усвојио је Грађански Законик *један дан* (§ 547). Сви догађаји који би пали истог дана, сматрају се да су се једновременно десили. За рачунање рокова вреде ова правила: Ако је као почетак рока узет један цео дан, или догађај, који пада у тај дан, онда се при одређивању рока тај дан не узима у обзир (§ 105 Трг. Законика). Изузетак постоји за дан рођења, као и онда, кад је као почетак рока изречно предвиђен почетак дана. Ако је рок одређен по данима, онда се узима последњи дан рока. Ако је рок по месецима опредељен, онда је рок испуњења обавезе онај дан последњег месеца, који својим датумом одговара дану, кад се десио догађај, или од кога се рачуна. Ово исто важи и за рачунање по годи-

нама. Ако тог дана не би било у последњем месецу, рок је последњи дан тога месеца.

Ово је цивилна или грађанска компутација, при којој се рачуна не од момента до момента (природно рачунање) већ се за јединицу времена узима један цео дан.

2. О времену потребном за застарелост.

Да би право једно застарело, потребан је обично дужи период времена да протече, за које се време право није вршило. Редовна је застарелост за двадесет и четири године. Поред те редовне застарелости постоје изузетне или краће застарелости за поједина субјективна права (§§ 928а до 928з и § 937). О томе ће се говорити у Посебном Делу, код појединих субјективних права.

Време застарелости почиње тећи од дана постанка права. Условна права могу почети застаревати тек од момента испуњења услова, јер тек од тог тренутка може се рећи да постоји право. Исто важи и за орочена права. Код права на периодично давање застарелост почиње тећи за свако право особено. Ако је право управљено на пропуштање, оно почиње застаревати од тренутка извршења радње, којом се то право вређа, којом се чини оно, што је требало пропустити. Ако овлашћено лице може да тражи испуњење права тек по отказу, застарелост почиње тек од тренутка кад је отказ допуштен. А ако се испуњење права може захтевати по истеку одређеног рока од дана отказа, застарелост не почиње тећи док и тај рок не истекне.

Време застарелости свршава се кад протекне законом одређени рок. Како се то израчунава, речено је напред.

4. О незастаривим правима.

И ако је застарелост означена као општи узрок престанка права, ипак има извесних права, која не подлеже застарелости, која су незастарива. Према §§ 925 и 934 не застаревају лична права што проистичу из породичних односа, била она чисто лична права или пак имовинске природе. Незастариво је по истом пропису и право смесничара на деобу заједничке ствари, као и право граничара према граничару на одређивање међе или границе.

Од стварних права незастариво је право својине. О томе код својине.¹

¹ Др. Л. Марковић, О незастаривости права својине (Архив, XII, стр. 249).

СТВАРНО ПРАВО.

У В О Д.

У Стварно Право улазе све одредбе о појединим стварним правима. Број стварних права је ограничен. То су *својина, службености* (личне и стварне) и *заложио право*. У Стварном Праву излажу се и правила о *државини*, која има највише сличности са стварним правима, ма да није чисто стварно право.

Карактеристичне одлике стварних права већ су изложене у Општем Делу. Две су ствари значајне, којима се стварна права одликују: а) она имају за непосредни предмет једну индивидуално одређену ствар; б) она важе према *сваком* трећем лицу (*erga omnes*). Ближе одредбе о тим одликама биће изложене код појединих стварних права. На првом месту ће се говорити о државини, па онда о правим стварним правима.

ПРВИ ОДЕЉАК.

Д Р Ж А В И Н А.

I. Општа разматрања о државини.

Књижевности: А. Ђорђевић, Систем грађ. права. Посебни Део, 1. свеска *Државина*; Г. Гершић, Природа државине и основа њене правне заштите (Гласник Срп. Уч. Друштва, књ. 64, стр. 99); Dr. Л. Марковић, О појму државине („Архив“ X, стр. 449); Savigny, Das Recht des Besitzes (1865); Jhering, Der Besitzwille (1889); Saleilles, Étude sur les éléments constitutifs de la possession; Randa, Der Besitz nach oesterreichischem Rechte (IV Aufl. 1895); Kniep, Der Besitz des B. G. B. (1900); Gierke, Der Fahrnisbesitz (1897).

1. Појам државине.

Државина је израз за фактички однос власти једног лица према некој одређеној ствари. Кад једно лице има фактичку

власт над неком ствари, онда се тај однос лица према ствари назива државином. Грађански Законик говори о државини у § 198. По том пропису онај је држалац, који има ствар у својим рукама, а вољан је да је држи за себе, па је тако и држи као своју. Државина и ако је један чисто фактички однос власти, ипак је призната као самостално правно добро. Ко има државину ствари, заштићен је од узнемиравања у сваком случају, увек, без обзира на то, да ли му је државина на праву заснована или не. Потреба за редом у друштву захтева, да се постојећи фактички имовински односи заштите од сваког самовласног мењања. Та потреба је у суштини правно-политички разлог за оглашење државине као правне установе.

2. Историја државине и облици државине.

Установа државине води порекло из старијег права. И у римском и германском праву државина је била позната као особена правна установа од нарочите важности. У словенским правима, која се нису одликовала богатом и савршеном техником, државина је имала много мањи значај.

Као историски постала правна установа државина је у току времена узимала разне облике. У главном се, према досадашњем развиту и досадашњим испитивањима могу разликовати два типа, два основна државинска облика. Један је старији, други новији. Та два типа престављају два разна гледишта на природу државине.

Старије гледиште је гледиште римског права, које је и у Немачкој било меродавно за све време владавине пандектног права. Римску теорију о државини примила су даље и ова права: француско, аустриско и српско право. Друго новије гледиште, јесте гледиште германског права оличено данас у немачком грађанском законнику.

1. По римском праву државина преставља један правни феномен, који је био или корелат својине, или је имао тежњу да се претвори у својину. Државина је у римском праву била правна форма за оне односе власти на стварима, који су по свом спољнем облику или били својина, или су пак само личили на својину, али нису били својина зато, што нису постали редовним путем, којим се својина заснивала. И у тим дакле изузетним случајевима, кад је неко имао фактичку својинску власт на једном предмету, и ако није био сопственик, требало је то стање,

ту фактичку власт заштитити као и онда, кад би била у питању пуноважна својина. Пошто се ни по чему спољнем такво једно фактичко а неправно стање није могло разликовати од правног стања, сматрало се за потребно, да се такви односи власти бар привремено заштите. С тога је у римском праву сваки онај, који би држао једну ствар као своју, био држалац у правном смислу речи, и као такав је уживао правну заштиту у случају узнеми-ривања, као и у случају самовласног одузимања ствари.

Римско право је захтевало за појам државине, да се држалац понашао према ствари онако, како би се и прави сопственик понашао. Услов за правну заштиту био је, да је држалац уживао ствар као своју. Једна фактичка власт на ствари била је у римском праву само онда квалификована као државина, кад је односно лице имало и вољу, да ствар држи као своју и ту вољу наравно испољило у начину држања и уживања ствари. Према томе за постојање државине у римском праву потребно је било да буду испуњена ова два услова: а) да се оствари фактичка власт на ствари, да она постоји и б) да се та власт врши у своје име, да се има *animus domini*.

За случајеве фактичког држања ствари, где није било воље, да се ствар држи као своја, римско право је имало назив *природна државина* или *детенција* (*naturalis possessio seu detentio*) док је фактичка власт, која се вршила *animus domini* означавана, као *правна државина* или просто *државина* (*civilis possessio seu possessio*). Детентор или природни држалац није могао уживати правну заштиту зато, што је он по римској правној логици био само оруђе, инструменат сопственика или правног држаоца ствари и зато се није ни могао ставити на равну ногу с њиме. Кад је детентору била потребна правна заштита, он ју је могао добити једино преко свога ауктора, т. ј. оног лица, у чије је име детентор ствар држао, пошто се то лице сматрало као правни држалац.

Али римско право није овде било сасвим доследно. Оно је одступило од горњег начела, па је и заложног повериоца и севестара огласило за правног држаоца, и ако они према одредби државине то нису могли бити. Ово одступање било је мотивисано особеним чисто историским разлозима.¹

Поред пандектног права и француско право је примило

¹ Видети *Dr. Л. Марковић*, О појму државине (Архив X, стр. 449 и даље; *Windscheid-Kipp*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I. S. 750.

идеје римског права о државини. И у француском праву потребно је за појам државине остварење ова два елемента: а) фактичка власт на стварни (*la détention, la jouissance*) и б) воља држати ствар и уживати је као своју (*„l'intention d'agir pour son propre compte“*). Одредба француског права је шира од оне римског права, тако да је могла обухватити и такве случајеве фактичке власти, које римско право није било подвело под појам државине. Тако је у француском праву ималац ужитка или пак какве стварне службености држалац, док је у римском праву он био прост детентор. Али и француски систем је један недовршени систем, као што ће се то моћи лако увидети употребом са немачким системом код овог питања.

Идеје римског права усвојио је и аустриски грађански законик. По § 309 тог законика, ко има једну ствар у фактичкој власти, назива се детентор; ако је пак тај детентор вољан да ствар држи као своју, па је и држи тако, сматра се као држалац.

2. Други модернији државински систем развио се у Немачкој под утицајем чисто германског права и после дуге борбе са римским правом примљен је у данашњем немачком грађанском законнику. Немачки законик не познаје више римску разлику између државине и детенције. Правну државину (*civilis possessio*) он је изједначио са т. зв. природном државином, прописујући у § 854 да је за појам државине довољна фактичка власт на једној ствари. Немачки законик дао је ону заштиту, коју је дотле имала само државина вршена *animo domini*, свакој фактичкој власти.

Изједначење детенције и државине, извршено у немачком праву, није могло бити изведено до краја. Оно је потпуно изведено само у погледу државинске заштите, а у осталим односима учињене су неке поделе, тако да се добило неколико државинских типова. У немачком праву је и онај држалац, који ствар држи у својој власти по неком тражбеном основу, као на пример закупац или кираџија. Закупац, који се раније сматрао као прост детентор, у немачком праву добио је правни положај држаоца. Што се тиче закуподавца, он је остао и даље држалац, и то држалац нарочите врсте. Онај држалац, који има непосредну, физичку власт на ствари назива се *непосредни* држалац (*unmittelbarer Besitzer*), а сопственик, који је на основу правног посла уступио некое вршење власти на ствари, назива се *посредни* држалац (*mittelbarer Besitzer*). Даље се прави раз-

² Art. 2229; *Planiol*, tome I, p. 332.

лика између држаоца, који ствар ужива у своје име и као своју, *својински* држалац (Eigenbesitzer) и оног који ствар држи и ужива у туђе име и за другог. (Fremdbesitzer). Тиме су сви случајеви детенције подведени под појам државине, сем јединог случаја, где и немачко право сматра, да постоји просто физичко држање без никакве правне форме. То је случај, кад се нечија ствар налази у фактичкој власти једног лица, које је у служби сопственика ствари, било у кући, било у радњи његовој. Ни послуга ни особље радње нема дакле државину на стварима господаревим, и ако се те ствари налазе у њиховој фактичкој власти. Таква лица називају се државински помоћници (Besitzdiener, Besitzhalter) јер немају државину, већ просту детенцију.

Немачки законик, а пре њега већ црногорски законик (чл. 18) свакојакo под утицајем идеја германског права, учинио је својом државинском теоријом читав преокрет у овом делу приватног права. Детентори су добили правну заштиту од узнемиривања и самовласног одузимања ствари. Али, не само да су добили заштиту према трећим лицима, која би се самовласно мешала у њихову државину, већ су ту заштиту добили и према својим аукторима, т. ј. онима, од којих су они доводили своју државину. Раније детентори нису били заштићени од правних држалаца, а данас, пошто су и они постали држаоци, уживају потпуно ту заштиту. И тако се у немачком праву однос закупадавца и закупца знатно променио у корист овог последњег.

Државинска теорија немачког грађанског законика није постала спекулативним путем, већ се развила историским путем из идеја чисто германског права. Римско стварно право и германско стварно право показују једну врло интересантну разлику у основним погледима и та разлика имала је утицаја на стварање појма државине. Док је римско право давало претежан утицај праву својине и истицало га изнад осталих стварних права, сматрајући та стварна права само као ограничења својине и према томе као права, чија егзистенција зависи од егзистенције својине, дотле је германско право сматрало да су сва стварна права једнородна и да се једино разликују количином власти, коју садрже. С тога је сасвим у духу овог германског учења, да се *свака* фактичка власт сматра као државина, док је у римском праву доследност захтевала, да се само она фактичка власт призна као државина, која је одго-

варала својини¹. Идеје римског и германског права дуго су се бориле о превласт, док германско право као логичније и целисходније није победило. Немачки законик, као што је већ поменуто, усвојио је идеје германског права.

3. О државини у српском праву.

Грађански Законик усвојио је, преко аустриског права, државинску теорију римског права. По § 198: „Кад једну ствар држиш и воље имаш задржати је за себе, и то згодним знаком означиш и покажеш, ти си држалац или притежалац ствари.“ Законик не помиње ни у једној одредби просту детенцију, али се несумњиво они случајеви фактичке власти, који не долазе под појам државине, имају ради краткоће означити као случајеви детенције. Ово се сме у толико пре учинити, што детенција сама не производи никакве правне последице.

У српском праву за појам државине потребна су ова два услова: а) фактичка власт на ствари и б) воља држати ствар и уживати је као своју, у своје име. Према томе само онај се сматра као држалац, који врши својинску власт на ствари, и то са вољом, да ту власт врши. У појединостима треба истаћи ово:

а) У погледу фактичке власти (*corpus*).

Ближе одредбе о карактеру државинске власти не могу се поставити, зато што су поједине ствари врло разнолике, па се и фактичка власт на њима може манифестовати на разне начине. Али свакојако важно је бар у општим цртама утврдити, кад се има сматрати, да је фактичка власт остварена. Јер, ко се позива на државину треба да утврди постојање државинске власти. Правило је, да држалац треба да се налази у таквом положају да може вршити онакав утицај на ствар, какав одговара власништву или својини, пошто је државина у духу римског права оличење својине. Али тај положај, та могућност вршења утицаја треба да је по својој природи трајна, а не пролазна. Грађански Законик наводи у § 199 неколико примера, кад ће се узети да су покретне и непокретне ствари у државини. То је набрајање само примера ради, али ипак у сваком конкретном случају треба испитивати, да ли је остварена онаква или слична фактичка власт, о каквој је говор у § 199. Тај пропис (став 1)

¹ Опширније о овоме видети: Dr. *И. Марковић*, О појму државине; *Gierke*, Bd. II, S. 187 ff.; *Heusler*, Institutionen, Bd. II, 13 ff.

гласи: „Тако ћеш од покретне ствари, као новца, хране, марве и т. д. држалац или притежалац бити, кад то у рукама својим имаш, у својој кеси, врећи, у кући и т. д. и то држиш као своје“. Из ове се одредбе види, да *имати у рукама* треба схватити у преносном смислу, као имати на домаку својих руку. За непокретне ствари важи став II истог прописа: „Од непокретне ствари као куће, њиве, ливаде, воћњака, винограда, баште, воденице, онда си држалац, кад заузмеш, обележиш, као заградиш, окрчиш, засадиш, израдиш“. И овде се тражи могућност фактичке власти, али и манифестовање те власти споља неким знаком. Што се тиче уписа у баштинске књиге, односно прибављања тапије, тај упис или та околност, што неко има тапију, нема значаја за државину као такву. Пропис 299 има други значј, о чему ће код прибављања својине на непокретностима бити говора.

Прибављање фактичке власти, којим се заснива државина, може бити или *једностраним* актом држаоца, или пак у *споразуму* са оним, који је дотле држао ствар у својој власти. Једностраном прибављању има места код ствари, које се не налазе ни у чијој власти. Али наравно, да се и ствари, које се налазе већ у нечијој државини, могу једностраним актом прибавити у државину, мимо воље досадашњег држаоца. Та околност, што је радија прибављања један неправни акт нема никаквог утицаја на питање о постојању државине. И крадљивац може бити држалац, само ако оствари услове, под којима државина постоји. Али редован је случај, да ствари прелазе из власти једног лица у власт другог услед споразума странака. То се постиже *предајом* ствари од стране једног држаоца другоме, схватајући под предајом ствари довођење ствари у такав положај према лицу, или довођење лица у такав положај према ствари, да се она власт, која одговара појму државине, може да оствари. За ту предају важе прописи о предаји при преносу својине (§§ 285—291).

б) У погледу воље.

Што се тиче воље држати ствар као своју или „задржати је за себе“ како стоји у § 198, за њу има да се утврди, да није довољан један унутарњи психички процес, који може остати и тајна за трећа лица, већ је потребно, да се та воља види из понашања држаоцевог према ствари. Воља треба дакле да се манифестује у спољнем свету. У том је смислу и пропис § 198, који поред воље тражи и ово: ...„и то згодним знакомзначиш“.

Овај се став односи и на фактичку власт, на *corpus*, и на вољу, *animus* и зато нема државине чим нема у спољнем свету изјављене воље за држањем.

Ако неко држи ствар као детентор, та детенција може се претворити у државину чим придође и други елеменат државине: воља држати ствар као своју. Али наравно потребно је да се појава воље заснива на пристанку досадашњег држаоца. Предаја ствари је излишна, пошто се ствар већ налази у власти детенторовој. Ако не би било пристанка држаочевог, не може бити ни државине само по том основу, што детентор наједанпут хоће да држи у своје име и као своју ствар. *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Аустриски Законик то изречно предвиђа у § 319, ма да је и без тог прописа разумљиво, да друкчије не може бити. Исто тако и француски законик изречно не допушта интерверсију државинског основа (art. 2231). И за српско право мора се усвојити такво решење. У црногорском законiku у чл. 815 постоји изречан пропис, да нико не може својевољно промијенити ни основ ни садржај своје државине. Али ако би детентор потпуно променио држање према ствари, ако би предузимао такве спољне акте власти према ствари, којима се одликује само сопственик, онда се наравно мора признати постојање државине.

Даља карактеристика воље у српском праву је у томе, што је то *animus domini* римског и пандектног праву, а не намера држати ствар за свој рачун, као у француском праву. Зато је у српском праву само оно лице држалац, које ужива ствар као сопственик, па било да је оно сопственик или не. Римско право је истина из нарочитих разлога и заложног повериоца сматрало као држаоца, али Грађански Законик не говори о том изузетку и зато је заложни поверилац прост детентор ствари, коју има у залози. Још мање се може ималац ужитка сматрати као држалац, ма да се у француском праву он сматра као држалац. Али и заложни поверилац и ималац ужитка сматрају се као држаоци права и по том основу уживају ону заштиту, коју би имали да је њихова власт на ствари призната као државина.

4. Субјект државине. Предмет државине.

а) Како је државина једно особито стање, ни чисто право, нити пак правно индиферентна појава, није могуће казати, да је свако лице способно да буде субјектом државине. Из појма

државине проистиче, да само оно лице може бити субјектом државине, које је способно да има државинску вољу, вољу да ствар држи и ужива као своју. Према томе несумњиво је, да су неподобни за држаоце сва лица, која немају пословну способност, пошто таква лица по закону у опште не могу имати правне воље. То су деца испод седам година и душевно болесна лица. Лица са ограниченом пословном способношћу (малолетници од 7—21 године, распикуће и удате жене) могу имати државину, јер то стање им само користи доноси, а не и штете. Правна лица такође могу имати државину, пошто имају потпуну пословну способност.¹

Државина се може имати и преко заступника, било законских или уговорних (пуномоћника). Закон то нигде не забрањује. Допуштање заступништва омогућава и лицима, која сама не могу бити држаоци, да прибаве државину преко свог заступника. Воља заступникова замењује вољу заступљеног лица, а ако је заступник правно способан да прибави државину, савим ја довољна његова способност. За остварење државине преко заступника потребна су ова два услова: Да заступник има вољу, да ствар држи не за себе, већ за заступљено лице, и да је заступљено лице с тим сагласно. Кад ће то бити зависи од конкретних прилика и не могу се поставити општа правила. Код законског заступништва (старатељства) онај други услов је непотребан.

б) Предметом државине може бити само оно, што се сматра као ствар у правном смислу речи. Све што није ствар и што се не налази у правном саобраћају, не може бити ни предметом државине. На јавним добрима, која се налазе ван саобраћаја, искључена је државина појединаца.

Државина је могућа и на збирним стварима, као књижицама, стаду оваца и т. д. Истина ово није опште усвојено, пошто је и сама егзистенција збирних ствари спорна (в. Општи Део). Француско право на пример не допушта заснивање државине на збирној ствари.² Грађански Законик је међутим у § 191 признао збирне ствари као нарочиту врсту засебних ствари и нема се разлога порицати постојање државине на збирној ствари.

Теже је и сумњивије питање, да ли је државина могућа и на једном делу ствари. Пошто Грађански Законик сматра као

¹ Противног мишљења А. Ђорђевић, *Државина*, стр. 63.

² *Planiol*, t. I, p. 343.

државину у техничком смислу речи само својинску државину, ону државину која води својини, или која одговара својини, то је логичније узети да не може бити државине на деловима једне ствари, све док ти делови не буду одвојени, јер ти делови не могу бити ни предмет својине независно од главне ствари. Наравно да се ово не односи на идеалне делове ствари, пошто је судржавина (заједничка државина) исто онако као и сусвојина правно допуштена и могућа. Немачки законик допушта међутим државину и на деловима ствари, било да је ствар покретна или непокретна, под условом само, да тај део узет за себе има привредне вредности. Тако је државина једног кућнег спрата могућа, и ако спрат сам за себе не може бити предметом својине. Немачко право није овде нелогично, пошто оно сматра као државину сваку фактичку власт, без обзира на то, да ли та власт одговара праву или не, и да ли може да се претвори у правну власт или не, а таква фактичка власт могућа је и на једном делу ствари, под условом горе поменутих.

5. Пренос државине.

Једно од интересантнијих питања код државине је питање о преносу њеном. На то питање даје се различан одговор, с обзиром на основно мишљење које се има о природи државине. По римском праву државина је једно чисто фактичко стање, које сваки држалац мора сам да васпостави. По римском правнику Paulus-у: *adipiscimur autem possessionem per nosmet ipsos*. Према томе не може бити преноса државине ни сукцесије, који би се пренос заснивао на правном акту, на изјави воље. Сваки држалац прибавља државину примарно и његова је државина нова. Аустриско право је усвојило римски систем.¹ Немачко право међутим има друкчије схватање. Под утицајем идеја германског права немачки законик је прописао да је државина преносива и наследива, као и стварна права (§§ 857, 870). Српско право у овом питању није ни изречно ни јасно. Али ипак се сме тврдити, да је у духу српског права сматрати државину као једно чисто фактичко стање, које се не може као такво пренети.² Практичног значаја има ово питање у погледу правног положаја држаоца. Ако се узме, да је државина непреносива, да нема сукцесије, онда је правни положај прибавиоца

¹ *Krainz-Pfaff*, System, I, S. 504.

² Тако и А. Ђорђевић, Државина, стр. 77—78.

државине независан од правног положаја оног држаоца, од кога он доводи своју државину. Савесност и несавесност, законитост државине цене се искључиво према околностима које имају везе са личношћу новог држаоца. Обратно ће бити пак у случају, да се прими пренос државине као могућ и допуштен. Тада се квалитет државине прибавиоачеве одређује искључиво према квалитету државине преносиоачеве, пошто сваки преносилац преноси оно и онако, што и како сам има.

Али и римско право, као и она права, која су усвојила римски систем, воде рачуна ипак о државини ранијег држаоца кад је у питању прибављање на основу дуготрајне државине (одржајем). У том циљу постоји установа акцесије или придавања раније државине садашњој државини, урачунавање обе државине у једну државину, под условом наравно да су обе државине по квалитету једнаке. Установу акцесије предвиђа и Грађански Законик у § 941, што може такође послужити као доказ, да је српско право усвојило римски систем, који не познаје пренос државине као такве. И ако овај пропис говори о сингуларном преносу, он се има аналого применити и на универзалне преносе путем наслеђа.

6. Престанак државине.

Државина престаје, чим један или оба елемената њеног појма престану постојати. По § 210: „Кад ствар изгубиш или оставиш, твоја државина престаје“. По овом пропису изгледало би, да се државина губи једино престанком фактичке власти, а не и престанком воље, држати ствар као своју. У ствари Грађански Законик говори у § 210 само о најчешћем и најобичнијем случају престанка, не хотећи тиме искључити могућност престанка државине услед напуштања воље држати ствар као своју.

а) *Престанак државине услед губитка фактичке власти.* Фактичка власт може да се изгуби или пропашћу ствари, или кад се ствар изгуби (само покретне ствари), или кад се било вољом самог држаоца, било против његове воље заснује нова државина у лицу неког новог прибавиоца ствари. Овај престанак фактичке власти треба да је по својој природи трајан, да би имао за последицу губитак државине. Ако би држалац само привремено био лишен могућности, да врши на ствари државинску власт, он не би тиме и државину изгубио. Кад ће

бити привремени престанак, то је фактичко питање, које се у сваком конкретном случају особено решава. Законик није одредио никакав преклузивни рок за то.

б) *Престанак државине услед недостатака воље за држањем*. Чим други елеменат државине, воља држати ствар за себе, као своју, престане постојати, самим тим престаје и државина. Али није довољно, да се држалац предомислио и у себи решио, да ствар не држи више као своју. Потребно је наиме, да је нова воља изражена у спољнем свету, било на тај начин, што је закључен правни посао, при коме је држалац изјавио, да ће у будуће ствар држати у туђе име, као туђу, било да је иначе држање према ствари толико измењено, да се види да нема *animus-a domini*. Наравно да је потребно и то, да је држалац био правно способан у тренутку кад је изјавио да нема више вољу за држањем ствари.

Као сасвим особени начин престанка државине јесте случај смрти држаоачеве. Исто онако, као што права престају, тако престаје и државина, чим нестане носиоца државине.

7. Правна природа државине.

Књижевност: Г. Гершић, Природа државине и основа њене правне заштите; А. Ђорђевић, Државина, стр. 26 и даље; М. Недељковић, О правном карактеру државине (Архив III, стр. 434); Г. Никетић, О правном карактеру државине (Архив, VIII, стр. 434).

Питање, да ли је државина право или не, дуго је расправљано, па и данас су мишљења подељена, нарочито у Немачкој. Романисти, као Виндшајд, Дербург, Унгер, Ранда и други, сматрају да је државина чист факат, једно фактичко стање, које се ни у ком случају не може оквалификовати као право. То мишљење заступају и српски правници Гершић и Ђорђевић. Други пак правници, као Јеринг, Гирке, Бекер, сматрају државину као једно субјективно право. Исто мишљење има од српских правника М. Недељковић.

Присталице мишљења, да државина као таква није никакво право, већ једно фактичко стање, које донекле ужива и правну заштиту, полазе са тог гледишта, да је егзистенција субјективних права условљена постојањем извесних правних чињеница, или правних односа, који заснивају то право. Они другим речима налазе, да је за појам права неопходно потребно утврдити и основ постанка права, и то такав основ, који је признат као чињеница која заснива права. Код државине нема увек та-

квог основа, нити се он у опште тражи, пошто државина ужива заштиту без обзира на начин, како је постала. Тако, и крадљивац кад држи ствар као своју, сматра се као држалац и ужива правну заштиту. И према томе, да ли се положај крадљивца према ствари специјално у погледу државине, може и сме схватити као субјективно право? Ако би се гледало само на основ постанка крадљивчеве власти, несумњиво би се морало одговорити да нема права, нити може бити говора о праву.

Ако се пак природа субјективног права друкчије схвати, ако се под тим правом разуме извесна власт, заштићена и призната од државе, без обзира на основ постанка власти, као и на време трајања заштите и карактер заштите, коју она ужива, онда се и државина може подвести под категорију субјективних права, и то као право особене врсте. Све зависи од гледишта, на које се човек стави при одредби субјективног права. Тако је Јеринг под субјективним правом схватао сваки правно заштићени интерес. Како код државине постоји и интерес и правна заштита, то је Јеринг сасвим доследан био, кад је и државину огласио за субјективно право.

Кад је према томе питање о правном карактеру државине чисто релативне природе, онда је најбоље сматрати државину и као факат и као право, према томе са ког се гледишта она буде разматрала. С једне стране је државина чист факат, пошто означаје физички однос власти једног лица на ствари. Али с друге стране тај факат заснива и нарочито једно овлашћење држаочево, да задржи ствар и да евентуално тражи и заштиту од власти у случају узнемиривања. Тиме дакле, што држалац ужива заштиту у погледу своје фактичке власти на ствари, он се појављује као титулар једног субјективног права *sui generis*. То је право особене врсте и по својој природи и по интензитету. Оно је махом привремено и мора се уклонити пред јачим правом. Мишљење, да је државина и факат и право, према томе са ког се гледишта буде посматрала, први је заступао Савињи, а по њему и многи други правници, нарочито аустриски правници.

II. Врсте државина.

1. Правична или законита државина и неправична или незаконита државина.

Фактичка власт на једној ствари или је остварена правним актом, једном чињеницом, која по правилу заснива правно стање

или пак не. Ако је држалац дошао до власти на ствари на основу такве чињенице, која по правилу води заснивању права својине, такав држалац се сматра као *правични* или *законити* држалац. Његова државина почива на правном основу (*justus titulus*). Што у конкретном случају држалац није постао сопствеником ствари, разлог је у другој некој околности, а не у недостатку правног основа. Ако је држалац прибавио државину ствари не једним правним послом, већ чисто противправним актом, онда ће се такав држалац сматрати као *незаконити* или *неправични* држалац. Из овога се види да је постојање правног основа само услов за квалификовање државине као правичне или законите, а не и неопходна погодба за заснивање државине. Државина постоји и кад нема правног основа, само је то незаконита или неправична државина.

Грађански Законик у § 200 дао је одредбу правичне и неправичне државине, али та одредба је таква, да се ни у ком случају не може примити. По том пропису: „Државина је онда тврда и има силу и важност, кад је правична, т.ј. на праву основана, које ће онда бити, кад туђа права с тим остају невређени нити се нарушавају. Тако ствари које нису ничије, сваки слободно и правично заузети може. Ако ли су ствари туђе, без воље онога чије су, или без пресуде судске, или определења закона, не можеш их заузети ни правично држати.“ Први став овог прописа, који означаје, која се државина сматра као правична, садржи у себи и такве услове, које ни римско право, ни остала права не познају. Битно је за правичну државину то, да је заснована једним правним актом, без обзира на то, да ли се тиме чија права вређају или не. Ако неко купи украђену ствар за коју не зна да је украђена, нити то по чему може познати, онда би такав купац према опште усвојеном мишљењу био законити или правични држалац, међутим по § 200, ако би се он дословно тумачио, тај купац не би био законити држалац, пошто се његовом државином вређа право сопственика ствари, коме је ствар против његове воље украдена. И поред овако наопаке одредбе у § 200 треба узети, да се под правичном и законитом државином разуме свака државина, која је прибављена правним послом. У прилог тога може донекле да послужи и II став истог § 200, у коме се изближе одређује природа правичне или законске државине. Ту стоји, да је у погледу ничијих ствари правни основ прибављања акт заузећа ствари, окупација. Што се

тиче ствари које се налазе у нечијој власти, наравно фактичкој (погрешно стоји у § 200 „туђе ствари“), на тим стварима заснива се правична или законита државина само путем правног посла, закљученог са досадашњим држаоцем.

У црногорском законуку (чл. 820) правична државина назива се *темељитом* или *правилном* а неправична *нетемељитом* или *неправилном*. Критеријум за поделу је исти, који и у другим правима.

Разликовање државине на законску, правичну и незакониту или неправичну од значаја је за прибављање својине и других стварних права путем одржаја, узупапије. Само онај држалац, који има закониту државину може у току времена на основу одржаја да постане и сопствеником ствари, да прибави и правну власт на ствари, поред чисто фактичке власти, државине, коју је дотле имао. Грађански Законик је поред овог значаја правичне и неправичне државине, о коме говори § 926, прописао у § 201 још нешто за правичну државину, што се никако не може примити. О томе у одељку о заштити државине.

2. Савесна и несавесна државина.

Књижевност: Милан С. Пироћанац, Суштина и значај савесне и несавесне државине, „Бранич“, V (1898) стр. 321; *Stintzing*, Das Wesen von *bona fides* und *titulus* (1852); *Brinz*, Zum Rechte der *bonae fidei possessio* (Festgabe zu Arndts Doktorjubiläum 1875).

Фактичка власт на ствари може бити у супротности са правним стањем. Питање о томе, да ли држалац зна, да фактичка власт не одговара праву и правном стању, или пак не зна, јесте критеријум за разликовање државине на *несавесну* и *савесну* државину. Савесни држалац је онај који у време прибављања државине није знао да лице, од кога он ствар прибавља, није власно располагати са ствари, пошто није сопственик ствари. Ако је пак знао, да прибавља ствар од несопственика, или је то могао знати да је био брижљивији, сматра се као несавесни држалац. „Који једну ствар држи као своју, не знајући да је туђа, онај поштено мисли и јесте поштен или савестан држалац или притежалац; који пак зна или по околностима дознати може да је она ствар туђа, и опет је не пушта, онај поштено не мисли и јесте непоштен или бесавестан држалац или притежалац“ (§ 203). По чл. 816 црногорског законика термини су *незломислена* и *зломислена* држина. Осим овог чисто негативног критеријума, који се налази у законуку, постоји и позитивна одредба, да је

савесан онај држалац, који има уверење, да прибављање државине није извршено противно праву и правним прописима.

Ранија правна доктрина сматрала је, да је правни основ — *titulus* — подлога савесности и доказ њен. Тако је Савињи учио, да се правним основом утврђује постојање савесности све док се противно не докаже.¹ То је као погрешно — данас сасвим напуштено. Савесност као таква нема везе са основом прибављања државине. Она потиче од држаочевог погрешног мишљења, да је аутор његов сопственик ствари. То погрешно мишљење не може се доказивати *titulus*-ом. Правни однос државине и савесност државине су два потпуно независна појма. За српско право карактеристично је, да понеки судови, па и Касациони Суд, узимају, да се савесност доказује основом прибављања, што према напред наведеном није правилно. Тиме се бркају две ствари, које су потпуно различне.

Овде се појављује питање, да ли је за оцену савесности или несавесности држаоаче главно утврдити оно стање, које је постојало у моменту прибављања државине, тако да ако је држалац у том моменту био савестан, дакле није знао, да је ствар туђа, онда он остаје савестан за све време државине; или се пак тражи, да је држалац за све време трајања државине био савестан, да дакле ни доцније није сазнао, да је прибавио ствар од *non dominus*-а. Са практичног гледишта и у интересу саобраћаја изгледа да би боље било узети, да је моменат прибављања државине пресудан за оцену питања, да ли је један држалац савесан или не. Овако решење као да би се слагало и са прописом § 207, по коме се и савесни држалац од онога дана, кад је преко суда опоменут од сопственика да врати ствар, сматра као несавесни држалац и као такав одговара за повраћај ствари. А и римско право држало се начела: *mala fides superveniens non nocet*. При свем том је ипак боље тако разумети § 203, да он тражи савесност за све време трајања државине. Ево зашто. На првом месту горње правило римског права је у току средњег века, а под утицајем канонског права промењено у правило: *mala fides superveniens nocet*. Канонско право је стало на једно чисто етичко гледиште, налазећи да савесни држалац онога момента постаје несавесним, кад буде дознао, да он у ствари није прибавио односно стварно право. То је усвојено и у француском праву, у чл. 550 C. Civ., који гласи:

¹ Savigny, Bd. III, S. 372.

„Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus“. На другом месту и због тога, што више одговара духу § 203, ако се узме, да се тражи савесност за све време трајања државине.

Што се тиче доказа, довољно ће бити да држалац докаже, да је у моменту прибављања државине био савесан, његова даља савесност ће се претпостављати, тако да ће терет доказивања, да је држалац накнадно постао несавесним, лежати на оним лицима, која то буду тврдила. Али закон претпоставља постојање савесности и у моменту прибављања државине (§ 223) тако да је и тај доказ опроштен држаоцу.

У § 203 прописано је и то, да ће се и онај држалац сматрати као несавесан, који истина не зна, да је ствар туђа, али који је по околностима приликом прибављања државине то могао сазнати. Овде се претпоставља велики нехат, велика небрижљивост држаочева, за коју он сасвим умесно треба да одговара. Из ове одредбе види се и то, да савесност није један психолошки моменат, већ чисто правни термин, створен према правним потребама и за правне потребе. Односно терета доказивања и овде ће се, као и у претходном случају сматрати, да држалац није могао сазнати да је ствар туђа, тако да ће оно лице, које би тврдило, да је држалац био нехатан, то морати и да докаже.

Кад је држалац једно правно лице, онда се савесност или несавесност државине одређује према савесности или несавесности оних физичких лица, која уживају ствар у име правног лица, т. ј. његових органа. Ово правило примењује Грађански Законик (§ 206) и на задруге, где ће према томе држање старешине задруге или његовог заступника бити меродавно. Ако је државина прибављена преко заступника, савесност се одређује по знању и брижљивости заступника, а не заступљеног лица. Противан систем у погледу дораслих малолетника има црногорско право (чл. 817 став II).

Правни значај разликовања државине у савесну и несавесну огледа се код прибављања својине и других стварних права путем одржаја или узупапије. Само онај држалац може путем одржаја у току времена постати сопствеником, који је савесан био (§ 926). Савесна и несавесна државина су затим од значаја при повраћају ствари сопственику (§ 204).

3. Манљива или неисправна државина (*possessio vitiosa*).

Ако је државина, макар у суштини била и правична, законита, непосредно стечена силом, или тајно, или злоупотребом поверења (*vi, clam, precario*), сматрала се у римском праву као манљива или неисправна државина (*possessio vitiosa*). Ова се подела не поклапа ни са поделом на савесну и несавесну, као ни са оном на закониту и незакониту државину. Јер може државина бити законита, а манљива. На пример, кад купац, који је платио цену, отме купљену ствар. Грађански Законик не говори о овој државини као засебној правној установи, која је међутим од значаја приликом заштите државине. Црногорски Законик изречно помиње *самовољну* државину у чл. 828.

III. Заштита државине.

1. Основ државинске заштите.

Државина и ако је једно чисто фактичко стање, ипак ужива правну заштиту. Та се заштита огледа у многим односима, који ће у идућој глави бити разматрани. Претходно треба расправити питање о основу државинске заштите. То питање, и ако изгледа да нема великог практичног значаја, ипак је врло много расправљано и велика несугласност постоји међу правницима. Нарочито се пандектно право бавило тим питањем и трудило се да изнађе правно политички основ државинске заштите у римском праву. Многобројне теорије су постављене, које све имају то заједничко, што ниједна не може да се докаже изворима римског права, већ се све заснивају више мање на личним схватањима аутора. Све те теорије могу се поделити у две групе: у *апсолутне* и *релативне* теорије.

а) Апсолутне теорије уче, да основ државинске заштите лежи у самој државини, у природи и суштини њеној, а не ван ње. Државина као таква, услед неких момената, који се у њој оличавају, тражи заштиту и та се заштита због тога даје. Главна теорија, која има највише присталица, јесте теорија воље, коју је најјасније формулисао Брунс.¹ По тој теорији воља, која је реализована у државини, ма да је чисто фактичка и можда у противности са правом, мора да буде заштићена, према општој природи воље. Воља по себи је слободна и правни поредак има за главни циљ, да обезбеди остварење те слободе. Зато се за-

¹ *Bruns, Das Recht des Besitzes, § 58.*

брањује свака сила и принуда, које би ишле противу воље једне. Ово мишљење заступају у главном и Виндшајд и Ранда. Од српских правника то мишљење има А. Ђорђевић.¹

б) Релативне теорије су такве теорије о основу државинске заштите, по којима тај основ не лежи у самој државини, у природи њеној, већ изван ње, у неким околностима и чињеницама, које тек посредно имају везе са државином. Тих теорија има неколико. Најглавније су ове.

1. Теорија по којој основ државинске заштите лежи у извесним процесним принципима, специјално у принципу о подели улога приликом доказивања процесних чињеница. Ту је теорију најјасније и најдоследније извео прашки професор *Krainz*². По тој теорији, принцип римског права био је, да тужилац има да докаже наводе у својој тужби, тако да ако он у томе не успе, тужени се ослобађа и тужба се одбацује. *Actore non probante reus absolvitur*. Сматрало се, да не треба мењати постојеће стање у имовинским односима док се не утврди незаконитост или противправност тог стања. Али како је извршење тог принципа о подели процесних улога могло или намерно да се изигра, или је врло често зависило од простог случаја, то су усвојене државинске тужбе за заштиту фактичке или државинске власти. Ако неко насилно или преваром истисне држаоца из државине, држалац да би повратио ствар, мора да тужи истискивача и при том да доказује, да он има права на ту ствар. Ранији држалац би био тужилац, а садашњи држалац или истискивач би био тужени. Терет доказивања о праву на ствар лежао би наравно на тужиоцу, и ако он не би могао да утврди своје право својине, што може лако да се деси, онај би задржао ствар, и ако је до ње дошао противправним путем. Да би се то спречило, дато је држаоцу право на нарочиту државинску тужбу, т. зв. *interdictum*, на основу које он може повратити ствар натраг и без потребе да доказује своје право на ствар. Само по том основу, што је био држалац и што му је ствар против воље његове одузета, он добија ствар натраг и васпоставља се нормални процесни однос. Ова теорија Крајнцова није наишла на одобравање, и ако је врло духовито конструисана.

2. Другу једну теорију заступа *Јеринг*,³ који учи, да је за-

¹ А. Ђорђевић, Државина, стр. 127.

² *Krainz-Pfaff*, System, I, S. 481 ff.

³ *Jhering*, Ueber den Grund des Besitzesschutzes, II Aufl. (1868) S. 45 ff.

штита државине постала у циљу, да се заштити својина. Државинска заштита није ништа друго, до потребна допуна својинске заштите, јер се њом необично олакшава положај сопствеников у евентуалним споровима. Редован је случај да је држалац у исто време и сопственик и зато треба државину штитити као и својину. Истина тиме се долази дотле, да бива заштићен и онај, који није сопственик али то је једна појава, која нема везе са државинском заштитом.

3. Као особена релативна теорија, која и за данашње прилике најпре и с највише разлога може да се брани, јесте теорија, по којој се државинска заштита даје у интересу мира и реда у држави. Имовински односи не смеју се произвољно и насилно мењати све док се редовним путем, путем спора, не утврди, да једно фактичко стање не одговара праву. Обзири целисходности захтевају, да се макар привремено свако имовинско стање, које фактички постоји, и заштити од повреда. У томе лежи основ државинским тужбама у модерном праву и државинској заштити.¹ Услед тога се положај држаоца појављује као правни положај, са нарочитим правним овлашћењима.

2. Поједини облици државинске заштите.

Да би се правни положај држаоца боље схватио и да би се поједини облици државинске заштите правилно ограничили, потребно је нагласити оно што је већ напред поменуто, да Грађански Законик није дао државини никакав шири значај; да се заштита, која се даје државини, не указује фактичкој власти као таквој, већ само оној фактичкој власти, која испуњује услове одређене у § 198 за појам државине. Из тих услова се види, да српско право признаје само т.зв. *својинску* државину, било да је она права својинска државина, што ће бити кад држалац буде имао и право својине на односној ствари, било да је формална својинска државина, што ће рећи, да држалац ужива ствар онако како је ужива и прави сопственик, и ако у ствари није сопственик. Положај држаоца са гледишта правне заштите је потпуно исти у оба случаја.

При одређивању заштите, коју државина ужива, т. ј. при одређивању правног положаја држаоца, треба правити разлику између непосредних последица, које свака државина повлачи за собом, и посредних последица, које могу, али не морају насту-

¹ Слично и Г. Гершин, *op. cit.* стр. 152.

пити. У оне прве долази у главном заштита државине државинским тужбама, а у ове друге извесне привилегије, које позитивно законодавство даје неким нарочито квалификованим државинама.

а) **Право на државину ствари.**

Прва последица државине јесте једна правна претпоставка од велике практичне вредности. То је претпоставки права на државину, која према § 202 постоји код сваке државине. По том пропису сматра се да онај, који има државину ствари, има и право на државину. Ко противно тврди, треба то и да докаже. Тиме је положај држаоца у евентуалним споровима учињен врло повољним, јер му је уштеђен труд око доказивања, да он има и право на државину. Држаоцу је дата заштита у чисто државинским споровима, јер се претпоставља да његова државина има правног основа. Та претпоставка важи искључиво за државинске спорове. Погрешно је према томе мишљење А. Ђорђевића,¹ да је то само једна привидна претпоставка и да она у ствари не постоји. По Ђорђевићу ако би се примила та претпоставка о правном основу, онда држалац ни у својинском спору (петиторном спору) не би био дужан да доказује правни основ држања односно прибављања. Међутим у томе баш лежи ствар, што из претпоставке о праву на државину, која важи у државинским споровима, ни по чему не мора да проистиче претпоставка о правном основу прибављања у својинском спору. То су две врсте спорова и баш у томе је суштина државинске заштите, што држалац ништа не мора да доказује, јер се све претпоставља у његову корист. Чим се пак држалац позива на својину и својинску заштиту, самим тим отпадају оне претпоставке, које су важиле искључиво за државински спор, а остају и даље претпоставке, којима је закон дао општу важност.

Пропис § 202 важи и за покретне и непокретне ствари. Он садржи у себи само претпоставку права на *државину*, а не и претпоставку права на *својину*, као што је случај у француском и немачком праву у погледу покретних ствари. У француском праву важи начело *En fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279). Сличан пропис има и немачки законик у § 1006: *Zu gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er Eigentümer sei*. Ови прописи потичу од нарочитог система, који постоји у француском и немачком праву у питању о прибављању

¹ А. Ђорђевић, *Државина*, стр. 22.

права својине на покретним стварима. Сасвим су погрешне и неосноване О. К. С. од 29-V-904, бр. 4973; 25-V-904, бр. 7142 и 28-I-908, бр. 57, да и у српском праву државина повлачи собом претпоставку права својине. Чудновато је, да Касациони Суд готово стално заступа једно гледиште, које се не само не заснива ни на каквом законском пропису, већ је директно противно пропису § 202.

Да би претпоставка из § 202 имала пуне важности, потребно је, да је односно лице доиста држалац у правом смислу речи, т. ј. да врши фактичку власт с вољом и намером да ужива ствар као своју. Ту се истиче питање, да ли држалац треба да утврди постојање оба елемента, из којих се састоји државина: и фактичку власт и вољу држати ствар као своју, па да би се узело, да он има државину. Овом питању има места не само приликом примене § 202, већ увек кад се неко позива на државину и по том основу тражи нешто. Оно има у осталом и практичне вредности јер док је на пример фактичку власт лако утврдити, дотле онај други елеменат државине често пута не може лако да се докаже. И зато држаоцу није свеједно, да ли ће он то морати доказивати, или ће му се тај доказ уштедети тиме што ће се *animus domini* претпостављати да постоји, чим се утврди постојање фактичке власти. Овај последњи систем усвојило је на пример француско право, који тражи да држалац докаже само фактичку власт, и чим се утврди њено постојање онда према арт. 2230 постоји правна претпоставка, да се фактичка власт врши у своје име и за себе. Наравно да противној страни остаје отворен доказ, да нема *animus-a domini* и да према томе нема ни државине.

Грађански Законик не помиње нигде такву или сличну претпоставку и зато је држалац дужан да доказује постојање оба елемента у сваком случају, кад се буде позивао на своју државину. У § 198 где је прописано, ко се сматра за држаоца, тражи се да је воља држати ствар као своју, на неки начин конкретизирана, тако да се њена егзистенција може извести из спољнег држања самог држаоца. Према томе ствар би била држаочева, да он означи околности из којих се може извести, да има доиста *animus domini*, и да је према томе држалац у смислу § 198 Г. З. Овако решење у сагласности је и са општим начелом о подели терета доказивања.

Претпоставка из § 202 је *необорива*, кад се истиче у др-

жавинском спору. То значи, није допуштен у државинским споровима противдоказ у том смислу, да држалац у ствари нема право на државину. У § 202 допуштено је обарање ове претпоставке само у својинским споровима.

б) Право на самопомоћ.

Држалац као такав има овлашћење, да сваки акт управљен против његове државине сузбије и силом. То је право држаоца, да самопомоћу обезбеди себи и државину ствари у опште, као и мирну државину, слободну од сваког узнемиривања и сметања. Питање о карактеру овог овлашћења држаочевог спорно је. Док једни сматрају, да то није никакво особено право држаочево, већ само једно узгредно овлашћење, да се право на заштиту државине, утврђено државинским тужбама, оствари и сопственом акцијом, а не искључиво посредством суда, дотле други истичу, да је и самопомоћ једна особена привилегија државине и да је треба као такву сматрати. И ако прво мишљење заступа велика већина правника,¹ ипак изгледа правилније схватити и самопомоћ као једно особено право држаочево. То мишљење зато је боље, што самопомоћ не проистиче логички из судске државинске заштите. Заштита фактичког стања само у толико постоји, у колико је законским прописом изречно предвиђена. И зато кад не би било нарочитих прописа о самопомоћи, не би се она могла изводити из права на судску заштиту. Из правила: „Коме буде неправним путем одузета државина ствари, има право да тражи повраћај државине“ не проистиче по нужности и правило, да држалац може и применом силе бранити своју ствар. Јер може се десити, да онај, који силом прибавља државину, има и право на државину, пошто је сопственик ствари, док држалац то право нема. И сад кад не би било прописа о томе, како је држалац овлашћен да употреби и самопомоћ (односно самоодбрану), не би се могао напад на државину сматрати као противправни акт, пошто нападач истиче право, а држалац се позива на један голи факат. О праву на самопомоћ изречно говори § 344 аустриског законика, који није ушао у целини у српски законик, али се при свем том и у српском законик у налазе одредбе о самопомоћи. Те се одредбе налазе искључиво у Грађанском Законик у. Покушај неких писаца

¹ Од српских правника *А. Ђорђевић*, *Државина*, стр. 21, који сматра да ова заштита у облику самопомоћи није приватноправне природе, пошто о њој говори § 54 Казненог Законика.

да право на самопомоћ изведу из § 54 Казненог Законика не може се одобрити, пошто тај пропис не помиње државину. О самопомоћи говори § 201: „Кад једну ствар правично држиш, имаш право држати је и другога *одбити и искључити*. Ако ли ти имаш право на државину или притежање, а други ствар држи, то силом ниси властан онога из државине избити и искључити, него ћеш од суда помоћи тражити.“ Сличан пропис има и § 208: „Где год твоју ствар нађеш и познаш, можеш је натраг искати и теби се твоје вратити мора. Али силом да не узимаш, *осим ако није на одбрани или на гонењу*.“ Из овог прописа се види, да је право на самопомоћ изречно дато држаоцу и да се њиме држалац може користити како у случају узнемиривања у државини, тако и у случају одузимања ствари.

О границама самопомоћи важе општа начела. Самопомоћ је једно изузетно правно средство, које претпоставља, да се има право на заштиту од стране суда, али да се због изузетних околности — блиске опасности, спорости судске заштите — не чека на ту заштиту, већ се овлашћује лице, чије је добро повређено, да се само брани тиме, што ће нападача одбити ма и употребом силе. Тај акт самоодбране нападнутог лица сматра се не као самовлашће, већ као нека врста замене рада власти у истом смислу. Према томе очигледно је, да је самопомоћ допуштена све дотле докле постоје узроци, који су је изазвали. Свако прекорачење преставља неправну радњу, која повлачи одговорност за накнаду штете поред евентуалне и кривичне одговорности (§ 54 К. З.). Докле се пак сме ићи у конкретном случају са самопомоћу и самоодбраном је чисто фактичко питање, чије решење зависи од посебних околности појединог случаја.

в) Судска заштита (Државинске тужбе).

Правни положај држаоца одликује се и судском заштитом, коју му позитивно право даје у случају узнемиривања у државини, као и онда, кад државина буде одузета једним противправним актом. Порекло овој заштити је у римском праву, које је познавало две врсте државинских тужба: *interdictum retinendae possessionis* и *interdictum recuperandae possessionis*. Прва тужба имала је за циљ, да обезбеди држаоцу мирну државину. Свака противправна радња којом се држаоцу није одузимала државина ствари, већ се ма у ком правцу неповољно утицало на мирно вршење државине, престављала је повреду државине и могла

се тужбом отклонити на тај начин, што ће се учиниоцу радње забранити даље узнемиривање. Друга тужба имала је за предмет повраћај државине у случају кад би је држалац изгубио против своје воље. Претпоставка је за ову тужбу била, да је држалац имао ствар у својим рукама и да му је ствар одузета против-правним путем. У таквом случају је истиснути држалац био у могућности да поврати ствар, позивајући се само на горње две околности: да је он био држалац и да му је државина одузета против његове воље. Може он и не бити сопственик ствари, опет има право, да по државинском основу поврати ствар натраг. Онај пак, који тврди да је ствар његова, упућује се на суд, да редовном петиторном (својинском) тужбом тражи повраћај ствари. Грађански Законик садржи неке прописе о заштити државине, али су ти прописи и непотпуни и нејасни. То је велика омашка законодавчева код овако важног питања из приватног права. Какав је систем српског права, видеће се из овог што следује.

1. Тужба за заштиту државине од узнемиривања.

Овом тужбом треба да се обезбеди мирно вршење државинске власти. Њен је значај врло велики, пошто она има да спречи самовласно мешање трећих лица у имовинске односе. О тој тужби налази се помена у § 201, који гласи: „Кад једну ствар правично држиш, имаш право држати је и другога одбити и искључити.“ Из овог прописа, нарочито с обзиром став II, који је горе наведен, изилази да се он односи само на право држаоца да се сам брани, да сваку повреду државине сам одбије, другим речима да има право самопомоћи. Тако је у осталом горе и протумачен овај § 201. Међутим, кад је држаоцу дато право самопомоћи, онда се у толико пре мора узети, да постоји и право на судску заштиту. Право на самопомоћ претпоставља увек, да се има и право на заштиту од стране суда. Признајући држаоцу право самопомоћи законодавац му је виртулно морао признати и право на судску помоћ, т.ј. право да тражи заштиту од узнемиривања по чисто државинском основу. Право на самопомоћ није ништа друго, до једно нарочито овлашћење на самостално вршење једног законом већ признатог права на заштиту државине. Оно је условљено постојањем права на судску заштиту и у суштини својој је једно процесно право. Према томе је оправдан закључак, да кад § 201 признаје држаоцу право на самопомоћ, да самим тим постоји и право на судску заштиту.

Заштита државине на случај узнемиривања може се дакле извести из § 201 и вероватно је, да тај пропис баш и има такав значај. Што § 201 не говори изречно о овој заштити не мења ствар. Међутим што у § 201 није добро, то је оно наглашавање да држалац има право на заштиту само у случају кад ствар једну држи *правично*. Тим прописом је Грађански Законик сасвим безразложно створио један нов систем различан и од римског и аустриског права. Он је примио теорију римског и аустриског права, по којој је државина само она фактичка власт над једном ствари, која се врши са вољом и намером, да се ствар ужива као своја, и кад је ту теорију примио, логично је било, да је прими до краја и да таквој државини, т.зв. својинској државини призна правну заштиту у сваком случају. Грађански Законик то није урадио. Редакторима његовим као да је било тешко да одобре заштиту и оној фактичкој власти, која би постала једном противправном радњом и зато су они све случајеве државине поделили у две групе: у правичне или законите државине и неправичне или незаконите државине, па су само оним првим, правичним државинама дали заштиту од узнемиривања а оним другим не.

Подела државине на правичну и неправичну није изум српског права. Она је постојала у римском праву, а постоји и данас у аустриском праву, одакле је и унета у Грађански Законик. Само док је та подела у аустриском праву изведена једино у циљу, да се ограниче случајеви, у којима се одржајем — продуженом државином за читав низ година — прибављала својина (тражи се *правична* и *савесна* државина), дотле је овој подели у српском праву дат шири значај, у толико, што је право држаоца на заштиту у случају узнемиривања учињено зависним од тога, да ли је државина правична. Тиме је српски законодавац, свесно или не, учинио велику погрешку. Он је дао правну заштиту само оним држаоцима, који су дошли до државине редовним путем, т. ј. на основу једног правног акта, којим се према позитивном праву прибавља својина, а са њом и право на државину. Систем са етичког гледишта врло похвалан, јер не даје оним лицима, која су противправним путем дошла до државине, ни привремену заштиту. Али се вредност објективног права, као што је познато, не мери искључиво етичком садржином његовом, већ и тиме, у колико поједине одредбе одговарају потребама економског промета, на првом ме-

сту његовој сигурности и одређености. Са тог гледишта пропис § 201 је и штетан и нецелисходан, јер изгледа да би по том пропису сваки држалац, који би тражио заштиту државине од узнемиривања, морао претходно да докаже да је *правични* држалац, т. ј. да је прибавио државину правним путем. Но то држаоцу у нормалним случајевима не би тешко падало, пошто се у државинским споровима, као што је напред већ изложено, претпоставља да држалац има правни основ (§ 202 прва реченица), али при свем том пропис § 201 је нецелисходан, јер не обухвата заштиту *сваке* државине. Овакав какав је § 201 даје повода самовласном мешању трећих лица у туђе државинске односе и стварању сукоба, које свако право брижљиво избегава. Установом државине и њене заштите баш се хтело спречити такво мешање, а § 201 међутим омогућава то. Јер према том пропису, ако би неко имао доказа да држалац није прибавио државину једним правним актом, он је у могућности да без бојазни од икаквих последица стално узнемирује држаоца у уживању ствари. На тај начин очигледно је, да је сасвим промашен циљ, ради кога је државина и призната као самостално правно добро. Државинском заштитом се не само хтело да уштеди држаоцу доказивање основа, по коме он држи ствар, већ да се у опште и не пита, да ли такав основ постоји или не. То је по теорији и по другим, иностраним правима сасвим безначајно за државинску заштиту, док српско право изгледа да чини заштиту државине зависном од постојања основа.

Још већу забуну и недоследност начинио је § 200 у коме је описано, која се државина има сматрати као правична. Тај пропис (став 1) гласи: „Државина онда је тврда и има силу и важност, кад је правична, т. ј. на праву заснована, које ће онда бити, *кад тужа права с тим остају невређима нији се нарушавају*“. Овај пропис је управо уништио државину као самостално правно добро. Он је оно, што правна доктрина свих народа у начелу сматра као безначајно за појам државине — правни основ постанка државине — истакао као битни услов, да би државина имала силу и важност, да би била заштићена. Напред је већ изложена разлика између *правичне* и *неправичне* државине, разлика опште усвојена у свима правима. Ту је речено, да се под правичном државином разуме таква државина, која је прибављена једним правним актом. Основ постанка те државине је *justus titulus*. Ко купи једну ствар, добије у мираз,

на поклон и т. д. правични је држалац, без обзира на то, да ли је ствар онога својина, од кога је он њу добио, без обзира дакле на то, да ли је постао сопствеником или не. Ако је купио туђу ствар, он је ипак правични држалац, ма да се његовом државином вређају туђа права, права сопственика ствари. Баш зато и постоји установа државине и одржаја, да би се у интересу сигурности саобраћаја и промета добара могло неки пут и погизити формално право досадашњег сопственика и засновати ново право држаоца. Међутим Грађански Законик као да није усвојио тај систем, већ је сасвим супротно римском и аустријском праву прописао, да се под правичном државином разуме само она државина, којом се не вређају нити нарушавају туђа права. Није довољно, што држалац утврђује правни основ свог држања, већ је за заштиту државине потребно још и то, да се државином не вређају права трећих лица. Тек кад оба ова услова буду испуњена, узима се да је државина правична и даје јој се правна заштита на случај узнемиривања.

Да је Грађански Законик доиста дао заштиту само оној државини, која је у том смислу правична, што се њом не вређају права трећих лица, дакле једино правој својинској државини. оној државини, која се појављује као оличење својине и коју има само сопственик ствари, види се и из § 208, у коме је заштита државине условљена постојањем права својине.

По својим крајњим последицама српски систем — ако се у опште сме назвати тим именом овако поступање са државином — представља негирање државине. Јер кад држалац ужива заштиту само под условом да је редовним путем прибавио државину — да има *titulus* — и да се сем тога тиме не вређају права трећих лица — што ће бити онда случај, кад је уступацац државине био сопственик ствари — онда је очигледно, да се држалац управо и не позива на државину, већ на својину. Грађански Законик тражи од држаоца да има право својине, да би му дао државинску заштиту! Па кад је таква ствар, онда се држалац одмах може да позове на право својине и да чисто својинском тужбом тражи заштиту од узнемиривања. Државинска тужба је ту излишна, пошто се она под оваким претпоставкама поклапа са правом својине.

Овакав државински систем изводи се из прописа §§ 200 и 201 у вези са § 208. Али треба признати, да ти прописи нису тако јасни, да би се са позитивношћу могло тврдити, да је горње

тумачење једино правилно. Са тим тумачењем не стоје у складу неке одредбе које заслужују да се нарочито помену. Тако у § 200 где је дата она наопака одредба о правичној државини, налази се у ставу II ближе објашњење о томе, која је државина правична, и то објашњење изгледа да стоји у контрадикцији са напред изведеним закључцима. Став II §-а 200 гласи: „Тако ствари које нису ничије, сваки солидно и правично заузети може. Ако ли су ствари туђе, без воље онога чије су, или без пресуде судске или определења законског, не можеш их заузети и правично држати“. Изгледа да се овде не мисли, да ће државина увек бити неправична, чим није заснована вољом сопственика ствари, као што је горе протумачен овај пропис, већ да се мисли само на случај, кад је држалац прибавио ствар *нејо-средно* од сопственика, а против воље његове (крађом или утајом), тако да би његова државина била т. зв. манљива или неисправна државина (*possessio viliosa*). Таква државина сматрала би се у смислу § 201 као неправична и не би уживала правну заштиту, а не и она државина коју је држалац прибавио правним путем од једног лица, које није било сопственик ствари. Ово разликовање је, као што се одмах може увидети, и сувише натегнуто, да би се могло одмах усвојити.

Много је важнија несагласност државинског система српског права, онако како је он напред изложен према прописима §§ 200 и 201, са одредбом у ставу II §-а 201, у коме је наређено, да сопственик ствари, или у опште лице, које има право на државину, нема право да садашњег држаоца самовласно избаца из државине, већ је дужно да се обрати на суд и редовним путем тражи, да му се државина поврати. Зар се не види из ове одредбе, да је држалац заштићен у уживању државине и од самог сопственика, а у толико пре да је заштићен од осталих лица, која би га узнемиривала, и ако немају никакво право на ствар. Сличан пропис налази се и у § 208 *in fine*, где се сопственику забрањује да самовласно узме ствар у случају кад се нађе код неког трећег лица и наређује му се, да се обрати на суд. Из ова два прописа могло би се извести право *сваког* држаоца, да у случају узнемиривања тражи заштиту од власти, само кад не би § 200 и § 201 став I говорили друкчије.

Пошто је овако заплетен и нејасан систем српског права код овог питања, треба без обзира на противуречене одредбе примити као начело и у српском праву, да је *сваки* држалац,

био он правичан или не, савесан или не, заштићен од узнеми-
ривања и да има право само по државинском основу свом да
тражи престанак узнемиривања.

Правни основ за ову државинску тужбу јесте постојање
државине и *узнемиривање* у вршењу државинске власти. Узне-
миривање мора бити против-правно. Циљ је тужби обустављање
узнемиривања, васпостављање пређашњег стања и евентуална
накнада штете. Државинском тужбом могла би се тражити и од-
лука судска о забрани узнемиривања у будуће, у ком би слу-
чају суд и нарочитом новчаном казном могао обезбедити по-
штовање те забране.

У црногорском законуку питање о заштити државине у
случају узнемиривања јасно је расправљено. По чл. 19 чим се
коме самовољно смета у вршењу државине, суд ће му прићи у
помоћ и сметање забранити. Тужба суду има се подићи најдаље
у року од три месеца од дана узнемиривања. Српско право нема
ни о том року никаквих одредаба.

2. Тужба за повраћај државине.

Тужбом за повраћај државине има да се заштити држалац
у случају кад би му неко против његове воље одузео ствар,
силом, преваром или лукавством. У Грађанском Законику не на-
лази се јасан и изречан пропис о томе, да сваки држалац, самим
тим што је био држалац и што му је ствар одузета протпвправним
путем, има право на повраћај ствари. Изгледа да је § 208 према
свом месту где се налази требао да се односи на заштиту др-
жавине у сваком случају, али је тај пропис тако несрећно ре-
дигован, да се ни при најбољој вољи не може схватити у том
смислу. Он гласи: „Где год твоју ствар нађеш и познаш, можеш
је натраг искати и теби се твоје вратити мора“. Као што се
види, овде се управо говори не о државинској већ о својинској
тужби, јер се претпоставља, да ствар припада односном лицу
као сопственику. Код тужбе за повраћај државине та је окол-
ност међутим безначајна. Редактори Грађанског Законика из-
гледа да нису правилно схватили природу државине и основ
њене правне заштите и зато су и могли да унесу у Законик, и то
у одељак који говори о државини, онаку одредбу.

Заштита државине у случају одузимања ствари могла би
се извести и из § 201, ма да је и он неодређено редигован. У
сваком случају пак имала би се реч *правично*, која се у том про-

пису налази, игнорисати, јер би се иначе, као што је напред већ изложено, и овај облик државинске заштите морао претворити у својинску заштиту.

Међутим и овде као и у претходном случају не треба водити рачуна о овој збрки, која влада код прописа Грађанског Законика, већ треба узети да постоји заштита државине у случају одузимања ствари, и то под оним истим условима, под којима је та заштита и у другим правима дата. У црногорском закону (чл. 19) постоји јасна одредба: „.....“Ако је молилац већ лишен државине, суд ће наредити да му се одмах поврати.....“ Претпоставке за тужбу у циљу повраћаја државине јесу према томе ове две:

1. Постојање државине. Наравно да тужилац има да утврди постојање своје државине, и то не постојање у оном тренутку, кад подиже државинску тужбу, већ онда, кад му је ствар из државине одузета. Постојање државине тужилац доказује утврђивањем оба елемента, који сачињавају државину.

2. Самовласно одузимање ствари, одузимање ствари једном противправном радњом, против воље држаоце. Ако је ствар одузета по одобрењу власти или по пристанку самог држаоца, наравно да не може бити речн о државинској тужби за повраћај ствари. Тужба за повраћај управљена је против онога, који је ствар прибавио каквим противправним актом, силом, преваром или лукавством, али може бити управљена и према сваком другом лицу, које би држало ствар, било у име онога, било у своје име. У овом последњем случају само теже ће успети истиснути држалац са својом тужбом.

Државинска тужба за повраћај ствари примењује се и према самом сопственику. То значи, на супрот захтеву држаоцу, да му се поврати ствар, не може онај, у чијој се државини ствар налази, истицати право својине, које он има на ствари, па према томе и право на државину. Такав приговор од стране туженога не прима се у државинском спору. Кад би се допустила употреба таквих приговора, онда би и државинска заштита знатно изгубила од своје важности. Да Грађански Законик не допушта овакве приговоре види се из §§ 201 и 208, где се баш претпоставља, да је сопственик ствари тај, који држаоцу одузима ствар, па се ипак даје заштита држаоцу. Има један једини случај, где се допушта истицање права на државину и где важи начело *petitorium absorbet possessorium*. То је

случај, да пре свршетка државинског спора извршном судском пресудом буде расправљено питање о својини, у ком случају та одлука покрива и државински спор (§ 864 немачког грађ. законика). Ово је усвојено и у аустриском праву,¹ а могло би се примити и за српско право.

Спорно је питање, да ли тужени може да истакне тужиоцу приговор, да је његова државина била неисправна, т. ј. да је он сам ту исту државину, на коју се позива и због које тражи повраћај ствари, прибавио од туженога на недопуштен начин, да му је дакле државина т. зв. *possessio vitiosa*. У римском праву у случају државинског спора имао је тужени право да истакне *exceptio vitiosae possessionis*, т. ј. да се у виду приговора тиме брани, што је држалац баш од њега прибавио државину самовласно (*vi, clam sive precario*). Тада држаоцу не би помогла државинска тужба и ствар би остала код садашњег држаоца, код туженога. Екцепција једино није била допуштена у случају, кад би држалац силом био лишен државине. Лице које је употребило силу, није се могло тиме бранити, да је и држалац дошао до државине противправним путем и то да је противправна радња баш према њему извршена. Немачки законик допушта истицање *exceptio vitiosae possessionis* у случају кад је истиснути држалац прибавио државину од садашњег држаоца, туженога, самовласном радњом, а од тог момента прибављања још није протекла година дана (§§ 857 и 861). Тако прибављена државина назива се манљива или неисправна државина (*fehlerhafter Besitz*) и не ужива државинску заштиту. У аустриском праву мишљења су подељена у овом питању. По једним правницима свака државина, па и манљива ужива заштиту (Унгер, Пферше), а по другима (Ранда, Штубенраух), чим се истакне *exceptio vitiosae possessionis*, самим тим држалац губи право на заштиту. У Грађанском Законику ово питање није јасно расправљено, као ни у аустриском законуку, али је с обзиром на прописе §§ 200 и 201 боље тумачити законик тако, да он допушта истицање приговора о манљивој или неисправној државини. У црногорском законуку у чл. 818 говори се изречно о *самоволној* државини, таквој државини, која је добивена насиљем, кришом или преваром. Самоволни држалац не ужива заштиту, јер чл. 19 *in fine* изречно вели, да истиснути

¹ *Krainz-Pfaff*, System, I, § 186.

држалац има право на повраћај ствари, сем ако се не докаже, да је он сам противној страни ствар отео или иначе самовољно узео и код себе задржао.

Инострана права предвиђају и крајњи рок, докле се може подићи тужба за повраћај ствари. У немачком праву рок је година дана (§ 864). У аустриском праву нема рока. Црногорски законик предвиђа рок од три месеца (чл. 21). Грађански Законик нема никаквих прописа о том року.

г) **О органима надлежним за државинске спорове.**

Државински спорови су особени спорови, различни од редовних правних спорова и зато је потребно имати нарочити брзи поступак и нарочите органе, који би тај поступак примењивали. Тако у аустриском праву постоји на основу царског декрета од 27. X. 1849 нарочити судски поступак за извиђање државинских спорова. Тужба се предаје усмено или писмено судији, који што пре одређује рочиште, било у суду, било на лицу места. На рочишту се извиђа усмено и брзо. Сва доказна средства су допуштена, сем заклетве. У црногорском праву по чл. 20 суд одлучује брзо и стара се да се његове одлуке што пре изврше (чл. 821 и 822). Грађански Законик као ни Грађански Поступак не садрже никакве особене одредбе о поступку у државинским споровима. И то је велики недостатак српског права. Док правна теорија може помоћи у питању о заштити државине у опште, дотле се код питања о надлежним органима као и о поступку не може добити никакво решење од саме теорије као такве. Ту се морају применити прописи позитивног права, какви су, такви су. И кад нема особених прописа морају се применити општи прописи о поступку у грађанским парницама, и ако ти прописи нису ни мало погодни за брзо и повољно решавање државинских спорова. Што се тиче надлежности, и она се управља по општим правилима: стварна надлежност према вредности државинског спора (§§ 6 и 27 Г. С. П.) а лична надлежност, ако је предмет државине покретна ствар, по § 28, а ако је непокретна ствар, онда по § 36 Г. С. П. У пракци пак појединци се обраћају полициској власти, да им она у смислу § 375 а) Казненог Законика пружи заштиту. Та је заштита недовољна, јер пропис § 375 а) говори о иступном делу самовласног заузимања туђе ствари, а ко је самовласни заузимач, ко је држалац, то полициска власт не може правилно да реши.

Државински спорови су спорови приватно-правне природе и зато они треба да се износе пред редовни суд, наравно пошто буде прописан нарочити брзи поступак.

д) Значај државине за прибављање својине.

Правни значај државине не исцрпљује се заштитом, коју држалац има у погледу неспреченог уживања ствари. Државина има правне важности за својину. Она је основа за прибављање својине застарелошћу или одржајем. Продужена државина претвара се по истеку законом одређеног рока у својину, под условом да је довољно квалификована са гледишта свог постанка. О томе говоре §§ 926, 927, 928 и 929 Г. З. о којима ће бити говора при излагању правила која вреде за прибављање својине.

IV. Правни положај држаоца у погледу ствари, која је предмет државине.

1) Правни положај савесног држаоца.

Правни положај савесног држаоца у погледу уживања ствари, поклапа се са положајем сопственика. Савесни држалац има сва она овлашћења, која има и сопственик ствари, само с том разликом, што сопственику та овлашћења припадају дефинитивно, док их држалац има само дотле, докле се не појави сопственик. Не чини се разлика никаква, по ком је основу држалац прибавио државину, да ли једним теретним или доброделим уговором. Према томе савесни држалац може употребљавати ствар по свом нахођењу, може се њом користити у пуном обиму. Он има право на све плодове и користи, које ствар даје. Све те плодове савесни држалац прибавља у својину самим одвајањем. Грађанске плодове прибавља наплатом.

Ако се појави сопственик ствари и тражи да му се ствар врати, савесни држалац је дужан само ствар да врати и ништа више. За оно што је ствар употребљавао, уживао и трошио он не одговара. Сви плодови, које је држалац већ сабрао, припадају њему, без обзира на то да ли их је већ употребио или не (§ 204 Г. З.). У овом питању је српско право по угледу на аустриско напустило римски систем, по коме је савесни држалац био дужан да врати оне плодове, које је истина сабрао, али их још није отуђио односно потрошио (*fructus extantes*). Исти систем постоји и у црногорском праву. Што се тиче грађанских

плодова, они такође припадају држаоцу, у колико им је рок дошао и у колико их је он наплатио. Ненаплаћени плодови припадају сопственику ствари.

Савесни држалац има право при повраћају ствари да тражи накнаду за трошкове учињене у погледу ствари. Накнада се не може тражити за редовне трошкове, којима се ствар одржавала, већ једино за изванредне трошкове. Према § 204 Г. З. савесни држалац има право на накнаду само оних трошкова, услед којих је цена ствари порасла. У те трошкове улазе на првом месту *неужни* трошкови, које је неопходно било учинити, да ствар не би пропала. Неужним трошковима се несумњиво увећава цена ствари. Даље *корисни* трошкови, под условом да је ствар услед тих трошкова добила у цени. Што се тиче луксузних трошкова, о њима Грађански Законик не говори, што значи да држалац нема право на накнаду и таквих трошкова. Али се зато мора дати право држаоцу, да све што је од луксузних предмета и украса унео у добро или везао за ствар, скине и однесе, само ако се тиме суштина ствари и њена вредност не мења. Исти овакав систем у погледу повраћаја трошкова има и црногорско право (чл. 24 у вези са чл. 824—826).

Грађански Законик је оставио нерешено питање, да ли је право савесног држаоца на повраћај трошкова спојено са једним *jus retentionis*, овлашћењем да се ствар задржи све док се трошкови не накнаде. У римском праву држалац је имао *jus retentionis*.¹ У српском праву нема законског прописа о таквом овлашћењу држаоцем и зато се мора узети, да држалац нема право задржавања ствари, јер од два права, која су овде у питању — стварно право својине и тражбено право на накнаду трошкова несумњиво је јаче оно прво. Тако и О. К. С. од 28-III-1870, бр. 1252 и 26-I-1872 бр. 4152, у којима Касациони Суд налази да држалац нема ово право. Интересантно је да у истим одлукама Касациони Суд даје држаоцу *право на обезбеђење*, ма да ниједним законским прописом то право није дато држаоцу. Он може тражити обезбеђење само на основу општих прописа о обезбеђењу. Исти систем има и аустриско право, где такође држалац нема право задржавања ствари.² Изузетак постоји у српском праву за *савесне куџе* (§ 220 став II) јер њима

¹ *Dernburg, Pandekten, I, § 227.*

² *Krainz-Pfaff, System, I, § 243.*

је закон изречно признао право задржавања ствари све док им се не накнаде трошкови.

У § 204 стоји, да савесни држалац не одговара за ствар чак и кад би је потрошио. Израз потрошити односи се само на потрошне ствари, т. ј. на ствари чија се употреба по самој намени састоји у трошењу, у уништењу ствари као такве. Пошто је то редовни начин употребе потрошних ствари сасвим је разумљиво, да је савесни држалац ослобођен сваке одговорности у случају да је потрошио ствар, коју је имао у својој државини. Питање је међутим, да ли ослобођење од сваке одговорности важи и онда, кад је у својој досадашњој егзистенцији уништена једна непотрошна ствар. Питање је сумњиво, јер § 204 говори само о трошењу а не и о уништају ствари. Ипак је боље узети да је и у том случају савесни држалац слободан од сваке одговорности, пошто је по систему Грађанског Законика савесни држалац стављен на равну ногу са правим сопствеником, па кад овај може дотле да иде у свом располагању са ствари, да је чак и уништи, логично је допустити то и савесном држаоцу. Аустриски законик је у овом питању изречан, јер § 329 допушта савесном држаоцу да ствар и уништи, без икакве своје одговорности.

У § 204 налази се и овај став: „..... Преко тога такав (савесни држалац) има права и ону цену, коју је за ствар дао, натраг захтевати“. На кога се односи овај пропис? Да ли држалац има право да тражи цену од правог сопственика, који му на основу свог својинског права одузима ствар, или се пак овде мисли на то, да држалац има право да тражи повраћај цене од свог ауктора, т. ј. од оног лица, од кога је он ствар прибавио? Да купац има према продавцу право на повраћај цене, у случају евикције, речено је у § 655, где је таквој одредби и право место, зато би било излишно исти такав пропис доносити и у § 204. Законодавац је овде имао у виду баш сопственика ствари, коме наређује, да приликом одузимања ствари накнади држаоцу цену, коју је овај дао за ствар. Пропис мало чудноват и у опреци са природом права својине, које је једно апсолутно право и важи према свим трећим лицима. Евентуалну штету услед својинске тужбе сносе по правилу трећа лица, а не сопственик. Пропис § 204 стоји у овом питању у директној супротности са својим изворником, §-ом 333 аустриског законика, у коме се изречно каже, да ни савесни држалац нема право на

повраћај цене, коју је дао за ствар. Какви су разлози руководили редакторе да ово правило обрну, тешко је утврдити. Могло би се мислити, да је ово случајна омашка, али има једна околност, која говори против таквог мишљења. Наиме, српско право није у овом питању тако оригинално, као што то на први поглед изгледа. У ранијем пруском праву (Preussisches Allgemeines Landrecht I, 15 §§ 25 ff) имали су савесни држаоци такође право на повраћај цене т. зв. *Lösungsanspruch*. Па и за немачки грађански законик од 1900 предлагано је, да се савесним држаоцима да то право, али је предлог одбијен. Изузетак је учињен само у корист неких јавних, државних и општинских заложних банака, које враћају заложене ствари сопственику тек по исплати зајма одобреног на подлози те залоге. И француско право има сличан пропис у art. 2280, по коме купци покретних ствари на јавној продаји или у трговини у случају кад купе туђу украдену или изгубљену ствар, имају право на накнаду цене при повраћају ствари сопственику. Према томе и § 204 има се тумачити онако, како он гласи. т.ј. да држалац има право на повраћај цене. У прилог тога може се навести и изречан пропис у 220 став II, да савестан прибавилац има право на накнаду цене, коју је дао за ствар. Као што се види, о значају § 204 у овом питању не може више бити сумње. Да ли је пак овакав систем добар или не, то је друго питање, на које само правна политика може дати одговор.

Да ли држалац у овом случају има *jus retentionis*, т. ј. право да задржи ствар, док му цена не буде исплаћена? Да ли он има право на повраћај цене непосредно према сопственику, или пак тек супсидијерно, у другом реду, ако не би могао од свога ауктора добити цену? Према § 220 став II савесан купац има право да задржи ствар све док му не буде накнађена цена, коју је за ствар дао. Сасвим је наопака О. К. С. од 20.-III.-1886 бр. 701, да савесан купац *има право* или да купљену туђу ствар задржи за себе, или да је врати господару, а он тражи накнаду. О том праву избора не може бити ни речи. Такво право може се рећи да има власник ствари, јер од њега зависи, хоће ли ствар оставити код држаоца, или ће је узети натраг, а држаоцу накнадити цену.

Што се тиче другог питања, правилније је узети, да је држаочево право непосредно и у првом реду управљено према сопственику ствари, тако да се сопственик не може ослободити обавезе, да накнади цену, тиме што ће упутити држаоца да

тражи накнаду од онога, који му је ствар продао. У црногорском праву савесни држалац у опште нема право да тражи од сопственика повраћај цене (чл. 22).

Правни положај савесног држаоца, овако како је изложен траје све дотле, док савесни држалац не буде судским путем позван од сопственика ствари да ствар врати. Од тог момента савесни држалац има у погледу уживања ствари и плодова положај несавесног држаоца и одговара као овај (§ 207). Као дан од кога почиње несавесност сматра се дан предаје тужбе држаоцу на одговор, а не дан подношења тужбе, пошто држалац може и не знати за подизање тужбе. Ако би се утврдила ранија несавесност, наравно да ће се она од тог момента рачунати (О. К. С. од 20.-II.-1908 бр. 1714).

3. Правни положај несавесног држаоца.

Положај несавесног држаоца према ствари коју има у државини у ствари и није правни положај, већ једно чисто фактичко стање. Несавесни држалац нема ниједно од оних права која припадају савесном држаоцу. Он не сме ствар ни употребљавати ни уживати. Свака употреба ствари и свако уживање плодова појављује као чиста злоупотреба, као једна недопуштена радња, за коју држалац одговара. Отуда пропис у § 204 *in fine*, да несавесни држалац не само што је дужан ствар вратити сопственику, већ и све користи, које је од ствари имао, дужан је накнадити. Тако све сабране плодове ствари, било у натури, било по вредности има да врати и то и оне плодове, које сопственик можда не би сабрао. Ако ствар није доносила никакве плодове, држалац је дужан у новцу накнадити вредност њене употребе. Грађански Законик даје шта више сопственику право на накнаду оне специјалне користи, коју би он имао, да ствар није била у туђој државини. Величина те користи одређује се обичном проценом вештака. Ово право постоји наравно само онда, кад накнадом плодова од стране држаоца сопственик ствари не би био довољно измирен, што ће бити случај, кад је он био у могућности да има неку ванредну корист, само да је ствар остала у његовој државини.

Грађански Законик не говори о плодовима које је држалац пропустио да сабере, али је несумњиво, да несавесни држалац одговара и за те плодове. Ова одговорност обухваћена је виртуелно у одговорности за оне специјалне користи, које би соп-

ственик имао, да није било те несавесне државине. У ту корист улазе и несабрани плодови.

Несавесни држалац одговоран је и за свако погоршање ствари, па и за случајне штете, које је ствар претрпела, под условом да та штета не би наступила, да је ствар остала код сопственика.

Ако је несавесни држалац још и једном забрањеном или злочином радњом дошао до државине ствари, онда се његова обавеза на накнаду штете у толико проширује, што је дужан дати накнаду за ствар по оној вредности, коју ствар има специјално за сопственика, т. зв. *pretium affectionis* (§ 205 став I).

Што се тиче трошкова учињених на побољшање ствари или увећање њене продуктивности, прописано је у § 205 став II да ће несавесни држалац бити у истом положају, као и онај, који без налога или овлашћења врши туђе послове. Другим речима примениће се правила која вреде за *negotiorum gestio*. По тим прописима (§§ 628 и 629) незвани пуномоћник има право на накнаду *неужних* трошкова, као и савесни држалац. Он има право и на накнаду *корисних* трошкова под условом да је вредност ствари порасла и да је то с обзиром на личне односе и прилике сопственикове било корисно. У томе је само разлика између савесног и несавесног држаоца, што овој последњи добија накнаду за учињене корисне трошкове под условом, да су лично сопственику ти трошкови користили, а не само да су користили ствари на коју су учињени (§ 629).

Шта су корисни, а шта нужни трошкови је чисто фактичко питање. Односно луксузних трошкова положај несавесног држаоца је исти, као и положај савесног држаоца.

V. Државина права.

Књижевност: А. Ђорђевић, Државина, стр. 134 ff.

1. Појам државине права.

Државина права је једна правна установа, која је постала по угледу на државину ствари. Државинска теорија римског права није била у стању, услед свог уског становишта, да обухвати све случајеве, у којима је требало заштитити једно фактичко стање, и зато су римски правници били принуђени, да у тим случајевима говоре о *quasi possessio* т.ј. о једном факту, који строго узев није државина, али се из практичких разлога сматра

као државина. Тако је постала *државина права* (*possessio juris*). Одређујући да је државина фактичка власт над једном ствари у свима њеним односима, конкретизирана вољом да се ствар држи као своја, римско право се нашло пред тешкоћом, да дâ правну форму случајевима, где неко врши фактичку власт на ствари, али не у свима њеним односима, већ само у једном одређеном односу. Пошто су ови односи врло чести, нарочито код службености, то је и овај облик фактичке власти назван државином, и то *државином права*, а не ствари. Ако према томе једно лице има фактички ужитак на ствари, оно је држалац тог ужитка, тог права на ствар. а не држалац саме ствари. Као држалац права ужитка оно ужива сличну заштиту као и држалац ствари. Нарочито пак може та државина под одређеним условима да прибави држаоцу и само право на ужитак, путем одржаја или застарелости.

Установом државине права отклоњене су у неколико слабе стране римског државинског система, пошто су сад и уживалац и ималац службености признати као држаоци. Заложни поверилац и секвестар били су већ раније сматрани као прави држаоци, тако да је круг државинске заштите овим знатно био проширен.

Римско право је овде стало и није хтело проширивати појам државине права и на разне случајеве детенције, или пак још даље и на тражбена права. То је међутим учинило канонско право а под његовим утицајем и пандектно право. По угледу на пандектно право примили су ову установу и новији законници, који су били усвојили римску државинску теорију. Тако и Грађански Законик прописује у § 199 *in fine*: „...Ако су ствари бестелесне, као права, онда ћеш држалац или притежалац бити, кад их уживаш у своје име“. Из ове се одредбе види, да Грађански Законик иде даље од римског права и признаје постојање државине не само код стварних права — делимично уживање ствари, уживање ствари само у једном одређеном односу — већ и код осталих права. Тако, код тражбених права може се замислити државина (неко ужива једну ренту, и ако нема право на ту ренту) ма да је таква државина без практичног значаја.

Несумњиво је, да § 199 мисли на оне случајеве, где се ужива ствар само у једном односу, а не у свима њеним функцијама. Према томе ко фактички ужива једну службеност, било личну или стварну, има државину права службености. Заложни

поверилац има државинуу заложног права. Детентори ствари су махом држаоци права, на основу кога имају ствар у својој детенцији. Кирајџија и закупац су по томе држаоци права кирије или закупа.

2. Правни значај државине права.

За све случајеве државине права важе исти прописи изложени код државине ствари. Тако, да би се засновала државина права потребно је да буду испуњена ова два услова: 1. да има фактичког уживања права и 2. да постоји воља уживати право у своје име, као титулар његов. Кад ће први услов бити испуњен, зависи од природе односног права и не могу се поставити нека општа правила. Друкчије је уживање права код службености, а друкчије код заложног права. Главно је, да има потчињености ствари вољи човечијој у једном одређеном правцу, било да се та потчињеност манифестује позитивном, било негативном радњом. Што се тиче другог услова, он је исти, као и код државине ствари.

Главне последице државине — право на самопомоћ и заштита од узнемиривања и одузимања државине — постоје разуме се и код државине права. Даље и државина права може исто онако, као и државина ствари, у току времена једно фактичко стање на основу застарелости да претвори у правно стање.

Овај принцип, да државина права ужива исту заштиту као и државина ствари, и да је и она основ прибављања права путем застарелости, и ако изгледа прост и разумљив, у практици приликом примене изазива велике тешкоће. Те тешкоће настају поглавито отуда, што је државина један правни феномен који се развио искључиво с обзиром на однос лица према одређеној материјалној ствари, па је његово преношење у област правних односа, чија егзистенција није условљена постојањем никаквог материјалног предмета, било логички доведено у питање. У мислима је било лако извршити тај пренос, али је он у практици био тешко изводљив. И зато у модерном праву треба допустити постојање државине права само у оним случајевима, у којима постоји једна фактичка власт, слична државинској власти код државине ствари. Према томе и пропис § 199 став II има се рестриктивно тумачити, т. ј. у том смислу, да се он примењује само код оних права, која по својој природи допуштају трајно уживање и имају везе са неким материјалним предметом.

Тако постоји државина права код појединих права службености било личних или стварних, јер су та права по својој природи махом трајна, а односе се на телесне предмете. Заложни пове-рилац, у случају кад је предмет залог једна покретна ствар, може се такође сматрати као држалац права залог, па ће према томе и он уживати државинску заштиту.¹ Што се тиче тражбених права, ту треба правити разлику између тражбених права, која се посредно односе на неку телесну ствар, и осталих тражбених права, чија се садржина састоји у нечем другом. Тако закупац, кираџија, чувар и послугопримац имају сви државину оног права, на основу кога уживају ствар у ма ком било правцу и обиму. У области личних породичних права државина права нема примене.² Породична имовинска права, која имају махом облик стварних права, допуштају пак примену државине права. Наследно право пак као такво не може бити у државини, јер се државина права наслеђа претвара у државину појединих објеката наслеђа и постаје било државина ствари, било државина права, било једно стање, које није државина ни ствари ни права.

Осим ове тешкоће у остварењу државине права постоји још једна много већа тешкоћа кад се појави питање о узајамном односу између држаоца једне ствар и држаоца права у погледу те исте ствари. Држаоци права уживају у смислу § 199 став II државинску заштиту према трећим лицима на основу своје државине права. Али у овом пропису не говори се ништа о томе, да ли су држаоци права заштићени и према држаоцу ствари. Тако, да ли је држалац једног права службености или држалац заложног права на покретној ствари заштићен и од држаоца ствари. Питање је сумњиво. Оно је сумњиво зато, што су права тих лица, која се налазе у државини, т. ј. која се фактички врше, према техници Грађанског Законика чисто стварна права, као и својина. Истина право својине је пуније и обимније право, али у погледу дејства према трећим лицима оно је изједначено са осталим стварним правима. По томе изгледа, да нема стварног разлога дати превагу државини ствари, коју има сопственик, над државином права, коју ужива ималац службености или заложни поверилац. На једној и истој ствари има две различне државине. Једна од њих мора да буде јача. За имаоца служ-

¹ Противно мишљење да заложни поверилац нема државину права, А. Ђорђевић, Државина, стр. 140.

² Противног мишљења А. Ђорђевић, Државина, стр. 139.

бености не може се рећи, да је он прост детентор и да држи ствар у туђе име. Напротив, он ужива ствар у своје име и за себе, само што је његова власт ограниченија, него власт сопственикова. Најзад ако се имаоцу службености не да заштита и према сопственику земљишта, онда ће њему и цела установа државине права пружити врло мало користи. Јер сопственик послужног добра код једне стварне службености, управо је оно лице, од чије стране најчешће прети опасност имаоцу службености. С друге стране пак, ако би се водило рачуна о логици римског права, која је примљена и у аустриском и српском праву, морао би се у односу према ствари само сопственик сматрати као држалац, док би ималац службености био прост детентор, тако да би сопственик био јачи у погледу државинске заштите него титулар службености. Овакав систем да је држалац ствари у односу према држаоцу права јачи и да је он тај, који је заштићен државинским тужбама, довео би до врло чудноватих резултата. Право службености било би врло ослабљено. Зато је боље у овом питању водити рачуна о правичности и у односу између држаоца ствари и држаоца права службености, личне или стварне, дати превагу држаоцу права. Овакво решење је и у интересу одржања правног поретка, јер се њиме штити право фактичко стање, што је сагласно са основним појмом државине. У том је смислу у осталом и § 386 који гласи: „Као год што сваки који мисли да има право на службу чије ствари, може такво од господара захтевати, и ако му овај не допусти, путем судским тражити, тако и господар ствари има право неправедног присвојитеља из службености своје ствари искључити, и ако овај неће да одустане путем судским њега из ствари своје избити“. Први став овог прописа говори о томе, да је у случају спора, да ли једном лицу припада служба или не, оно дужно да се обрати суду и да судским путем изрази признање службености. Претпоставља се наравно, да се то лице не налази у фактичком уживању спорне службености. Правило једно сасвим разумљиво и готово излишно. Други став пак претпоставља, да се неко налази у државини права службености, да ужива службу, али неправично, т. ј. без законског основа. У таквом случају Законик не допушта сопственику послужног добра, да самовласно искључи то лице из службености ствари, већ га упућује на суд. Грађански Законик даје овде превагу држаоцу права службености, чак и онда кад је његова др-

жавина незаконита. У толико пре мора се онда дати превага у таквом случају једном законском или правичном држаоцу.

Пошто § 386 не прави разлику између појединих врста службености, значи да он важи и за личне и стварне службености. И тако ималац ужитка, а ако није држалац ствари у смислу § 198, он је држалац права ужитка у смислу става II §-а 199, и као такав има исти положај у погледу заштите своје државине као да је држалац ствари. Што се тиче заложног повериоца код покретне залоге, и на њега треба аналого применити § 386 и узети, да је државина права, коју има заложни поверилац, јача од државине ствари, која припада власнику.

Питање о односу државине ствари и државине права појављује се даље код појединих случајева детенције, нарочито код уговора о закупу, кирији, послузи и остави. Како су овде у питању чисто тражбени односи, не може се дати превага државини права, већ државини ствари. И зато држаоци права или детентори ствари немају правне могућности да се бране од држаоца, кад би им он сметао у вршењу детенције ствари, или им чак и одузео ствар. Још мање би они могли да траже повраћај детенције на основу своје државине права. То не значи да су детентори према држаоцима сасвим немоћни. Они се могу позвати на уговор и по том основу тражити накнаду штете, коју би претрпели услед одузимања детенције. Код државине права службености и права залоге на покретним стварима ствар стоји међутим брукчије. Ту не може држалац ствари, по том основу што има државину, самовласно прибавити од имаоца службености фактичку власт на ствари. Такав поступак не би се сматрао као допуштен, као вршење свог права, и имао би за последицу грађанску, а можда и кривичну одговорност држаочеву. И обратно, држалац права службености има према држаоцу ствари и право самоодбране у границама §§ 201 и 208 Грађ. Законика.

3. Критичка оцена државине права.

Кад се критички промотри систем Грађанског Законика код овог питања о државини права, види се да је он и натегнут и нелогичан. Он у осталом није ни могао бити логичан, пошто се јавио као последица сасвим једностране државинске теорије римског права. Кад један принцип не ваља, онда и последице његове су махом рђаве. Тако се и овај институт државине права

провлачио вековима недирнут као једна заоставштина римског права, ма да је требало одавно с њиме ликвидирати. Модерном законодавству, специјално немачком законуку припада заслуга, што је, напуштајући државински систем римског права сасвим умесно напустио и ову идеју о државини права. Немачки законик ограничио је појам државине на фактичку власт на стварима, у које се, према § 90, убрајају само телесни предмети. Државина права је ишчезла из законика, а у свима случајевима где је она раније признавана, примљена је државина ствари, као што је напред то изложено. Једино за пољске службености прописано је у § 1029, да ималац такве службености ужива сличну заштиту, као и држалац ствари, под условом да је у току последње године, рачунајући од дана узнемиривања, бар једанпут вршио право службености и да је службеност била наравно уписана у баштинским књигама. Да ће и српско право приликом израде новог Грађанског Законика сасвим напустити државину права, то је готово сигурна ствар.

ДРУГИ ОДЕЉАК.

С В О Ј И Н А.

1. Појам својине.

Књижевност: Schlossmann, Ueber den Begriff des Eigentums (Jahrb. f. d. Dogm. XLV, S. 289 ff.); Pininski, Begriff und Grenzen des Eigentumsrechts nach röm. Recht (1902); Randa, Das Eigentumsrecht nach oesterreichischem Rechte (2. Aufl. 1893).

Многобројне су одредбе о својини. Обично се под својином разуме потпуна правна власт на једној одређеној ствари. За појам својине потребно је према томе да ова три елемента буду остварена: 1. *Власћ над једном одређеном ствари.* — 2. *Правна власћ*, т. ј. објективним правом призната власт што ће бити онда, кад је власт, која је садржана у појму својине, остварена на један од законом прописаних начина, кад је постала оним путем који је објективно право прописало, за прибављање својине. Својина је *правна* власт за разлику од државине, која је једна чисто *фактичка* власт, код које је начин њеног постанка сасвим равнодушан. Власник *има* својину, и ако можда нема фактичку власт на ствари. — 3. *Потпуна власћ*, т. ј. потчињеност ствари вољи сопствениковој у свима њеним односима. Сва три елемента заслужују мало ближе разматрање.

1. — Први елемент својине односи се на непосредни предмет права, који треба према датој одредби да буде једна одређена ствар. Пошто Грађански Законик убраја у ствари и нетелесне предмете, ваља нагласити да предметом својине могу бити искључиво телесни предмети. Истина у § 211 изгледа да се мисли и на нетелесне предмете, али тај пропис није једино ме-родаван за одређивање природе својине. Из §§ 215 и 216 ме-ђутим види се, да се претпоставља, да је предмет својине једна

телесна ствар. И папири од вредности, пошто се сматрају као телесне ствари, подобни су да буду предметом својине (в. § 866). Осим тога и збирне ствари могу бити предметом својине (§ 191). У овом питању се српско право слаже са римским правом, као и са модерним правима (немачким, швајцарским), која признају својину једино на телесним предметима. Германско право, које је и иначе у одређивању појма својине ишло сасвим другим путем, но римско право, није видело ништа необично у признању својине и на нетелесним предметима.¹

И ако је по Грађанском Законнику предмет својине једна материјална ствар, ипак српско право мора на извесне правне односе да примени принципе својине, ма да тим односима није подлога један материјални предмет. То су односи на књижевној и уметничкој својини (ауторско право), који се све дотле морају сматрати као својински односи, док не буде донет нарочити закон о заштити умног и уметничког рада. Ауторско право је право особене врсте и нема много сличности са правом својине.² Суштина је својине трајна искључивост трећих лица од учешћа у уживању једне ствари — изузетака има, али они не утичу на битно обележје својине — док се таква искључивост не може да оствари код књижевних, уметничких и научних идеја и композиција, које се по својој природи шире и продиру у целокупно друштво. Зато код тих односа може бити говора само о временом ограничењу уживања и искоришћењу уметничког или умног дела, а не о његовом трајном задржавању за себе.

2. — Као други битни елеменат у појму својине истиче се, да је својина *правна власт*. Ово истицање својине као правне власти изгледа сасвим излишно, кад се зна да је свако субјективно право правна власт, а својина је субјективно право. Што се ипак при одредби својине истиче тај моменат, разлог лежи у потреби, да се својина одвоји и ограничи од државине, са којом је веома слична. Државина је фактичка власт, док је својина правна власт.

3. — Што се тиче трећег елемента, ваља имати на уму, да се под *поппуном* влашћу не разуме овлашћење да се са ствари неограничено располаже и да се ствар ужива апсолутно по својој вољи. Такав апсолутни карактер нема данас право својине, нити треба да има. Потпуна правна власт значи то, да није лимитативно

¹ *Gierke, Deutsches Privatrecht, II, S. 360.*

² Видети *Н. Шаулић, О књижевној својини (Дело, књ. 63, стр. 368).*

одређен број овлашћења, тако да би само та овлашћења и ни-која друга долазила под појам својине, већ да се власт власни-кова простире у свој укупности на ствар. Али та власт може у интересу целине бити у неком погледу и ограничена, па ипак да не изгуби карактер својине. Према томе правилније би било дати оваку одредбу својине: да је то власт, неограничено располагати једном ствари, у колико не би било ограничења у овом или оном правцу, а на основу закона или пак уговора. Уговорна ограничења су у интересу појединих одређених лица, док су законска ограничења у интересу целине издана. Али како ни нај-боља дефиниција не може тачно да изрази природу својине, све док се не проуче поједини елементи и услови, то је саветније поставити макар и несавршену дефиницију, која ће јасно исти-цати оно, што је код својине доиста битно. И зато се напред и казало за својину, да је она потпуна правна власт на једној ствари.

Ова одредба својине води порекло из римског права. Рим-ско право је дало својини тип апсолутног и неограниченог права. Цела систематика римског стварног права почива на конзеквентно изведеној супротности између права својине и осталих стварних права. Право својине је власт на ствари у целини. Садржина права својине не може се позитивним начином друкчије изра-зити него као потпуна правна власт. Остала стварна права су међутим по својој природи ограничена. Она се не могу друк-чије карактерисати, него позитивним одређивањем њихове са-држине. Дуго времена се овако схватање права својине и осталих стварних права сматрало као једино тачно. Тек у но-вије време, услед изучавања историје германског права, дошло се до сазнања, да се право својине може друкчије схватити и да је у германском праву владало друкчије схватање. Ту је по-лазна тачка била не једна апсолутна и неограничена власт на ствари, већ у опште власт на ствари, без обзира на њено тра-јање и садржину. Отуда је германско право имало неколико својина, које су се по обиму, садржини и трајању разликовале али су у суштини биле облици једне исте власти. Основна је идеја била, да су својина и остала стварна права потпуно јед-нородна права, јер имају у суштини исту садржину. „*Eigentum und begrenzte dingliche Rechte ergreifen die Sache nicht auf verschie-dene Art, sondern nur in verschiedenem Umfange*“.¹ Место ква-литативне разлике германско право је истицало квантитативну

¹ *Gierke*, II, S. 355.

разлику. Право својине је стварно право *пored* осталих стварних права, а не тим стварним правима супротно право.

Дуго година су се у Немачкој ова два тако супротна схватања борила о превласт. На једној страни римска својина као искључиво право, које не трпи поред себе права исте врсте. Једино т. зв. *jura in re aliena* могу постојати, а то су стварна права, која претпостављају својину и тек преко ње долазе до самосталне егзистенције. Та су права изузетна и ограничена на извесне типове. Њихова природа добила је одзива и у општем називу *servitutes*, који је првобитно означавао сва стварна права на туђој ствари, и у коме се јасно огледа зависност од једног постојећег права својине. На другој страни пак изједначење права својине са осталим стварним правима и подвођење *свих* стварних права у *једну* а не у *две* категорије. Чим се једна фактичка власт ма каквог обима и правца индивидуализује, она самим тим стиче право, да буде особено стварно право. Према томе разумљиво је, што у германском праву број стварних права није био ограничен. Немачки грађански законик завршио је ту борбу тиме, што је у начелу стао на гледиште римског права, а у појединостима пак, код извесних својинских односа, водио рачуна и о идејама германског права.

За српско право ова борба има у толико интереса, што на врло јасан начин показује, да својина није једна логичка, већ историска категорија. Њена је одредба релативне а не апсолутне природе. У осталом апсолутност је баш противна појму права, које по својој суштини има улогу мирења супротних интереса, па се тешко може тврдити, да се то мирење постиже искључивом заштитом интереса једне стране. Из овога се види, да није тачно тврђење, како је у природи својине њен апсолутни карактер. Појам својине је релативан и ту релативност потребно је признати. Могућност ограничења својине не треба дакле сматрати као нешто анормално.

Кад се својини у српском праву одриче апсолутни карактер, кад се она сматра као једно право, чији се обим одређује законом, прелази се преко познатог и неоспорног факта, да је српски законик усвојио идеје римског права о својини. Истина у § 211 где је дата одредба својине, прописано је, да се количина правне власти, садржана у појму својине, одређује у границама закона. Међутим фактички ограничења права својине су у српском праву врло незнатна. Општих ограничења, која

би се односила на свако право својине, у опште и нема. Постоје само специјална ограничења у погледу извесних ствари, о којима ће ниже бити говора. Зато се и при тумачењу Грађанског Законика наилази на тешкоће код питања, која би у духу данашње културе сасвим друкчије требало расправити, но што се она у духу римског права, које провејава кроз Грађански Законик, расправљају.

2. Основ својине. Историја својине.

1. Проблем својине није само правни проблем. Он је и економски и у опште социјални проблем. Право по свом задатку не може ни да брани ни да осуђује приватну својину. Зато је излишно спекулативним путем излагати основ својине. Право има само то да констатује, да је приватна својина једна историски постала установа, која је у практичном животу ван сваке сумње дала врло добре резултате. Није претерано тврдити, да је приватна својина била врло важан чинилац у културном развоју човечанства. Тиме се неће да каже, да она нема и рђавих страна. Најглавнија замерка приватној својини, на коју се често указује, јесте то, што нове генерације долазе на свет са неједнаким уделом у постојећим економским добрима. Док једни имају у изобиљу, дотле други немају ништа. Међутим у ствари стање није тако неповољно, као што се можда на први поглед чини. Држава се стара и својом просветном и привредном политиком, да сваком појединцу створи могућности за успешан рад на пољу материјалне културе. Са временом постаје и труд државни у том правцу све интензивнији. Што је пак напредак на стварању општег благостања тако лаган и једва приметан, кривица није до државе, већ до изукрштаних интереса, које је врло тешко изравнати. Људи нису на пољу социјалном свемоћни, већ се пре може рећи да су немоћни и да су упућени на лагано продирање.

Овим пак нису задовољни они друштвени редови, који највише пате од нагомиланости економских добара у рукама појединаца, и зато је приватна својина била и биће предмет ревносних напада. Најјачи и најозбиљнији удар претрпела је установа својине, оваква каква данас постоји из римског права, од оних научара, који историју света схватају материјалистички и у еволуцији друштва гледају еволуцију економских феномена. Темељ том схватању поставио је Карл Маркс, који је на пот-

пуно методичан начин покушао да докаже нелогичност данашњег правног поретка нарочито у погледу приватне својине и њеног значаја.¹ Основне мисли тог социјалног материјализма, примењене на право, односно на својину, су ове: Полазећи од поставке, да се законитост и правилност друштвеног живота огледају у законитости и правилности економског развитка, социјални материјализам тврди, да се правни феномени не развијају самостално, по неком логичком реду, већ зависно од економских услова. Право се не развија услед неке силе, која би њему као таквом била иманентна, већ услед зависности своје од економских феномена. На основу ове поставке тврди се, да је данашњи правни поредак нелогичан, пошто се није развијао напореда са економским поретком. Услови за производњу и сам начин производње добара сасвим су друкчији данас него пре толико векова за време Римљана, па ипак је правни поредак у погледу поделе добара остао исти. Приватна својина, која је у свом строгом индивидуалистичком облику код Римљана имала смисла, кад је владала појединачна и то натурална привреда, у данашњем свом облику је анахронизам, с обзиром на компликовану капиталистичку производњу.

Не улазећи у тај спор о оправданости или неоправданости, корисности или штетности приватне својине, наука позитивног права има да посматра својину као једну историску категорију, чији се основ не може одредити само једном идејом. За правника, у колико се он у опште бави тим питањем, основ својини лежи у потреби њеној ради одржања организације сувременог друштва. Историски постала својина је имала своју мисију, и зато је законодавство и даље чува, јер нити је превладало уверење, да својину треба укинути, нити се пак зна, чиме би се својина могла заменити.

Кад овако стоји ствар разумљиво је, што се наука позитивног права не интересује много теоријама о основу својине. Нарочито пак право одбацује теорију, да је основ својини у раду. Ту су теорију махом заступали економисти, и ако се она пре свега не може да примени на сва добра, нити пак строго узев у данашњем друштву рад ствара својину. Рад има данас као последицу награду или плату, а не непосредно својину на извесном предмету. Исто тако се одбацује и теорија, да је основ

¹ Видети о томе изврсно излагање код *R. Stammler, Wirtschaft und Recht, S. 27 ff.*

приватној својини у самој природи човековој, да је човек по својој природи упућен на индивидуалистичко уживање добра. Еволуција својине и њени разни облици демантују то тврђење.

И ако је проблем о основу својине један проблем, који стоји ван области правне науке, ипак је Грађански Законик сматрао за потребно, да у § 212 каже, да се право својине на производима сила човечијих и осталим покретним стварима, које постојау човечијим радом, заснива на самој природи, да је оно самим природним законом већ опредељено. Право својине на непокретним стварима пак обезбеђено је Уставом и земаљским законима. Као што се види, Грађански Законик стао је у погледу покретних ствари на гледиште економиста, који у својини гледају резултат рада. Односно непокретних добара, која су од природе ту, законик заступа т. зв. легалну теорију. Пропис § 212 је и излишан и нетачан. Он је излишан зато, што Грађански Законик нема потребе да брани једну установу, на којој се заснива целокупна данашња култура. Он је нетачан у толико, што се сва права, па и право својине, заснивају на признању законском, а не на неком природном основу.

II. Кад је својина једна историска а не логичка категорија, самим тим се истиче и оправдава потреба њеног историског проучавања. Тиме се бави како универзална историја права, тако и историја права појединих народа. На овом месту може само толико да се каже, да се развитак својине, према резултатима досадашњег истраживања, врло вероватно кретао од колективне ка индивидуалној својини.¹ Између те две врсте својина било је много других прелазних облика. У средњевековном праву било је нарочито много типова везаних и ограничених, подељених и оптерећених својина.² И у старијем српском праву су својински облици на непокретном имању били врло разноврсни. О томе пружају најбољи доказ прописи Душановог Законика, по којима се разликује: неограничено право својине властелина или баштиника (баштина), временом ограничено право својине властелина (пронија), право својине сељака, себара или меропаха.³ Турска владавина није порушила тај имовински поредак, већ је само заменила власнике својим људима.

¹ Е. Лавлеј, Својина и њени првобитни облици. Превео с француског Јов. М. Јовановић (1899).

² Gierke, Bd. II, S. 368; Heusler, Institutionen des deutschen Rechts, II, S. 36.

³ Стојан Новаковић, Пронија и баштина; Dr. Wlajinatz, Die agrarrechtlichen Verhältnisse im mittelalterlichen Serbien (1907); Dr. L. Markovitsch, Die Grundbesitzverhältnisse in Serbien nach Duschans Gesetz (Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft, XX Bd. 1909).

У Србији је било све до 1833 године две врсте својине: својина спахија или чифлик сајбија и својина сељака, који је стварно земљу обрађивао. Однос између сељака и спахије у погледу истог земљишта био је и приватно-правне и јавно-правне природе. Султановим ферманом од 26. октобра 1833 укинута су спахилуци. Ради извршења тога фермана донето је неколико закона и уредаба, којима су дефинитивно расправљени односи између спахија и сељака. О томе се говори у историји права. Данас је сваки земљорадник савршени и искључиви господар свога добра (§ 213).

3. Садржина права својине.

При одређивању садржине права својине прави се разлика између фактичког и правног располагања са ствари. Фактичко уживање ствари је главни и карактеристични елемент својине. То је уживање према појму својине потпуно и у начелу неограничено. Осим тог фактичког уживања сопственик може и правним актима да утиче на ствар. Предмет тих правних послова је или пренос целокупног права својине, или уступање уживања у ширем или ужем обиму. У првом случају се правни посао назива отуђење својине, у другом пак случају он заснива извесна стварна права у корист трећих лица. У суштини пак ово правно располагање не односи се на саму ствар, већ на право својине, и зато се оно не може сматрати као нека нарочита особина својине. Сва приватна права, сем чисто личних права, могу се преносити и на друга лица. Код права својине тај се пренос врши у нарочитим формама, које ће особено бити изложене.

а) Фактичко уживање својине.

Фактичко уживање ствари простира се према појму својине на целу ствар и у свима правцима. Са привредног гледишта то уживање састоји се у извлачењу економских користи, ма да ово није критеријум права својине. Сопственик има право да утиче на ствар и онда, кад му то утицање не прибавља никакве економске користи. Код покретних ствари утицање је ограничено на саму ствар. Код непокретних ствари оно је проширено и на простор испод земље, као и на простор изнад земље. Разуме се, да се власт власника земљишта не пружа у бескрајност, већ само у толико, у колико би власник имао оправданог интереса да искључиво ужива тај простор. Отуда је немачко право прописало у § 905 став II, да сопственик земљишта не може да

забрани оне радње и она утицања која се врше у таквој висини или дубини, да он нема никаквог интереса на тој забрани. Грађански Законик и ако нема изречне одредбе о проширењу својинске власти на простор под земљом и над земљом, ипак се из природе непокретног добра може извести, да својина обухвата и таква овлашћења, у колико су она потребна ради потпуног искоришћења добра.

Што се тиче начина вршења својине или фактичког уживања ствари, Грађански Законик нема ближих одредаба, нарочито пак нема општих ограничења, која би се односила на свако право својине. Ту се примењује опште правило о слободном вршењу права (§ 806). Према томе власнику стоји на вољу, да уради са ствари све што хоће. Он има *jus utendi, fruendi, abutendi*. Он може ствар и уништити, изменити, покварити или бацити. Слободно вршење својине простире се све дотле, док се њиме не почну вређати права трећих лица. Ако би вршење својине трећим лицима било само штетно, али се не вређају никаква права њихова, онда је оно допуштено (§ 806).

Као што се види, границе повучене праву својине у погледу фактичког уживања су врло широке. Грађански Законик је овде и сувише индивидуалистичан, кад допушта овако безобзирно вршење права. У немачком праву постоје, као што је напред изложено у општем делу, два ограничења у вршењу свих права, па и права својине. Једно гласи, да се право не сме вршити у циљу шикане трећих лица (§ 226), а другим се забрањује свако неморално оштећење трећих лица при вршењу права (§ 826). Поред ових општих ограничења постоји у немачком праву и једно специјално ограничење само за својину. То је ограничење исказано у § 904 и познато је под именом *Notselbsthilfe*, или право трећих лица да у случају нужде повреди нечије право својине, под условом да је штета, коју би та трећа лица иначе претрпела, несразмерно већа од штете коју претрпи сопственик. О домашају овог прописа не слажу се немачки правници, али сви гледају у њему једно важно ограничење индивидуалне својине у корист целог друштва. Само у примени не треба претерати и дати § 904 већи значај него што га он у ствари има.

Начело српског права, да је вршење својине све дотле слободно и неограничено, док се тим вршењем не почну вређати права трећих лица, не важи изузетно у погледу неких ствари. Српско право не зна за општа ограничења својине, али познаје посебна

ограничења само за извесне врсте својине. У тим посебним случајевима право својине је ограничено у погледу вршења на извесан начин, и то ограничење постоји или на основу закона у општем интересу, или такође на основу закона, али не у општем интересу, већ у интересу одређених лица, обично суседа. Поједина ограничења својине јесу ова :

а) За земљишта у реону вароши Београда постоје нарочити прописи о кућама, какве се могу градити (чл. 19 грађевинског закона за варош Београд). Прописи ти су недовољни, јер не садрже ближе одредбе о узајамном положају кућа, а такве одредбе су веома потребне.

б) По закону о механама (измене и допуне од 30. III. 1881) механе и кафане не могу се подизати близу цркава и школа, већ морају од њих 50 хвати бити удаљене, а у случају потребе најмање 30 хвати.

в) По зак. о шумама од 1. III. 1891 (чл. 40) сваки власник шуме мора да допусти пренос дрва са државне шуме преко његовог имања, ако не може друкчије да се дође до државне шуме. За такав прелаз добива се накнада. По чл. 78 и приватне шуме подлеже надзору и могу се одузети од сопственика ако они не би могли вршити пошумљавање (чл. 80), у размену за другу општинску, сеоску или државну шуму по закону о експропријацији.

г) По закону о монополу дувана од 22. IX. 1875 не смеју земљоделци садити дукан сем по нарочитом одобрењу и у утврђеној количини (чл. 9).

д) По закону о водама од 26. XII. 1878 господари земаља поред обала пловних вода морају свакад оставити дуж воде за пролаз стоке и људи, који се пловидбом баве, онолико простора, колико полициска власт одреди. На том простору се не сме правити ограда, ни засађивати дрва, нити пак подизати зграда. Даље по чл. 10 истог закона сопственик земље преко које тече вода, не сме својевољно преиначавати природни ток воде на штету земљишта које ниже лежи.

ђ) По закону о лову од 16. јула 1898 забрањено је у опште ловити извесну дивљач, а неку дивљач допуштено је ловити само у одређено време. Ова забрана вреди и за лов на приватном имању.

е) По § 240 Грађанског Законика допуштено је вијање

домаћих ројева пчела где год се нађу, па је према томе слободно и ступити на туђе земљиште у циљу хватања роја.

ж) По § 341 Грађанског Законика сопственици имања су ограничени у вршењу права својине законским службеностима, које постоје на њиховом имању.

з) По чл. 31 рударског закона морају сопственици допустити ономе, који је добио право истраживања руда, да на њиховом земљишту врши истраживање. За ово су дужни истраживачи дати накнаду власницима земаља.

Сем ових ограничења, која су сва, изузев два последња, издана у општем интересу и која не дају никакво позитивно овлашћење трећим лицима према сопственику, већ садрже једно јавно право државе, тако да су у случају спора меродавни административни а не редовни судови, — нема никаквих других ограничења с обзиром на интересе приватних лица. Нарочито је осетан недостатак у прописима о суседским односима, којима би вршење права својине у корист суседа било ограничено. Колико је непотпуно српско право види се на пример по црногорском законуку, који садржи 34 прописа о суседским односима (чл. 110—143 о помеђашкој угодби). Одредба српског права у § 282, по коме је сваки властан житељ туђег дрвета у својој земљи пресећи и гране над своју земљу наведене скресати, директно је противна каквом ограничењу у корист суседа. По § 283 међутим плод граничног дрвета, који би пао на туђе земљиште (суседово) својина је тога суседа. Али сусед нема право да тресе грање и да тиме учини, да плод падне на његово земљиште. У римском праву је постојало супротно правило. Сваки је имао право да пређе на суседно земљиште и покупи пале плодове са свога дрвета. Сусед није стицао никакво право у погледу тих плодова.

Грађански Законик не садржи јасне одредбе ни о једном важном питању, о одређивању граница заједничким учешћем суседа. Постоји само пропис у § 934, да је право на одређење међе или границе *незастариво*. Ближих одредаба о том праву и његовом вршењу нема. У француском праву сваки сопственик има т. зв. *le droit de bornage*, право да тражи од суседа да заједнички одреде границе имања. Исто право постоји и у црногорском праву (чл. 110) да је сваки сусед овлашћен тражити тачно одређење граница. Трошкове граничења подносе сви суседи заједнички, према дужини границе. Ако је само један

или неколицина њих узрок потреби те радње, онда само њима и падају на терет трошкови. Ово би се могло усвојити и за српско право. Грађански Законик нема ни одредаба о праву сваког сопственика да своје имање загради (le droit de cloture), али то право несумњиво има сваки власник земљишта, пошто је и оно обухваћено појмом својине. Иначе за ограђивање имања постоје у варошима полициски прописи, који обвезују сваког сопственика да своје имање огради.

Српско право нема прописа ни о томе, шта ће бити кад сусед зидањем куће захвати и туђе земљиште. Шта ће бити са тим делом зграде, који се налази на туђем земљишту, т. зв. Ueberbau. По правној техници српског права, аналого пропису § 278, тај би сувишак имао припасти суседу! Само у случају, да је господар земље био несавесан, да није хтео опоменути суседа и ако је знао и видео да овај зида на његовом земљишту, само онда сопственик зграде има право да му земљиште заузето откупи по обичној цени. Као што се види, пропис § 278 није ни мало погодан за решење овог питања. Немачко право је много правичније, јер у § 912 прописује, да сусед мора у таквом случају да трпи зграду на свом имању, али добија зато накнаду у ренти, која је као стварна службеност везана за земљиште и у рангу је старија од свих осталих терета.

б) Правно располагање својином.

Други начин вршења својине састоји се у располагању правом својине, било у целини, било делимичним издвајањем појединих атрибута својине у засебна права и преносом тих права на трећа лица. И ово уживање својине у облику располагања правом својине путем правних послова, у начелу је неограничено (§ 211). Сопственику стоји потпуно на вољу, како ће својим правом располагати. Али и ако нема општих начела о ограничениости правног располагања својином, има појединих специјалних случајева код неких врста ствари, где је располагање својином или сасвим одузето или само донекле ограничено. То су ови случајеви:

1. Неки папири од вредности, који гласе на име и који су по закону или уговору странака непреносиви (подвозне карте, где је то нарочито предвиђено, акције на име, које су оглашене за непреносиве).

2. Земљорадници не могу, према § 471 Г. С. П. отуђити

ни оптеретити последњих пет дана орања земљишта, као ни кућу са плацем до једног дана орања. Ово ограничење је издато у циљу да се земљорадник сачува од сиромаштине и бескућништва.

3. Располагање својином на случај смрти ограничено је у корист деце власникове, којој је закон обезбедио наслеђивање извесног дела родитељског имања, т. зв. законски део (§ 477). Исто тако је то располагање ограничено у погледу удовице и њеног права уживања на имовини умрлога (§ 412 и законод. решење од 2-III-1855).

4. Архијереји могу на случај смрти располагати само трећином имања, а јеромонаси не могу никако правити завештања (Зак. Уредба од 1847 и 1849 код § 476).

Сва ова ограничења заснивају се на законским прописима и зато су апсолутног карактера. Правни послови извршени на супрот тим ограничењима су ништавни по самом закону. Изузетак постоји само у погледу тестаментa, којим би био окривљен законски део деце или законски ужитак удовице. Такав тестамент није ништаван. Он се само своди или редуцира онолико, колико би био окривљен законски део. У погледу остатка тестаментa међутим важи.

Осим ових ограничења постоји још једно опет законско ограничење, које се тиче располагања својином у облику конституисања стварних права у корист трећих лица. Оно се састоји у томе, што су законом прописани нарочити, бројно ограничени типови стварних права, тако да нема више стварних права сем оних, које је Грађански Законик предвидео. Та су стварна права побројана у § 197 и има их свега три: право својине, право службености и право залогa. Према томе и власници могу на стварима својим да конституишу само службености и заложна права и никаква друга права. Пропис § 197 је принудне природе и не може се мењати споразумом странака.¹ Разлог због кога је Грађански Законик ограничио стварна права на поједине типове лежи бесумње у томе, што су многа правила о стварним правима донета у општем интересу, па је тежања законодавчева да се она примењују само на случајеве које је закон предвидео.

Поред законских ограничења у правном располагању својином постоје и чисто уговорна ограничења, или ограничења

¹ Windscheid-Kipp, I, § 82; Dernburg, I, § 91.

која се заснивају на приватној вољи грађана. Питање, да ли се власник може уговором обвезати, да своје добро не отуђује, односно не оптерећује, спорно је у науци и законодавству. Оно је спорно нарочито зато, што има неколико варијација. Обавеза власникова може бити тако широка, да гласи на забрану отуђења у опште, а може бити и ужа у том смислу, што се сопственик обвезао само на то, да неће отуђити добро у корист неког одређеног лица, а не у опште да га неће отуђити. У француском праву јуриспруденција је стала дефинитивно на то гледиште, да се сопственик може уговором обавезати, да неће ствар отуђивати.¹ Само се прави једно ограничење. Наиме узима се да су забрањене такве клаузуле, којима би се утврђивала стална неотуђивост. Сматра се да је слобода располагања својим добрима једно правило јавноправног карактера и да се не може укинути вољом појединаца. Само делимично ограничење је допуштено и то под овим условима: а) да је рок трајања тог ограничења релативно кратак, и б) да постоји озбиљан разлог.

У пруском праву (Pr. All. L. I, 4 § 15) постојао је принцип, да се и приватном вољом могу ствари издвојити из правног саобраћаја, т. ј. да се сопственику може одузети право располагања са стварима. Таква забрана вредела је према трећим лицима у погледу покретних ствари само под условом да су она знала за ограничење. Што се тиче непокретних ствари, забрана је важила према трећим лицима чим је била уведена у баштинске књиге. Данашње немачко право има друкчији систем. Грађански законик немачки је у § 137 поставио опште начело, да се правним послом не може искључити ни ограничити располагање једним по себи отуђивим добром. Споразумом странака не може се мењати правна природа једног имовинског објекта. Ова забрана тиче се само стварно-правних уговора. Што се тиче обичних обавеза, да се неће отуђивати добро, оне вреде и производе своје редовно дејство. Тако поклонопримац се може пуноважно обвезати, да неће отуђивати добро. Или господар добра се може обвезати према кираџији, да неће добро продавати. Допуштено је предвидети и нарочиту уговорну казну на случај неизвршења. Али овакве обавезе не спречавају прибављање права од стране трећих, савесних лица. Нарочиту одредбу за непокретности садржи § 1136, по којој је ништаван уговор између власника и реалног повериоца, да се добро неће отуђивати ни више задуживати.

¹ *Planiol*, I, p. 363.

Аустриско право има такође особен систем.¹ Оно допушта ограничења у располагању својном путем уговора. Допушта и упис таквих ограничења за непокретности у баштинске књиге. Према трећим лицима важи ограничење само ако је уписано било у књигама, или ако је иначе треће лице знало за то. Што се тиче дејства, прави се разлика између добротичних и теретних правних послова, којима је ограничење утврђено. Код добротичних правних послова (поклоне, тестамена и легата) ограничење се схвата као налог или модус у погледу уживања добра, тако да повреда ограничења повлачи за собом губитак својине (§§ 709 и 901). Онај у чију корист постоји налог може тражити повраћај ствари или поништај посла, сем ако трећа лица нису пуноважно прибавила односно право. Ако то лице не тражи поништај правног посла, исти остаје у важности. Код теретних уговора пак ограничење располагања има у случају повреде обавезе једино то за последицу, што се оное, у чију корист ограничење постоји, мора накнадити штета.

Грађански Законик српски нема никаквих прописа о овом питању. С обзиром на природу својине и на потребе саобраћаја изгледа да је најбоље усвојити немачки систем, по коме су искључиво облигаторна ограничења без стварно-правног дејства допуштена. За непокретна добра то је потребно примити због што јаснијих и чистијих баштинских односа. За покретности то је пак друштвена потреба. Отуда не треба допустити уписивање таквих ограничења у баштинске књиге — до у форми стварних права на туђој ствари. Ако би се ограничење заснивало на акту последње воље, оно би се могло остварити само преко нарочитог извршиоца тестамена, који би се о томе старао. Без извршиоца тестамена такво ограничење не би производило своје дејство.

Нарочити је случај ограничења код фидејикомисарног наслеђивања (§§ 465—468) о коме се говори у Наследном Праву.

4. С у с в о ј и н а.

Књижевност: Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigentum (1884); Stein-
ledner, Das Wesen der *juris communio* (1878); Eisele, Das Miteigentum (Archiv
für civ. Praxis, Bd. 64, S. 27 ff.); Diez, Die Lehre vom Miteigentum (1888); v. Seeler,
Die Lehre vom Miteigentum nach röm. R. (1896); Derselbe, Das Miteigentum nach
dem B. G. B. (1899); А. Ђорђевић, Сусвојина (сувласништво) или смесништво
(„Бранич“ 1906, стр. 1 и даље).

Из одредбе својине, да је она потпуна правна власт на једној одређеној ствари, изилази по себи да не може бити дво-

¹ Krainz-Pfaff, System I, § 201.

струке својине, својине два лица на истој ствари. Две својине на истој ствари се искључују. *Quorum in solidum dominium esse non posse* (l. 5 § 15 D. XIII, 6). У средњем веку постојао је међутим у Западној Европи па и у Србији институт *подељене својине*, т. ј. на једној истој ствари постојале су две својине са разним садржинама, и то једна зависна од друге. Најбољи пример пружа за то својина властелина на баштини (*Obereigentum*) и својина тежака на оном делу баштине, који је он сам обрађивао (*Untereigentum*). При томе је у својини властелина било поред приватно-правних овлашћења и елемената јавне власти. Данас таквих својинских облика нема више.¹

Ако не може бити двоструке својине, ништа не стоји на путу, да својина припада неколицини лица заједнички. У таквом случају говори се о *сусвојини* или *сувласништву*. Поједини сувласници одвојено посматрани имају само права на идеални део ствари. По појму свом сусвојина је генерална власт на целој ствари, али услед истородних права других сувласника та власт је ограничена на квоту, трећину, четвртину ствари и т. д. према броју сувласника. Квоте могу бити једнаке или неједнаке. У сумњи се узима да су једнаке. Код својине није ствар подељена већ право; али право није тако подељено, да су поједина овлашћења издвојена, па једно дато једном сувласнику, друго другоме и т. д. Деоба није извршена по врстама овлашћења, већ према обиму њиховом. При томе су нека овлашћења непосредно подељена, као овлашћење отуђивати или оптеретити свој део, док су друга само посредно подељена тиме што сваки сувласник мора и остале да пусти, да се користе стварју.

Сусвојина као правни однос заснива се или уговором о друштву или заједници, или и без уговора сувласника. Пример за ово друго пружа наследно право у случају кад два или више лица прибаве наслеђе као законски или тестаментални наследници. Исто тако кад једна ствар буде завештана неколицини.

Што се тиче правног односа између сувласника, тај је однос регулисан по начелу заједнице. Сваки сувласник има право на судржавину, на учешће у државини ствари. Сваки има самостално право употребе у колико се тиме не би искључивала употреба других сувласника. У употреби се врши подела према размери удела. Ако је према природи ствари могућа само др-

¹ Видети *Gierke*, Bd. II, S. 368 ff. Против установе подељене својине, али без навођења историјских разлога, устао је Виндшајд (*Pandekten* I § 169a).

жавина и употреба једног лица, онда се или овлашћује један да држи ствар за све, или се пак поједини сувласници ређају у употреби ствари. У случају неслоге по потреби ће суд то питање решити. Иначе кад год се истакне питање о начину употребе ствари, тада стоје отворена два пута: или да се тражи једногласност, пристанак свих сувласника, или пак да се допусти решавање већином гласова. У римском праву услед индивидуалистичког карактера својине и сусвојине владао је принцип, да при употреби заједничке ствари не решава ни величина удела, нити се пак може већином гласова да надгласа један сувласник. L. 28 D. X, 3: Sabinus ait, in re comuni neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potioem causam esse prohibentis constat. Модерно право пак код питања о обичној употреби ствари допушта решавање већином гласова (§ 833 аустриског, § 745 немачког, чл. 104 црногорског). Грађански Законик у § 215, где је реч о својини, није то питање расправио. Али у § 32 налази се упут за решење овог питања. И зато се може закључити да у српском праву у овом питању одлучује већина гласова. Већина се не рачуна по главама, већ по уделима (вид. чл. 104 црногорског законика, који то изречно прописује).

Плодови и приходи од ствари припадају заједнички свима сувласницима према размери њихових удела (§§ 23 и 24). Немачко право сматра, да у случају, кад се плодови прибављају одвајањем од плодноне ствари, сувласници постају сопственици плодова самим фактом одвајања, тако да један сувласник може тражити од другог свој део својинском тужбом, а не по тражбеном основу, као поверилац његов. Ово схватање је у духу сусвојине и њене природе, па се може примити и за српско право. Сваки сувласник има право да прибира плодове, заступајући при том и остале сувласнике, сем ако што друго није уговорено.

Исто тако сваки сувласник има самостално право на све државинске и својинске тужбе. То му право припада у погледу целе ствари, у колико уговором сувласника није што друго утврђено. Исто тако сваки сувласник може самостално предузимати све што је потребно ради одржања ствари. Он ту ради и за остале учеснике, који су дужни да му накнаде све учињене

трошкове. Трошкови и сви терети на ствари падају равномерно према величини удела на све сувласнике (§ 24).

За располагање целом ствари тражи се и у модерном праву као и у римском праву, пристанак свих сувласника. Принцип већине не примењује се код располагања стварју у целини. Али сваки сувласник може својим идеалним делом самостално да располаже, да га отуђи или оптерети, без обзира на то да ли су други сувласници са тим сагласни или не, сем у случају кад је што друго уговорено, кад је отуђење искључено или везано за услов или рок (отказ). У римском праву у случају отуђења једног сувласничког удела други сувласници нису имали право откупа. У црногорском праву (чл. 107) сваки сувласник има прече право куповине. Грађански Законик даје сувласницима прече право откупа само у случају кад је предмет смесе или заједнице једно непокретно добро (§ 670). Сваки сувласник има даље право на деобу (*actio communi dividundo*), под условом да се то право не врши у невреме или под околностима неповољним по остале сувласнике.

Римско право није знало ни за какве друге својинске облике сем својине и сусвојине. Све случајеве где је више лица имало заједничку правну власт на једној ствари, подводило је римско право или под појам сусвојине, или под појам својине једног *правног* лица, различног од збира чланова. Германска правна логика се и овде као и код одређивања појма индивидуалне својине одвојила од римске правне логике. Германско право је познавало разне врсте заједничке својине које су се и поред рецепције римског права одржале у животу. Германски тип заједничке својине је т. зв. *скупна својина* (*Gesamteigentum*). У питању о правном конструисању те скупне својине правници се нису слагали. Једино у чему су били сагласни, била је та основна идеја о *dominium plurium in solidum*, што значи, да се право појединих заједничара не ограничава на идеални део, већ се јавља као власт на ствари у целини. Тешкоћа да се јасно издвоји скупна својина од сусвојине, као и од индивидуалне својине правног лица, учинила је, да су романисти у 19 в. почели сасвим да одричу могућност постојања таквог облика заједничке својине.¹ Али су темељни радови новијих германиста, нарочито радови Гиркеа, главе германистичке правне науке, учинили да се рашчисте појмови и да се дефинитивно призна могућност по-

¹ Видети наводе код *Gierke*, II, S 378.

стојања заједничке својине *in solidum*. Немачки грађански законик од 1900 регулисао је извесне облике заједничке својине у духу германског права, тако да су те правне категорије данас дефинитивно признате и од романиста.¹

Сви облици германске сусвојине дају се по Гирке-у свести на два основна типа, према томе каква је природа оне заједнице, коју представљају сувласници у свом скупу. Једно је *скућна својина* (*Gesamteigentum*), а друго је *заједничка својина* (*Eigentumsgemeinschaft zur gesamten Hand*). Код прве заједничари су чланови једног правног лица, али својина припада њима, а не правном лицу. Код друге заједничари не стоје ни у каквој личној вези. Заједничка одлика оба типа састоји се у томе, што је више него код римске сусвојине истакнут моменат јединства и везаности. Док се код сусвојине удели појављују као сасвим самостална права и на крају крајева сматрају се као индивидуална својина, дотле се ове германске својине истичу као социјалне својине. Учесници су у скупу свом субјекат једне *неподеле* власти, тако да појединац не може слободно располагати ни својим идеалним делом.

Ови примери германских сусвојина показују, да ни сусвојина, као ни својина није логичка већ историска категорија, која се код разних народа разно развијала. И зато не треба сматрати да је сусвојина једини могући облик заједничке својине.

ПРИБАВЉАЊЕ СВОЈИНЕ.

У В О Д.

Прибављање својине врши се на разне начине. У већини случајева прибавилац постаје власником једне ствари, која је припадала већ некоме у својину. Економска добра су махом већ подељена међу појединце и промет добара састоји се у преласку права својине са једног лица на друго. Ствари које су већ имале господара, мењају тог господара. Овде се разликују две врсте прибављања. 1. Ново право својине заснива се на ранијем праву. Правно технички израз је *пренос* својине, ступање у исто право од стране новог сопственика. 2. Други је случај кад ново право постаје без обзира на право претходника, дакле без преноса од стране досадашњег сопственика, сасвим самостално.

¹ Joerges, Miteigentum und gesamte Hand (Zeitschrift f. d. g. Handelsrecht, XLIX, S. 110 ff.

Код тог прибављања нема сукцесије између права ранијег и садашњег сопственика.

Први случај појављује се даље у два облика: а) кад сопственик својом вољом преноси својину на неко друго лице; и б) кад тај пренос бива мимо воље власникове, на основу закона, као у наследном праву. Што се тиче друге групе, где се својина прибавља самостално и независно од права претходниковог, ту су најважнији начини прибављања *одржај (узукација)* и *преграда* и *смеша* туђих ствари.

Поред тих ствари, које већ имају свог господара, има доста економских добара, која не припадају никоме, и која зато нису искључена из промета. Право својине на тим ничијим стварима заснива се и данас *окупацијом* или простим *заузимањем* од стране неког лица.

Економски и правни промет није ограничен међутим само на ствари, које постоје у једном одређеном моменту. Има много ствари, које постају сваког тренутка, било радом људским, било органским путем. За оне прве може се поставити правило, да оне у начелу припадају оном лицу, које их је израдило, под претпоставком да је и материјал био његова својина. За ствари пак, које су органски производ других ствари, општи је принцип, да оне припадају господару главне ствари.

У место ове поделе ранија доктрина је чинила разлику између *оригинарног* и *деривативног* прибављања, према томе да ли је прибавилац заснивао право својине независно од права свог претходника — било да је то право постојало, било да га у опште није било зато што ствар дотле није била ни у чијој својини — или је пак право својине доводио од права свога претходника. Деривативно прибављање би било у случају преноса својине уговором. Оригинарно је пак прибављање окупацијом. Ово разликовање је данас у главном напуштено, пошто има за мерило једно уско гледиште, које не може да обухвати све случајеве прибављања својине.¹

У питању којим редом треба излагати поједине начине прибављања својине не слажу се писци и зато је ред излагања код свакога друкчији. Са практичног гледишта изгледа да је најбољи ред излагања по важности појединих начина прибав-

¹ А. Ђорђевић предлаже ту деобу и по њој намерава да изложи поједине случајеве прибављања у свом недовршеном Систему (в. чланак његов: Прибављање својине по нашем Грађанском Законнику, *Архив*, I, стр. 24).

љања за правни промет, и зато ће се овде у главном тај ред усвојити. Са тог гледишта сви начини прибављања, од којих неки важе само за покретне ствари, могу се поделити у две групе. У прву групу долази најважнији и најчешћи случај *преноса својине вољом досадашњег сопственика*, или пренос својине на основу уговора између преносиоца и прибавиоца. Сви остали случајеви су мање важни и биће изложени после овог првог случаја, без обзира на неки нови нарочити ред.

I. ПРИБАВЉАЊЕ СВОЈИНЕ ВОЉОМ ДОСАДАШЊЕГ СОПСТВЕНИКА (УГОВОРНО ПРИБАВЉАЊЕ).

У опште о уговорном прибављању.

Прибављање својине на некој ствари вољом досадашњег сопственика бива на основу уговора о отуђењу или преносу својине. Преносилац А и прибавилац Б утврђују својим споразумом, да ће ствар прећи из својине лица А у својину лица Б. За те уговоре о преносу својине постоје у модерном праву нарочита правила у погледу покретних ствари, а нарочита у погледу непокретних. У римском праву није се чинило то разликовање: и покретне и непокретне ствари прибављале су се на исти начин.

Грађански Законик поставио је особена правила за покретне а особена за непокретне ствари, али он садржи и неке опште принципе, који важе за прибављање и једних и других ствари. Такав један општи принцип изречен је на пример у § 226, који за свако прибављање тражи *пуноважан основ и законски начин прибављања*. Тај пропис је ушао из пандектног права у аустриски грађански законик, а одатле у српско право, као последица схватања, да је за пренос својине потребан прво извесан правни основ — *titulus* — који је био или правни посао између странака, или судска одлука, или пак сам законски пропис (§ 286); и друго, да постоји нарочити *modus* или начин прибављања својине, т. ј. извесна радња којом се на основу *titulus*-а заснивала својина: васпостављао се онај однос између лица и ствари — власт — који одговара праву својине.

Ова теорија, која се примењивала на прибављање свих стварних права, била је зато опште примљена, што је стајала у сагласности са обичним назорима о преносу својине, а изгледало је да на прост и лак начин објашњава прелазак права с једног

лица на друго. Право својине да пређе на друго лице треба да постоји неки нарочити разлог. Он лежи у основу. Фактички пренос врши се пак тек *modus*-ом. Тај *modus acquirendi* била је у пандектном праву и за покретне и непокретне ствари *предаја* или *традиција* ствари.

Ово схватање је међутим данас напуштено, пошто не одговара више потребама правног саобраћаја. Правна техника мора у првом реду да се прилагоди тим потребама, и зато она може да допусти прибављање својине и осталих стварних права независно од постојања пуноважног правног основа, само ако се утврди да је такво оступање у интересу правног саобраћаја и да га због користи, коју ће од њега имати промет добара, треба усвојити. Исти разлози могу се истицати и у погледу оступања од начина прибављања (*modus acquirendi*). Према томе у суштини је ово једно питање правно-техничко, питање целисходности, тако да се не може догматички утврдити који је систем оправданији и бољи. Да у одвајању основа прибављања од начина прибављања нема ничега чудноватог види се и по томе, што је и само римско право код уговора закључених у форми *stipulatio* и *iniure cessio* допуштало апстрактно прибављање без навођења правног основа. Исто тако и напуштање начина прибављања није ни мало необично, јер има случајева где је потребно прибављање својине независно од ма каквог модуса (на пример у наследном праву).

Напуштајући ову теорију модерно право се у главном руководи разлозима корисности. Много је теже и компликованије захтевати за пренос својине *два* услова, него само један. После тога основ прибављања је обично скривен, невидљив и и зато је боље баш у интересу саобраћаја гледати на оно што је конкретно и што се може опазити. Сигурност саобраћаја захтева, да се извесни моменти, који су непознати прибавиоцу, не обрну на његову штету, и зато је целисходно некада не водити рачуна о основу прибављања. С друге стране пак има случајева, где је *modus acquirendi* излишан, где се не тражи нарочити начин стицања.

Немачко право нарочито је тежило за тим да пренос права удеси према потребама развијеног економског саобраћаја. Тако је прво у Пруској законом од 5. маја 1872 усвојено начело, да се код непокретних ствари пренос својине врши на основу апстрактног правног посла и уписа у баштинске књиге, без обзира

на правни основ прибављања, било да тог основа у опште нема, било да није пуноважан. Ако би се утврдило да нема основа прибављања, прибавилац ипак остаје сопствеником добра. Препосилац може да тражи само накнаду штете од прибавиоца, или пак повраћај неправедног обogaћења, и то једном чисто личном тужбом. Немачки грађански законик од 1900 усвојио је тај исти принцип за сва стварна права на непокретностима. Прибављање стварних права, нарочито права својине врши се на основу једног апстрактног уговора [(dinglicher Vertrag), у коме се и не помиње основ прибављања. Важност уговора о преносу не зависи од тога, што су стране имале у виду различне правне основе или што основ, који су оне претпостављале, није постојао или иначе није важио. Преносилац је могао у случају преноса без основа да тражи накнаду штете, као и по пруском закону од 1872. Али ако би тај апстрактни уговор био сам по себи ништаван или рушљив, поништај његов утицао би и на пренос својине који би морао пасти, јер тада не би у опште било уговора о преносу. Међутим трећи савесни прибавиоци су и у оваком случају заштићени (В. о томе ниже).

Док је теорија начисто с тим, да учење о *titulus*-у и *modus*-у није ништа друго, до један нарочити систем, који има чисто релативну вредност за неразвијена права, докле је немачко право изречно напустило то схватање, старији законици се њега још држе. У аустриској правној доктрини је потпуно напуштена теорија о титулусу и модусу,¹ наравно у колико је то могуће с обзиром на изречни пропис у § 380: „Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigentumsrecht erlangt werden.“ Исто тако и српско право има у § 226 пропис, да се за свако прибављање ствари тражи пуноважан основ и законски начин, док српски правници одбацују теорију о титулусу и модусу.² И зато што постоји законски пропис, о њему се мора водити рачуна, тако да се може поставити као начело српског права, да без правног основа не може бити ни пуноважног прибављања својине. Али ово начело треба онако разумети, како га и велика већина пандектиста разуме, наиме да је довољан и формални основ (престава о основу), па да прибављање буде пуноважно. Према томе заблуда не би имала утицаја на само прибављање својине. Она би једино давала право на накнаду по тражбеном основу.³

¹ Krainz — Pfaff, System, Bd. I, S. 586; Stubenrauch, Kommentar (VIII Aufl.) I, S. 477.

² Против те теорије је А. Ђорђевић, у напред наведеном чланку.

³ Dernburg, Pandekten I, § 213.

А) ПРИБАВЉАЊЕ СВОЈИНЕ НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА.

Књижевности: *Exner*, Der Rechtserwerb durch Tradition (1867); *Geller*, Der Eigentumserwerb durch Vertrag (Oesterreichisches Zentralblatt, I S. 369 ff.); *Thur.* Der Eigentumserwerb an Mobilien nach B. G. B. verglichen mit dem Rechte des Code Civil (Zeitschrift für französisches Zivilrecht, Bd. 30, Heft 3); *Fuld*, Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht (Archiv für ziv. Praxis, Bd. 89, S. 402).

1. О условима прибављања у опште.

Грађански Законик је код прибављања својине на покретним стварима потпуно усвојио теорију римског и пандектног права о титулусу и модусу. Као што је познато, римско право је прописивало, да за прибављање својине није довољан споразум странака, уговор о преносу између преносиоца и прибавиоца, већ је потребно да се ствар преда прибавиоцу у државину. *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (l. 2, C. II, 3). Грађански Законик садржи у истом том смислу прописе у §§ 285 и 288. Први гласи: „Ствари оне, које већ имају господара, могу се прибавити, кад законом начином од једног пређу на другог и овоме се предају“. А други гласи: „Ово бива, кад два или више њих међу собом уговор учине, или кад ко наредбу учини на случај смрти, или кад судија тако реши или кад закон сам тако определи“. Оба прописа треба довести у везу са § 226, који за свако прибављање тражи пуноважан основ и законски начин прибављања. Из тих одредаба се види да за прибављање својине на покретним стварима постоје два општа услова: *уговор странака* и *предаја ствари*. Тек стицај оба та услова има за последицу прибављање својине. Док нема уговора, и то пуноважног уговора, дотле не може бити речи о преносу својине, макар да је ствар и предата. Сама предаја или традиција ствари не заснива право својине. Тако, ако би неко у заблуди предао ствар другом неком лицу, а не свом сауговорачу, и ово је примило, ипак нема преноса својине. Преносилац и поред тога остаје сопствеником, као што опет прималац ствари не прибавља исту у својину, ма да му је ствар предата. Према томе погрешно је говорити о прибављању ствари предајом. Сама предаја, ако преносилац и прибавилац нису сагласни, да ствар има да пређе у својину прибавиоцеву, нема за последицу пренос својине. С друге стране без предаје ствари прибавиоцу нема преноса својине. Сам уговор није у стању да изврши пренос својине.

2. Поједини услови прибављања.

а) Уговор или споразум странака.

Постојање уговора или споразума странака као нарочитог услова прибављања последица је опште теорије о титулусу и модусу, која је била примљени и у иностраном праву и која се тек у последње време напушта нарочито код преноса непокретних ствари. Српско право у том погледу није ни мало карактеристично. Интересантнији је српски систем у другој једној тачци, наиме у томе што не допушта пренос својине ни на основу самог уговора, већ тражи и предају ствари. Сам уговор заснива једино обавезе странака, дакле чисто тражбене односе. Све до извршења предаја прималац остаје сопствеником ствари. Наравно да је у случају таквог располагања, којим би се отежало или сасвим осујетило извршење обавезе према прибавиоцу, преносилац био дужан надокнадити штету коју би прибавилац услед тога претрпео. Али би оно располагање од стране преносиоца остало у важности, пошто је он био и даље сопственик, па је могао са ствари да располаже.

Систем српског права у овом питању постоји и у аустријском и немачком праву. Француско право стоји међутим на другом гледишту. У француском праву споразум странака не само да заснива обавезе, већ и непосредно преноси право својине. Члан 1138 гласи: „L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée“.

Овај прелаз к новом систему није се извршио путем законодавне реформе, већ је резултат једног дугог и лаганог развојка. Предаја која је и у француском праву раније била потребна, постепено се упрошћавала, док се није дошло дотле, да се сасвим изостави. Промена се извршила под утицајем правних филозофа из 18. века Хуга Гроција и Пуфендорфа, који су заступали мишљење, да ако је традиција, тај материјални акт, потребна за прибављање државине, која је фактичко стање, сама својина, која је нешто интелектуално, један морални феномен, може слободно да пређе од једног лица на друго самим споразумом странака.¹

Ово мишљење доиста изгледа да је тачније са гледишта

¹ *Planiol*, t. I, p. 806.

правне логике. А и у практичном животу оно се одобрава. Јер кад неко купи једну одређену покретну ствар и плати је, изгледа чудновато да још није постао сопствеником, већ има само тражбено право према продавцу. Систем француски заснива право својине на сагласности странака, на уговору, што је са гледишта правне логике потпуно правилно. Класични или римски систем, који је усвојен у српском праву, међутим је практичнији. По њему се сматра, да право својине без *власти на ствари* није оно, што се обично назива својином и зато се тражи и предаја ствари. Али римски систем може се и догматички бранити. Право својине је однос лица према ствари, дакле однос који изражава потчињеност једног материјалног предмета човечијој вољи. Зато је потребно да се тај однос и оствари, да се он на неки начин испољи, да постане видљивим. Само изузетно је тај однос чисто апстрактан, где се ни по чему не види да је ствар у власти једног лица. Али ти изузеци не треба да се претворе у правило.

Докле питање о томе који је систем логичнији, да ли француски, по коме се самим уговором заснива својина, или пак римски, по коме је осим уговора потребно и реализање оне власти која одговара својини — може још бити дискутовано, дотле је са практичног гледишта несумњиво, да је класични систем бољи. За промет добара је врло важна ствар, да се сопственик може и да легитимира на неки начин, а како ће он да се легитимира кад нема ствари? Француски систем води томе, да се услед честих преноса многа лица налазе у државини ствари које им не припадају и да због лаког искушења могу те ствари да отуђе и тиме створе пометњу у односима. Ово се уочило и у Француској и зато је начело, да се својина преноси самим споразумом странака, морало бити ублажено и ослабљено принципом: *En fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279). По том принципу прибавилац покретне ствари постаје сопствеником чим му ствар буде предата, макар преносилац и не био сопственик. Прибавилац треба само да је савесан био, да није знао, да је преносилац несопственик. Правило ово из art. 2279 никако се не слаже са напред поменутиим начелом из art. 1138, да се својина прибавља самим споразумом странака. Јер ако продавац са једним лицем закључи уговор о продаји ствари, не предавши му ствар, па затим закључи сличан уговор са другим лицем и преда му ствар, онда су оба та лица постала сопственици, један на основу чл. 1138, а други на основу чл. 2279. Да би оваке

сукобе отклонио, француски законик је донео треће правило у чл. 1141, у коме је дао превагу начелу: *En fait de meubles possession vaut titre*. Према чл. 1141, ако би једна ствар сукцесивно била обеланана двама лицима, онда ће оно бити сопственик, коме је прво ствар предана, без обзира на то који је уговор о преносу раније закључен. Како се има схватити ово оступање од принципа изреченог у чл. 1138, да се својина прибавља самим уговором? Многи француски правници дају ово објашњење: Код прибављања својине треба чинити разлику између дејства уговора у односу странака и према трећим лицима. Сам уговор преноси својину једино између странака уговорница. У односима странака и трећих лица својина се прибавља тек традицијом или предајом ствари. Али ово разликовање није ни мало логично ни оправдано. Оно доводи дотле, да је први уговорач на основу уговора постао или неки непотпуни сопственик, или да у опште није постао сопствеником. А то се противи праву својине и његовој природи, јер се својина не може тако делити. Ако је прибавилац постао власником самим уговором, онда је он потпуни власник према *сви*ма лицима. Пропис чл. 1138 је изречан у том смислу и зато треба на други неки начин објаснити горње оступање. То друго логичније објашњење даје Planiol,¹ који истиче да је први уговорач доиста постао потпуним власником ствари на основу самог уговора о прибављању. Што други уговарач, коме је ствар и предата, бива претпостављен, разлог лежи у правилу француског права (чл. 2279), да се традицијом прибавља својина и онда, кад траденс није сопственик ствари, а то је баш овде случај. Јер чим је продавац закључио први уговор о продаји, самим тим престао је бити власником ствари. Он није више могао отуђити ствар самим уговором, али је могао то учинити посредним путем, традицијом ствари у вези са уговором, под условом да је прибавилац био савесан.

Као што се види, и француско право је у интересу промета дало традицији или предаји код покретних ствари готово исти значај, који она има у правима што су усвојила римски систем. Разлика постоји само у питању о међусобним односима странака, који су у француском праву друкчије регулисани него у српском и аустриском праву.

Питање само о тачном моменту кад се врши прелазак својине с једног лица на друго, има практичног значаја у стечају

¹ *op. cit.* t. I, p. 809.

једног од учесника, као и онда, кад ствар буде случајно оштећена или пак и сасвим пропадне у међувремену од закључења уговора о преносу својине па до саме предаје. Ако у том међувремену продавац падне под стечај, ствар улази у стечајну имовинску масу, ако је још његова. Иначе, ако то није случај, онда купац има право да тражи издвајање ствари из стечајне масе. Што се тиче оштећења или уништења ствари, штету отуда има да сноси оно лице, коме је ствар припадала у моменту оштећења, према принципу *res perit domino*. У француском праву ствар је прибавиочева од момента закључења уговора и према томе сав ризик од оштећења или пропасти ствари сноси сам прибавилац (art. 1138 in fine). Али интересантно је, да се римско право из непознатих разлога овде показало недоследно. Ма да је продавац остајао и даље сопствеником све до предаје ствари, ипак је ризик лежао на купцу према начелу *res perit ei cui debetur*.¹ Решење нелогично с обзиром на горње правило о моменту преласка својине. И ако није постао сопствеником купац је у случају оштећења или пропасти ствари пре предаје морао ту штету сам да сноси. Продавац је задржавао право на цену и купац је морао исту платити, само ако је предмет куповине била једна индивидуално одређена ствар.

Модерна права, која су усвојила римски систем, исправила су ту нелогичност, прописавши да ризик сноси купац тек од момента предаје ствари, т. ј. од момента кад је постао сопствеником. Пре тога момента опасност лежи на продавцу. Али модерно право је ублажило и обавезу продавчеву тиме што је у случају случајне пропасти ствари ризик донекле поделило, јер је обе стране ослободило од обавеза. У случају пак делимичне пропасти ствари наступа сразмерно умањење обавеза друге стране. Тако је у немачком праву (§§ 323, 446, 447) а тако је и у српском праву (§§ 636 и 638 у вези са § 658).

Иста разлика у погледу класичног римског система, који је усвојило српско право, и француског система постоји и у погледу плодова као и свих других користи, које ствар доноси. Ти плодови и користи припадају прибавиоцу у француском праву од момента закључења уговора, у српском праву пак тек од момента извршења традиције или предаје ствари (§ 638).

¹ *Sohm, Institutionen, (XI Aufl.) S. 397.*

б) Традиција или предаја ствари.

Што се тиче предаје ствари, тог материјалног акта који чини прибавиоца сопствеником, Грађански Законик њу сматра као форму у којој се испољава, конкретизира воља странака да изврше пренос својине. Према томе да би предаја имала за последицу прелазак својине на примаоца ствари, потребно је да је она извршена баш у намери да се ствар пренесе. Обична материјална предаја, без таквог израженог смера, или и са противним циљем, не повлачи за собом пренос својине. То је т. зв. *nuda traditio*, којом се постиже други какав правнозначајни резултат.

О начину предаје постоје нарочити прописи у §§ 287—291. Грађански Законик предвиђа на првом месту нормални и редовни случај предаје из руке у руку. „Оне покретне ствари које се предати и узети могу, прелазе на другог онда, кад се из руке у руку другом предаду“ (§ 287). То је по терминологији пандектног права *traditio vera* или *права* предаја. Пропис § 287 у толико је незгодно стилизован, што говори о оним покретним стварима, које се предати и узети могу, тако да изгледа да има покретних ствари, које се не могу на тај начин предати. Законик овде мисли на ствари које се обично из руке у руку предају и које су мањег обима и мање тежине. За оне покретне ствари, код којих та телесна предаја из руке у руку није целисходна, постоји нарочита предаја каквим знаком. „Оне пак покретне ствари, које се не могу из руке у руку предати, као што су дугови, товари велики, дувански еспап, предају се знаком каквим, као што су писмени докази, кључеви од дућана или магаци“ (§ 288). Ово је *симболичка* предаја — *traditio symbolica*. У § 288 помиње се пренос *дугова* предајом писмених доказа. Овде се мисли на папире од вредности (в. § 866), а не на сва тражбена права, јер за пренос тражбених права вреди особена правила. Оба прописа о правој и симболичкој предаји могу се свести на једно опште правило: да се предаја врши стављањем прибавиоца у могућност да врши фактичку власт на ствари. Чим се ствар доведе у такав положај према лицу, или обратно, чим се лице стави у такав положај према ствари, да је остварење фактичке власти или државине могуће, сматра се да је ствар предана. Новији законици, као на пример немачки, постављају само тај општи принцип, не одређујући изближе начин, како се врши предаја, односно како се државина при-

бавља. У српском праву треба прописе §§ 287 и 288 сматрати само као примере, а иначе се управљати по општем правилу, да је предаја извршена чим је прибавиоцу дата могућност да врши фактичку власт на ствари.

Један нарочити случај предаје предвиђен је у § 290, кад се ствар има послати прибавиоцу. По правилу и тада се сматра да је прибавилац постао сопствеником од момента фактичке предаје, т.ј. од момента кад је ствар приспеле у место опредељења и била предата примаоцу. Тек изузетно, ако је прималац наредио, како да му се ствар пошље, узима се да је прешла у у тренутку предаје оном лицу или заводу (возару, пошти, жељезници) које има ствар да пренесе и преда примаоцу. Од тог тренутка прималац сноси и ризик ствари, тако да ако ствар случајно пропадне на путу његова ће штета бити. Он ће морати цену да плати, а ако је платио, не може је тражити натраг. Разуме се да је ово диспозитиван пропис и да странке могу својим споразумом ово питање и друкчије регулисати.

3. Прибављање својине без предаје ствари.

И ако је Грађански Законик поставио начело, да се својина на непокретним стварима не може прибавити без традиције или предаје ствари, ипак је у два случаја оступио од тог принципа допустивши пренос својине и без предаје. У те случајеве не треба убрајати и напред поменуто прибављање у смислу § 290, јер и ако се ту не предаје ствар од стране преносиоца прибавиоцу, она се предаје једном поверенику прибавиоцем — пошти, жељезници — тако да се може сматрати као да је и самом прибавиоцу била предата. Случајеви где се врши пренос својине без икакве предаје познати су под именом *constitutum possessorium* и *traditio brevi manu*. Оба ова случаја прибављања подводило је пандектно право такође под појам предаје, називајући такву предају *предаја изјавом воље*, ма да су та два појма, предаја и изјава парадокси. Изјава није што и предаја, па се не може ни заменити једна другом. Аустриски законик примио је из пандектног права ту технику, јер у § 428 стоји: *Durch Erklärung wird die Sache übergeben.....*. Српски § 289, који одговара аустриском § 428, у толико је боље редигован што говори о преносу својине изјавом, а не о предаји својине изјавом. Тај пропис треба разумети, да се прибављање својине врши и без традиције, чим се учини изјава о преносу. Традиција је у оба та случаја излишна.

а) Први случај преноса својине и без предаје ствари, познат под именом *constitutum possessorium*, постоји онда, кад досадањи сопственик отуђи ствар, али једновременно закључи са прибавиоцем такав уговор, на основу кога ће он и даље држати ствар, али као туђу, као прибавиочеву. „Покретна ствар прелази на другога и онда кад онај који је пре ствар какву у своје име као своју сопствену држао, изјасни се савршено, да ће унапредак у име другога, који ствар исту прима, држати (§ 289)“. На пример, лице А прода једну књигу лицу Б, али у исто време закључи са Б уговор о послузи, т. ј. споразуме се са Б да задржи књигу и послужи се њоме још за неко време. У таквом случају захтевати предају књиге од стране А лицу Б, и онда поповно давање књиге на послугу од стране Б лицу А, било би сасвим бесмислено. Предаја је овде излишна и зато отпада. Правна теорија не може да натера појединце, да врше једну радњу која нема смисла. Зато је и прописано, да у таквом случају предаја није потребна и да прибавилац постаје сопствеником и без предаје ствари. Пандектно право хтело је да остане бар по форми доследно свом принципу, да без предаје не може бити преноса својине, и зато је сматрало, да и у овом случају постоји предаја, и то предаја *изјавом* воље. Ту идеју као сасвим неумесну треба одбацити и узети да се у случају *constitutum possessorium*-а прибављање својине врши и без предаје, као што то фактички и бива.

б) Други случај, т. зв. *traditio brevi manu* наступа онда кад прибавилац већ држи ствар у својим рукама, али у туђе име, као детентор, па са власником ствари закључи уговор о прибављању својине. У таквом случају прелази својина на основу самог уговора и у моменту његовог закључења, пошто је државина већ остварена у личности прибавиоцевој. Предаја је овде сасвим излишна. Кад би се и предаја тражила морао би преносилац као сопственик прво да тражи ствар натраг од прибавиоца као детентора и то по својинском основу. Затим би преносилац том истом прибавиоцу предао ствар у намери да пренесе својину. Неумесност оваког захтева била би очигледна и нико се томе у осталом не би ни повиновао. Кад прибавилац већ има ствар у својим рукама, онда предаја сама по себи отпада. Али и овде је пандектно право узимало, да постоји нека тренутна предаја, само да би општи принцип о преносу својине остао недирнут. Данашња правна наука нема никаква разлога

да то чини и зато ваља нагласити да у случају названом *traditio brevi manu* пренос својине бива на основу самог уговора.

Грађански Законик у § 288 не садржи одредбе о овом прибављању, и ако његов изворник аустриски § 428 говори и о претходном и овом случају. При свем том *traditio brevi manu* примењује се и у српском праву, пошто је у сагласности са општим принципима из §§ 285 и 286.

в) У немачком праву познат је још један случај преноса својина без предаје ствари, кад преносилац нема државину ствари, па је према томе не може ни да уступи прибавиоцу. У таквом случају прибавилац се задовољава преносом права на повраћај ствари (*Herausgabe des Eigenthumsanspruchs*) који је пренос по закону изједначен са преносом својине (§ 931). Овај случај прибављања својине има нарочито примене у трговачком праву, где се својином на папиру прибавља својина на ствари, као код еспапнице и коносмана у поморском праву. Грађанском Законику није познат овај начин прибављања својине.

4. Прибављање својине од несопственика ствари.

Књижевност: *Wendt*, *Erwerb von einem Nichtberechtigten* (*Archiv für zivilistische Praxis*, Bd. 98, S. 1 ff.; *Regelsberger*, *Der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten* (*Jahrb. f. d. Dogmatik*, Bd. 47, S. 339); *Борђе Поповић-Пфаф*, Једно питање из приватног права (*Архив* IX, стр. 104); *П. М. Јовановић*, Прибављање покретних ствари у својину по § 221 Грађанског Законика („Архив“ XII, стр. 468).

Напред изложено начело, да се својина на покретним стварима прибавља стицајем два момента: уговором о преносу и предајом ствари, претпоставља нормални случај, да је преносилац сопственик ствари и да он у том својству отуђује ствар. Ако преносилац није сопственик, онда ни прибавилац није добио својину на ствари, макар да му је ствар и предата. У § 291 говори се о *господару* ствари. Коме господар уступи ствар, тај стиче својину на ствари. Ово је последица основног начела приватног права, да ко сам што нема, не може ни на другог пренети (§ 29).

И ако је овај принцип и логичан и у суштини правичан, ипак он у пракси не даје увек повољне резултате. Разлог за то лежи у тешкоћи, да се сопственик једне покретне ствари легитимира. Трећа лица кад преговарају са неким који има ствар у својим рукама, не могу знати да ли је тај доиста и сопственик. Има много случајева, где се једна ствар било вољом самог господара, било против његове воље налази у туђим рукама.

Ако тај држалац отуђи ствар и преда је прибавиоцу, онда ће доследно примењивање начела: *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*, довести до тога, да ће прибавилац без своје кривице бити оштећен, јер ће морати ствар да врати сопственику. Често пута ће бити кривица до самог сопственика што се раније није постарао да поврати ствар, већ је допустио да она пређе и у треће руке, па после та трећа лица трпе штету услед евикције, ма да су били и брижљиви и савесни приликом прибављања.

Ово начело је српско право примило преко аустриског права из римског права, које се строго држало тог правила. Германско право је међутим правило разлику између вољног губитка ствари и губитка против воље власникове. У првом случају, кад је власник својевољно уступио ствар неком у државину ма по ком правном основу, германско право је поставило принцип: *Hand muss Hand wahren*, т. ј. ако би тај детентор злоупотребом поверења ствар отуђио и предао, сопственик се прво имао обратити на њега и од њега тражити накнаду. *Wo du deinen Glauben gelassen hast, da musst du ihn suchen*. Од трећих лица, која би *bona fide* прибавила ствар од тог повереника, сопственик је није могао виндицирати. Она су пуноважно прибављала својину. У другом пак случају, кад је ствар одузета власнику противправним путем, он је имао право на повраћај, ма у чијим се рукама ствар налазила.

Идеје германског права су се услед рецепције римског права морале да повуку, и ако су у практичном животу давале боље резултате него римско право. Али те су идеје примљене у француском праву, које је само делимично било под утицајем римског права. У старијем француском праву пре Грађанског Законика од 1804 почела се правити она разлика између вољног губитка ствари и губитка против воље господарове. Ако би сопственик сам неком поверио ствар, па би повереник ту ствар отуђио, онда би у таквом случају злоупотребе (*l'abus de confiance*) трећи савесни прибавиоци пуноважно стицали право својине на ствари. Ако је пак сопственик изгубио ствар против своје воље (ствар је украђена, отета или иначе изгубљена) нису могла ни савесна лица прибавити својину на таквој ствари предајом. Француски грађански законик примио је ове идеје и још више их је проширио, прописујући, да се у начелу својина на покретним стварима прибавља *предајом* ствари без обзира на

то, да ли је сопственик преносилац или не, само ако је прибавилац савесан, т. ј. ако не зна, да преносилац није сопственик. То је смисао и принципа из чл. 2279: *En fait de meubles possession vaut titre*. Док је раније прибављање од несопственика било изузетна појава, тако да је прибавилац морао да доказује постојање претпоставака, под којима је то прибављање могуће, дотле је сад прибављање и од несопственика постало опште правило. Само у погледу ствари које су сопственику против његове воље одузете, остало је у важности правило римског права, с тим да сопственик у сваком конкретном случају докаже, да су му ствари на тај начин нестале. Али је прибавилац имао право на повраћај цене у смислу чл. 2280.

Француски систем примљен је и у новијем немачком праву. Прво је унет у општи немачки трговачки законик од 1861, па затим и у грађански законик од 1900. По данашњем немачком праву покретне ствари се могу прибавити и од несопственика под овим условима: а) уговор о преносу; б) предаја ствари и в) савесност прибавиоца у моменту прибављања. Пренос својине не наступа изузетно у случају, кад је ствар нестала сопственику против његове воље, што он мора наравно да докаже. Што се тиче новца, папира који гласе на доносиоца и оних ствари, што су купљене на јавној продаји, за њих тај изузетак не вреди. Немачко право не чини разлику између теретних и добротинних уговора и допушта код обе врсте уговора пренос својине под горњим условима. Само ко прибави право својине од несопственика једним добротинним уговором дужан је дати накнаду штете правом сопственику у мери свом обогаћења (§ 816).

Српско право је остало при римском систему, али је тај систем на други начин ублажен. На првом месту прописано је у § 204, да сваки савесни држалац има у случају одузимања ствари право на накнаду цене. То истина није потпуни еквивалент за одузимање ствари, али је у суштини велика заштита од оштећења. На другом месту Грађански Законик је предвидео *три* случаја, у којима се прибавља пуноважно својина и од несопственика. О њима се говори у § 221. Сва три изузетка тичу се прибављања ствари на основу уговора о куповини и продаји. Ти су изузетци лимитативно побројани и не могу се примењивати аналогично на друге сличне случајеве. а) Први изузетак постоји у случају кад је ствар купљена на јавној продаји. Прибавилац постаје тада пуноважним сопствеником, ма да лице,

које је приликом продаје означено као сопственик ствари, у ствари то није. Овај изузетак је донет у интересу ауторитета, који јавне продаје треба да имају. б) На другом месту у интересу безбедности трговачког промета прописано је, да ко прибави од трговца или занатлије такве ствари, којима они обично тргују, односно које они обично справљају, прибавља својину пуноважно, без обзира на то да ли је преносилац сопственик или не. в) Трећи изузетак односи се на случај кад је прибавилац добио ствар од онога, коме је господар ма по ком основу ту ствар поверио, на послугу, на оставу, у залогу, тако да купац није могао ништа зло помислити. Како је стилизован § 221 изгледало би да се тражи у овом трећем случају, да је прибавилац знао да преносилац држи ствар као туђу, али да је мислио да он има овлашћење да је прода. У ствари Грађански Законик је овде усвојио правило германског права, да се пуноважно прибавља ствар од несопственика, ако је само господар ствари својевољно исту поверио неком лицу, па је ово доцније отуђи.

У сва три случаја главни је и битни захтев, да је прибавилац био *савесан*, т. ј. да није знао да купује туђу ствар, односно да купује ствар од некога, који нема власт располагања са ствари. Савесност се тражи и у случају јавне продаје (в. § 506 Г. С. П.).

Немачко право је сасвим уместо прописало, да за новац, који као опште мерило вредности и средство за размену не може да се изједначи са осталим економским добрима, важи у сваком случају правило да се својина прибавља предајом, био преносилац сопственик или не, само ако је прибавилац савесан. Српско право не прави ту разлику између новца и осталих покретних ствари, као што се види из § 221, који у опште говори о покретним стварима, а још боље из законодавног решења од 28-III-1849 (Зборник V, стр. 19) у коме изречно стоји, да се код питања о прибављању својине новац равна са осталим покретним стварима.

Пошто Грађански Законик допушта у два случаја прибављање својине и без предаје, питање је, да ли се и од несопственика може прибавити својина без предаје, наравно под истим условима под којима се прибавља и са предајом, т. ј. под условима из § 221. Да ли и у случају из § 221 може бити примене *traditio brevi manu* и *constitutum possessorium*? Пошто Грађански Законик не говори изречно, сумњиво је питање да ли је то до-

пуштено. У обзир долазе само случајеви под б) и в), јер први случај нема практичног значаја. Немачко право допушта *traditio brevi manu*, а не допушта *constitutum possessorium*, бојећи се злоупотреба. Српско право има много ужи обим примене прибављања од несопственика, пошто је то изузетно прибављање и изгледа правилније сматрати и *traditio brevi manu* и *constitutum possessorium* као допуштене начине прибављања и у случају § 221.

5. Неприбављање својине и поред предаје.

(*Pactum reservati dominii*).

Књижевност: Thorsdt, *Das pactum reservati dominii* (1875); Dr. Драгољуб Аранђеловић, О задржавању права својине од стране продавца на продатој ствари („Архив“ IV, стр. 536); Bade, *Ueber Bedeutung und Wirksamkeit des pactum reservati dominii* (1899).

И ако је правило, да се својина на покретностима прибављачим се остваре два услова: споразум странака и предаја ствари, ипак има један случај, где не наступа пренос својине, ма да је ствар предата прибавиоцу. То је случај кад странке уговоре, да ће својина на ствари и даље остати код преносиоца. Такви уговори су чести код куповине и продаје покретних ствари, које скупо коштају и зато се обично не исплаћују одмах, већ тек по истеку извесног времена. У таквом случају продавац обично задржава право својине на продатој ствари све до исплате цене. Овакав споразум познат је под именом *pactum reservati dominii*. Правна природа оваких споразума не схвата се подједнако. Једни правници сматрају, да прибавилац постаје власником одмах, али да продавац стиче заложно право на ствари за обезбеду цене, и то заложно право без државине ствари. Ово мишљење није усвојено. Данас претеже мишљење, да *pactum reservati dominii* преставља услов један, и то одложни услов. Прибавилац стиче својину тек са остварењем услова. Пре тога он је само држалац, и има овлашћења, која и држалац. Сви правни односи регулишу се по правилима, која су изложена у Општем Делу код условних послова. Аранђеловић сматра да није условљен правни посао у целини, већ да је условљена *предаја* или *традиција*.¹ На први поглед ово изгледа тачно, али се не може примити зато, што је традиција један материјални акт, а није правни посао. Само правни послови могу бити условљени. Овде је условљен пренос, а он обухвата и традицију и споразум странака.

¹ Dr. Драг. Аранђеловић, *op. cit.*

Грађански Законик нема одредаба о задржању својине и мимо предаје, али су ти уговори несумњиво допуштени и на њих се примењују општа правила о условима.

Б) ПРИБАВЉАЊЕ СВОЈИНЕ НА НЕПОКРЕТНОСТИМА.

У опште о прибављању непокретности на основу уговора.

За прибављање својине на непокретним стварима на основу уговора важили су у римском и пандектном праву исти принципи као и код покретних ствари. Да би прибавилац постао сопствеником било је потребно ово двоје: 1. споразум странака и 2. предаја добра прибавиоцу. У германском праву је међутим владало схватање да се својина на непокретним добрима треба на јаван и свечан начин да пренесе. Под утицајем тог схватања развио се нарочито у варошима обичај да се својина на непокретностима преноси пред судом. Странке су морале лично да се појаве и да учине потребне изјаве о преносу својине. Те су изјаве написмено стављане и чуване у суду. Доцније су оне уношене у нарочите књиге, док се није у току времена дошло дотле да се баш тај упис у јавне књиге сматра као главна формалност за прибављање својине. Тако су постале нарочите књиге, познате под именом *баштинских књига*.

Баштинско право развијало се у Немачкој под утицајем ових идеја германског права, и упоредо са развитком и усавршавањем баштинских књига.¹ Немачки грађански законик од 1900 заснива целокупно право непокретности на баштинским књигама. Ниједно право на непокретном имању не може се прибавити друкчије до уписом у баштинске књиге.

Установом баштинских књига сасвим је уклоњено начело римског права, да се својина на непокретностима прибавља на исти начин и под истим условима као и код покретних ствари. Римски систем имао је доста слабих страна. Он није био погодан за развијени имовински промет, који је данас узео тако велике размере. По римском систему није било могућности да се сопственик добра правно легитимира као такав, и зато се врло често дешавало, да неко купи туђе имање, т. ј. имање које не припада преносиоцу. Прибавилац је у таквом случају морао вра-

¹ О развитку баштинског права у Немачкој видети: *Dernburg, Preussisches Hypothekenrecht*, Bd. I, S. 6 ff; *Gierke, Deutsches Privatrecht*, II, S. 267 ff; *Dr. М. Марковић*, О организацији баштинских књига у Немачкој („Архив“ XIII, стр. 17).

тити имање правом сопственику. Код покретних ствари државина је донекле поуздан знак, да је држалац и сопственик, а код непокретних ствари државина не може имати тај значај, пошто се она увек и не види, а не може поуздано ни да се утврди у сваком случају, ко је држалац једног непокретног добра. На другом месту пре установе баштинских књига није се могло знати, да ли на добру постоје права трећих лица. Поједини прибавиоци нису били сигурни, да се доцније не појави неко са једним заложним правом или правом ужитка, којим би се прибавиочево право својине знатно ограничило. Код система баштинских књига сви правни односи који се тичу непокретног имања, учињени су јавним, тако да се сваки може извести о правом стању пре него што закључи уговор о преносу својине.

Баштинско право у овом смислу развило се и у Француској, али у једном много несавршенијем облику. Првобитно је у Француској важио римски систем, све до 1798 године, кад је законом од 1 новембра те године прописано, да се сви терети на непокретним добрима морају учинити јавним тиме што ће се уговори о њима уписивати у нарочите књиге, приступачне и трећим лицима. Да би хипотекарни повериоци, чије је интересе овај закон имао да заштити, доиста били обезбеђени, прописано је и то, да се и сви уговори о преносу својине на непокретностима морају преписати у нарочите књиге, које су се водиле поред хипотекарних књига и које су такође биле јавне. Из тих књига се сваки могао обавестити о правом власнику непокретног добра. Ово је установа *транскрипције*, која је и данас основа француском баштинском праву.

Захтев транскрипције стајао је у супротности са правилом француског права, да се својина прибавља простим уговором. Да би се они измирили, редактори грађанског законика поставили су принцип, да се својина између странака (*inter partes*) преноси самим уговором, али да према трећим лицима уговор не производи своје дејство преноса својине све док се не изврши транскрипција у јавним књигама. Са гледишта правне логике овако решење питања било је некоректно. Прибавилац је или постао сопствеником на основу самог уговора и онда је сопственик према сваком лицу, а не само према свом сауговорачу; или пак он није постао власником све док се није извршила транскрипција, па према томе није ни према свом сауговорачу власник. Међутим и ако нелогично, са гледишта практичног

резултата ово је решење било врло добро. Трећа лица су била сад обезбеђена од тога, што је онај, који им уступа својину, можда већ отуђио исто добро уговором са неким другим лицем. Према новом уговорачу сопственик је важио и даље као власник, све док није извршена транскрипција.

Француско право је овим створило један нов систем, који је имао услова за живот, јер је у довољној мери штитио интересе трећих лица. Али је у парламенту вероватно под утицајем идеја револуције о слободи, захтев транскрипције као обавезне формалности одбачен. *Code Civil* се вратио класичном систему о прибављању својине самим уговором. Тек 1855 установљен је законом систем транскрипције.

И аустриско право је по угледу на немачко право напустило римску доктрину, па је усвојило систем *публицитетa*, по коме се сва права на непокретним добрима прибављају једино уписом тих права у баштинске књиге. Грађански законик аустриски од 1811 прописао је за целу монархију оно, што се већ налазило и пре законика у појединим партикуларним правима. Закон о баштинским књигама од 25. јула 1871 године одредио је подробније услове за прибављање и унео неке савременије принципе у аустриско баштинско право.

Систем публицитета ушао је из аустриског права и у српско право. Српско право је и пре Грађанског Законика познавало пренос непокретних имања пред судом на тај начин што се уговор о преносу код суда потврђивао, да би био пуноважан. Грађански Законик је увео потпуни публицитет, предвиђајући установу баштинских књига у оном облику, у ком су оне постојале у Аустрији. Али како у Србији нису одмах израђене баштинске књиге, нити су могле одмах бити израђене, наређено је законодавним решењем од 13 јула 1850, које је додано уз § 292, да се до увођења баштинских књига упис у књиге замени судским преносом тапије и да за тај пренос вреде прописи који говоре о упису у баштинске књиге, у колико се наравно они могу да примене. Тако је комбинован систем тапија са системом баштинских књига и створен је један нови систем, који слободно може да се назове српским системом. Према намери законодавчевој то је имао бити један привремен систем док се не израде баштинске књиге, које је предвиђао Грађански Законик. Али како баштинске књиге нису изра-

ђене нити је ико и почео што да ради на њиховој изradi, то је овај привремени систем остао све до данас у важности.¹

Да би се тај чисто српски систем правилно разумео и да би се уочиле његове слабе и добре стране, у колико их он има, потребно је изложити ма и у најкраћим потезима немачки систем баштинских књига у вези са аустриским системом, француски систем транскрипције и један нарочити аустралиски систем, познат по имену свог оснивача још и као *Торенсов* систем.

1. Немачки систем баштинских књига.

1. 0 баштинским књигама у опште и о њиховој организацији.

Баштинске књиге показују у Немачкој, у свом првобитном облику и даљем развиту велику разноликост. Свака државица и свака варош имала је друкчије књиге и са друкчијом организацијом. Тек постепено вршило се изједначавање и усавршавање. Прве књиге биле су врло примитивне. Израђиване су за мање области и основа им је била површан попис имања. Означење земљишта у књигама вршено је такође површно, услед малог промета, тако да су сва земљишта релативно била позната. Кад се промет непокретних добара увећао и кад се хипотекарни кредит почео ширити, онда су почеле да се израђују и прецизније књиге и да се на њихову организацију обраћа већа пажња. Нарочита пажња се обраћала тачном опису земљишта. Али ни најтачнијим описом није се могло постићи то, да се из књига може сазнати обим и величина земљишта, као и тачан положај њихов. Тек излазак на лице места и увиђај могао је прибавити појединцима поуздане податке и о егзистенцији земљишта, као и о његовим особинама. Са развојем промета и учесталом поделом и парцелисањем добара почеле су се осећати у већој мери незгоде, које су проистикале из несавршених књига. Многе парцеле сасвим су се промениле и издиле, а у књигама су биле уписане у првобитном свом облику. Многе су пак два пута биле уписане, а још више њих нису никако ни биле уписане. Потреба за поузданим и тачним књигама подстицала је и правнике и политичаре на размишљање, каквим би се средствима могло доћи до тачних књига. И то је средство доиста нађено. Оно се састојало у томе, што су баштинске књиге

¹ Критичку оцену српског система видети код *Dr. L. Marcovitch, Le régime immobilier en Serbie et la nécessité urgente de sa réforme* објављено у белгиском часопису *Revue de l'Institut de droit comparé*, tome V, p. 159—178 (1912).

доведене у везу са катастром и катастарским књигама. Као што је познато, у многим земљама је држава ради фискалних потреба извршила премер и попис земљишта и све те податке средила у нарочитим катастарским књигама и картама. Те катастарске књиге узете су за основу баштинских књига и тиме се знатно добило. Прво је у Вестфалији учињен покушај, па кад је он показао сјајне резултате, онда је идеја о заснивању баштинских књига на катастарским књигама нашла једногласни одзив и одобрење у свима немачким државицама. Данас се све баштинске књиге у Немачкој заснивају на катастру.

Што је предлог о заснивању баштинских књига на катастарским књигама тако брзо и једнодушно усвојен, разлог лежи у оном великом степену сигурности и поузданости, који тако израђене баштинске књиге пружају. Јасно је, да се баштинске књиге не могу у опште израдити, ако не постоји један званични списак или попис свих земљишта у области једног среза, односно једне општине. Ти спискови пописни или по премеру имају се доставити суду, који ће израђивати баштинску књигу, да би се у баштинским књигама свако земљиште могло означити онако, како је у пољској књизи, т. ј. у књизи која садржи попис земљишта, означено. Само на овај начин може се добити поуздана баштинска књига и избећи како погрешни тако и двоструки уписи. Што се тиче пак књиге пописа или списка свих земљишта, у Немачкој се сасвим природно дошло до уверења, да те књиге не могу бити поуздане, ако немају за основу званично картирање земљишта. Није довољан опис земљишта према уобичајеним називима, већ је неопходно потребно, да се податци из пописне књиге или т. зв. пољске књиге (Flurbuch) наслањају и на карту онога места, у чијем се рејону налазе. Ако се дакле хоће да има *поуздана* и *пошћуна* књига, књига у којој неће бити дуплих уписа, неопходно је потребно да постоји општа карта свих земљишта, у којој ће посебна земљишта добити своју нумеру и тиме се индивидуалисати. Тако се једино могу избећи размене и пометње.

Званично картирање земљишта пак немогуће је без стручног, техничког премера или т. зв. катастарског премера. Катастарском премеру циљ је, да се добије катастарска карта једног места. Под том картом разуме се топографска слика свих земљишта тога места, добивена на тај начин, што су поједина земљишта у пољу премерена и помоћу тачних одредаба углова и тригоно-

метриских прорачуна у смањеном обиму и површини картирана, т. ј. скупљена у слику, која одређује и њихов узајамни положај и из које се, према појединим сталним тачкама из поља, а које су и у карти означене, свака парцела може према тим податцима на самом месту да докаже и утврди. Таква катастарска карта јесте најбоље средство, да се добије тачан и исправан списак земљишта.

Што се тиче ближег уређења катастарских књига, може се, ради бољег разумевања, ово казати. Карте катастарске раде се за сваку општину одвојено. Цела општина се обично подели у неколико *поља* (Fluren) која се означена било словима, било редним бројевима. У сваком пољу су *све* парцеле премерене и по редним бројевима (нумерама) унете у карте. Ако је на пример у општини Шпандау цело земљиште подељено на XX поља, а у сваком пољу су парцеле премерене и бројем означене, онда је са свим разумљиво, да се за изналагање једног земљишта траже ови податци: означање катастралне општине, број или слово *поља*, и број парцеле. Пример: Општина Шпандау, поље XII, парцела 319. Или: општина Темпелхоф, поље M, парцела 64. Ако је обим општине мањи, она се не дели у поља, већ се цела општина сматра као једно поље. Првобитни бројеви сваке парцеле при премеру, сматрају се као основни бројеви, као бројеви прве и некадашње целе парцеле (Stammparzelle). Ако се доцније подели једна парцела, она добива нови редни број са означањем и редног броја основне парцеле, од које је она одељења.

Са израдом карата појединих поља (Flurkarten) није рад на катастрирању завршен. На основу података из пољских карата израђују се т. зв. пољске књиге (Flurbücher). У тим пољским књигама уписана су *сва* земљишта по редним бројевима парцела из карата, са означањем граница и површине земљишта као и имена сопственика. Тиме се резултати техничког премера сређују за практичну употребу. Из података о једном земљишту у пољској књизи увек се лако може наћи то земљиште на карти, а затим и на самом лицу места.¹

Овако израђене катастарске књиге служе и као основа за баштинску књигу. Катастарски одсеци дужни су да пошљу суду среском, или другом ком баштинском надлештву *прејисе* ката-

¹ О осталим катастарским књигама и о средствима за одржавање њихове тачности, видети *Dr. Л. Марковић*, *op. cit.*

старских књига, нарочито препис пољске књиге, да би се по њој израдила или допунила баштинска књига. Израда баштинске књиге сад је ствар суда или нарочите судске комисије на ту циљ одређене.

Организација баштинских књига изведена је свуда по општинама, као што су и катастралне књиге израђене по општинама. Све парцеле из једне општине, онако како су означене у у катастралној пољској књизи, уносе се и у баштинску књигу. Свака парцела мора да добије нарочити *лист* или управо нарочите *листо*ве (*Blatt, Grundbuchblatt*) у које се уписују све правне промене, које се тичу тог земљишта. Код начина уношења парцела у баштинску књигу разликују се два основна система, систем *реалних фолија* и систем *персоналних фолија*. Систем реалних фолија састоји се у томе, што се књиге воде по земљиштима, а не по сопственицима. Сва су земљишта нумерисана и уносе се редом у баштинску књигу. Систем персоналних фолија састоји се пак у томе, што се књиге воде по именима сопственика, тако да су сопственици уведени у књигу по нумерама и код сваког сопственика уведене су и уписане све парцеле, које њему припадају. Оба та система заступљена су у Немачкој. Као типичан пример за реални систем јесте *пруска* баштинска књига, а за персонални систем баштинска књига у Виртембергу. Разлике велике у њима нема, јер оба су система заснована на податцима из катастарских књига, и баштинске књиге редовно садрже упућивања на место, које парцела има у катастралним књигама. Разлика је више формалне природе и тиче се лакшег манипулисања. Прави и логични систем је систем реалних фолија. По њему свака парцела је једна утврђена јединица. Она је стална у природи па има и у баштинској књизи стално место. Све правне промене бележе се на оном листу, под оном нумером, коју тај лист има. Али ако је систем реалних фолија логичнији, ипак се он напушта у таквим пределима, где је земљиште распарчано и сувише парцелисано, где постоји привреда у маломе и где није извршено груписање (комасација) имања. Ту је практичнији персонални систем, при коме се књиге воде по сопственицима, тако да су код појединих сопственика унете све парцеле, које њему припадају.

2. Правни значај баштинских књига.

Баштинска књига има за циљ, да да јасну и прегледну

слику правних односа на непокретностима. У њој се не огледа слика земљишта — то се види из катастарских књига — већ слика правних односа. Сви правни односи у погледу непокретних добара налазе се уписани у баштинским књигама, које су јавне и приступачне заинтересованим лацима. За многе правне односе пак утврђено је као правило, да се они у опште не могу ни засновати без уписа у баштинске књиге и пре тога уписа. Баштинске књиге, као књиге које води држава преко нарочитих органа, уживају јавно поверење. Онај ко се ослони на баштинске књиге и податке из књига, тај неће отуда трпети никакву штету, ако би услед намерне или случајне погрешке баштинског органа уписи били погрешни. Основни је принцип немачког баштинског права, да за све погрешке баштинских органа непосредно и у првом реду одговара држава или она јавноправна корпорација (општина), чији орган управља баштинским књигама (§ 12 Уредбе о баштинским књигама). На тај начин појединци су потпуно обезбеђени, кад би услед нехатног или и намерног неправилног рада тих органа били оштећени. Могућност за такво оштећење постоји и код најбрижљивије вођених књига, пошто је врло тешко, ако не и немогуће, имати апсолутно тачне књиге. Да не би ту штету сносили појединци, у случају кад је она проузрокована кривицом баштинског органа, који обично услед слабог имовног стања није у могућности, да исту накнади, држава је примила на себе одговорност за исправност књига.

Уписи правних односа у баштинске књиге принудни су у том смислу, што сва непокретна добра, све парцеле са постојећим правима и теретима, морају бити уписане до извесног рока, од ког се рока сматра да постоје баштинске књиге и примењују се прописи о тим књигама. Тај први упис врши у осталом сама власт по званичној дужности. Што се тиче пак даљих уписа они се по правилу врше само на захтев интересованих лица.

И ако се уписи у баштинску књигу не врше по званичној дужности, већ само на захтев странака, ипак су ти уписи за странке посредно обавезни, пошто промене у стварно-правним односима на једном земљишту немају важности ни између странака, ако нису уписане у баштинским књигама. Једно укњижено право може само на тај начин бити пренето, по својој садржини промењено или сасвим укинута, ако се та промена упише и у баштинске књиге. Правни послови, којима се ма у ком виду располаже једним укњиженим правом, важе тек од дана уписа у

књиге. Баштински односи су на тај начин учињени потпуно јавним, јер никаква промена оног стања, које се види из књига, не може на други начин да наступи, до променом тог стања у самим књигама. Изузетака има од овог принципа, али су они сведени на најмању меру: 1) у случају наслеђа (наследник постаје сопствеником и пре уписа у књиге); 2) у случају стечаја (стечајни дужник нема право располагања од тренутка отварања стечаја, ма да се то из књига не види) и 3) у случају јавне продаје (купац на јавној продаји постаје сопствеником одмах и без убиса у баштинске књиге).

Ранг права уписаних у баштинске књиге у опште одређује се временом уписа, пошто је упис срество за прибављање права. Ако се права налазе у истом одељку, т. ј. ако су једнородна (на пример хипотека и хипотека, стварна службеност и стварна службеност) ранг се одређује просто по реду уписа. Свако уписано право прече је у рангу од оног за њим, а ниже је у рангу од свих пред њим. Ако су права уписана у разним одељцима, онда је оно право прече у рангу, које је раније уписано. Истог дана уписана права имају исти ранг. Промена ранга је допуштена, ако се интересована лица споразумеју у том смислу и измену ранга упишу у баштинску књигу. Исто тако је допуштено и резервисање ранга једном још неуписаном праву.

Да би се правни значај баштинских књига разумео и правилно схватио, ваља истаћи и ону разлику која постоји између *коначних* и *привремених* уписа. Коначним уписом се дефинитивно преноси, мења или укида једно стварно право на земљишту. Кад је немачко право прописало, да се права на непокретностима заснивају само помоћу уписа у баштинске књиге, оно се морало постарати и за то, да ти уписи одговарају правом стању ствари. Формално право из баштинских књига треба да се поклапа са материјалним правом, које се из књига не види. Да би се та сагласност постигла, баштинске управе не врше уписе док се не увере, да су сви законски услови испуњени. Кад баштинска управа добије о томе уверење, она уписује пријављено право. Али поред тих коначних уписа, постоје и привремени уписи. Услови за упис једног баштинског права у књиге су формализовани, тако да је често пута у даном тренутку немогуће извршити упис услед недостатка једног од тражених услова. Да не би појединци трпели штету од тога, Грађански Законик и Уредба о баштинским књигама дају им могућност, да своје право

привремено упишу. Привремени уписи су двојаки: *прибелешка* (Vormerkung) и протест (Widerspruch). Прибелешка има исти карактер, као и у српском праву. Њен је циљ, да обезбеди тражбена права на ствари као и она стварна права, чије постојање не може у даном тренутку да се докаже. Ко не може да испуни све формалности за упис права може да тражи прибелешку свог права, да би му сачувао ранг или и саму егзистенцију. Што се тиче протеста, он има за циљ друго нешто. Њему је задатак, да материјално право сачува од штете у случају кад се формално право из књига не поклапа са њим. Тако, неуписани сопственик може да тражи упис протеста против права својине онога, који је по његовом мишљењу погрешно уписан као сопственик. Или, хипотекарни поверилац протестује против исписа хипотеке. У оба случаја протест замењује дефинитивну исправку књига, пошто за ту исправку треба времена, а опасност постоји, да титулар материјалног права буде оштећен услед нетачности баштинских књига. Значај протеста према томе врло велики. Пошто јавне књиге уживају поверење и пошто онај савесни прибавилац, који се ослонио на баштинске књиге, прибавља пуноважно право, то ће лице на чијој је страни материјално право, врло лако изгубити своје право, ако не упише протест. Протест чини, да се подаци из баштинских књига оглашују за тачне само под резервом оног права, које се путем протеста истиче. Нико се не може позивати на податак један из баштинских књига, ако је против тог податка био уписан протест.

После ових претходних напомена о уписима у баштинске књиге, остаје да се изложи и правни значај тих уписа. Уписи су, као што је познато, само средство, да се постигне други један циљ, наиме да се добије слика правних односа. Али, и ако је баштинским књигама то циљ, ипак немачко право није ишло тако далеко у баштинском формализму, да пропише да је свако право, самим тим што је уписано, и пуноважно. Уписана права нису дакле пуноважна самим тим што је упис извршен, јер тај упис не црпе своју снагу из себе самог, већ се он у начелу заснива на материјалном праву. У немачком баштинском праву учињен је важан корак у корист формалног права тиме, што пуноважност уписа није учињена зависном од доказивања правног основа. Уписи се врше на основу апстрактних уговора (т. зв. *dinglicher Vertrag*) у којима *causa* не мора да буде садржана. То је велика новина у немачком праву, што пуноважност пре-

носа не зависи од правног основа. Недостатак основа не утиче на важност уписаног права. Изравнање се у таквим случајевима врши по тражбеном основу, а уписано право остаје у снази. У овоме се огледа претежност немачког баштинског права над аустриским, које се још држи теорије о титулусу и модусу и не допушта прибављање ниједног стварног права на основу апстрактног уговора.

Али у другим случајевима неслагања баштинских књига са правим стањем ствари, питање коме припада првенство, материјалном или формалном праву, не решава се на тај начин, што би се увек дало првенство формалном праву, већ се само у извесним случајевима формално право уздиже над материјалним правом, а у начелу припада првенство материјалном праву. Да неслагања између материјалног и формалног права може бити, види се по томе, што се истина у принципу сваки упис треба да ослања на материјално право односног лица, али у пракси често пута изврши се упис погрешно, било случајном омашком, било намерно од стране баштинског органа. Тако, ако је А уписан у баштинским књигама као сопственик једног земљишта, то још није потпун доказ, да је он доиста сопственик. Могуће је, да је погрешком чиновника означено лице А као сопственик, док је у ствари сопственик лице Б. Ту имамо сад два сопственика: један привидни, чије је право формално (у књигама означено) и други прави, који има материјално право својине. Или други случај, кад се испише хипотека, која у ствари треба и даље да постоји, зато што је испис био погрешан. Требало је исписати ужитак, а баштински орган је исписао хипотеку. Сам испис у таквом случају не лишава хипотекарног повериоца његовог заложног права. Хипотека је и даље пуноважна, и ако није више уписана у баштинским књигама. Али пуноважност те хипотеке може у сваком тренутку да се поништи, као што ћемо одмах видети. Сад прво да констатујемо, да баштинске књиге доиста могу бити погрешне. Права, која оне констатују, могу и не постојати; и обратно, права могу постојати, и ако нису уписана у књигама. У таквим случајевима заинтересована лица имају на првом месту право, да траже исправку баштинских књига. Иначе, ако је сумњиво, да ли су књиге тачне или не, заинтересованим лицима стоји на расположењу право протеста, којим се пуноважност једног уписа или исписа доводи у питање. Правдање тог протеста у одређеном року чини, да права

трећих лица буду сачувана од евентуалног оштећења услед не-исправних књига.

Као што се из овог излагања види, несумњиво је, да је у немачком праву материјално право основа формалном баштинском праву, тако да се евентуални сукоби између та два права логички морају решити у корист материјалног права. Доследна примена овог принципа, да је материјално право јаче од формалног права, довела би међутим до врло неповољних последица. Баштинске књиге не би пружале промету ону сигурност, која се хтела постићи захтевом, да се преносилац легитимира као сопственик тиме, што има да покаже, да је он у баштинским књигама записан као сопственик. Ако такав доказ — дакле формални доказ — не би био довољан, онда би и цела установа баштинских књига промашила свој циљ. Исто тако у случају хипотековања једног добра, ако се не би узело да је сопственик онај, који је у књигама записан као сопственик и да на добру постоје само они терети, који су уведени у баштинске књиге, већ и они који постоје ван књига, ако би се дакле увек дала превага материјалном праву над формалним, онда прибавиоци никад не би били сигурни, да ће имање купити слободно од терета, за које они нису знали. Зато је у немачком баштинском праву усвојено врло важно начело, *да формално право има превагу над материјалним правом, чим титулар једног баштинског права располаже тим правом у корист трећих лица*. Према трећим и то савесним прибавиоцима постоји фикција, да су баштинске књиге апсолутно тачне. Трећа лица, која су се сложила на баштинске књиге, прибављају пуноважно право својине или друго какво стварно право простим уписом и у оном случају, кад по материјалном праву том прибављању не би било места, т.ј. кад би преносилац био само привидни, али уписани титулар односног права. Исто то важи за једну погрешно исписану хипотеку. Хипотекарни поверилац, самим тим, што је хипотека погрешно исписана, не губи своје založno право. Али ако сопственик тог земљишта отуђи исто, онда савесни прибавилац прибавља добро слободно од те хипотеке, јер према њему важи фикција, да су баштинске књиге апсолутно тачне. Хипотекарном повериоцу остаје право, да тражи од државе накнаду штете у смислу чл. 12. Уредбе о баштинским књигама.

Баштинске књиге уживају и пре располагања са баштинским правима извесно поверење, које се појављује у облику

једне правне претпоставке без великог значаја. Наиме, сва права која се налазе уписана у баштинским књигама, сматрају се да постоје и да су пуноважна, и обрнуто, сва она права, која нису уписана, сматрају се као и да не постоје. Али ова претпоставка важи само дотле, док се противно не докаже. Чим прави сопственик утврди, да лице, које је у књигама записано као сопственик, у ствари није сопственик, врши се исправка у баштинским књигама. Привидни сопственик не може да тврди, да је он прави сопственик по том основу, што је у књигама записан као такав. Њему тај упис у књигама само у толико користи, што терет доказивања преноси на противну страну. Ово је последица начела, да у сукобу између материјалног права и формалног права оно прво побеђује. Претпоставка тачности баштинских књига има дакле вредности само у погледу доказивања, јер ономе, ко је у књигама уписан као сопственик, олакшава доказивање, да је он доиста сопственик. Она не ствара никакво стварно право, јер чак и да друга страна подлегне у спору који је повела, и не утврди своје право својине, уписани сопственик не може на то да се позива у спору са другим лицима. Дејство такве одлуке било би дакле само *inter partes*. Друго једно лице које је прави сопственик, могло би повести својински спор и из њега изићи као победилац и поред судске одлуке у ранијем спору.

Међутим чим титулар једног баштинског права располаже тим правом у нечију корист, претпоставка тачности баштинских књига претвара се у *необориву фикцију*, да су податци из баштинских књига апсолутно тачни, т. ј. да се подударају са материјалним правом. На тај начин даје се, у интересу безбедности промета са непокретним добрима, превага формалном праву. На основу те фикције прибавилац постаје сопствеником или титуларом ког другог стварног права, без обзира на то, да ли је у баштинским књигама означено лице доиста прави сопственик или није. На овој фикцији почива целокупни систем немачког баштинског права, јер тек она даје ону сигурност правним трансакцијама која је за рационално искоришћење непокретних добара тако потребна. Разуме се, да та фикција важи само за оне прибавиоце, који су савесни, т. ј. који нису знали за неслагање материјалног права са формалним. Та се савесност међутим редовно претпоставља, тако да онај који би тврдио, да је прибавилац несавесан био, то мора и да докаже. Осим тога нема места поменутој фикцији ни у оном случају, кад је против пу-

новажности једног уписаног права изјављен протест и у књиге уписан. Прибавиоци не могу тај протест да игноришу, јер он важи и према њима, ако се само благовремено оправда. Овај изузетак је сасвим оправдан. Ко се упусти у преговарање са лицем, које је истина у књигама забележено као сопственик, али против чијег права својине је уписан протест, прибавља право са тим ризиком, да га евентуално изгуби услед тога, што преносилац није био прави титулар пренесеног права. Та евентуалност је њему из књига била позната и он нема права да се жали, како је без своје кривице оштећен.

Сличне принципе садржи и аустриско баштинско право. У сваком случају сукоба материјалног права ван књига са формалним правом из књига, превагу односи материјално право. Титулар формалног права изложен је ризику, да прави сопственик помоћу нарочите тужбе — *Lösungsklage* — издејствује поправку баштинских књига и довођење у склад формалног права са материјалним правом. Али да не би трећа лица била оштећена и да би се промет непокретних добара обезбедио, учињен је по угледу на старије немачко право изузетак од строге примене горњег принципа и прописано је, да у погледу савесних прибавилаца право на оспоравање пуноважности једног уписа није вечито, већ је временом ограничено и траје три године. По истеку три године од тренутка уписа формално право постаје пуноважно и потискује материјално право. Аустриски законик говори овде о *титуларној заштарелости (одржају)*, пошто сматра упис права својине као неку врсту државине. У корист правних лица рок за одржај продужен је на шест година. Исто тако и у случају отсуности лица, на чијој је страни материјално право, рокови су повећавани, тако да се дошло дотле да прибавиоци својине и осталих стварних права нису за читав низ година били сигурни, да ли им је прибављање пуноважно и необориво. А ако је упис био извршен још и без пуноважног основа, право на поништај тог уписа трајало је пуних тридесет година.

Са оваким прописима аустриско баштинско право није одговорило у довољној мери потребама реалног кредита. У имовинском промету непокретности није било сигурности и безбедности. Зато је законом о баштинским књигама од 1871 тај систем поправљен тиме што је прописано, да према *савесним* прибавиоцима добра формално право односи превагу ако од

стране материјално-правно овлашћеног лица није у року од 30 (односно 60 дана, према месту где се налази) изјављен протест (Anmerkung) против тог уписа и у року даљих 60 дана подигнута тужба којом се тражи испис тог уписаног а неважећег права. Нема пуноважног прибављања ни од стране савесних лица, ако је баштинска управа пропустила да извести онога, кога се упис тиче, о упису права, јер тада титулар материјалног права нема ни могућности да протестује, пошто не зна за упис односног права. У таквом случају право његово да тражи испис из књига застарева тек за три године од дана кад је упис тог неважећег права био уписан.¹ Као што се види, аустриско право није тако напредно, као немачко, да одмах и безусловно допушта прибављање права од стране савесних лица.

3. Примена општих правила на прибављање својине.

Према правилима изложеним напред види се да је у земљама са баштинским књигама за прибављање својине неопходно потребно испуњење ова два услова: споразум странака о преносу својине и упис својине у баштинским књигама на име прибавиочево. Споразум о преносу (уговор) мора бити закључен у нарочитој форми, која се састоји у томе, што преносилац и прибавилац морају сами или њихови заступници лично и једно-временно да се појаве пред баштинском управом и да учине изјаве о преносу. Тај акт назива се *Auflassung*. Изјава о преносу је апстрактна, без напомене о правном основу прибављања и не сме бити везана ни за услов ни рок.

Преносилац може бити само онај, који је у баштинским књигама означен као сопственик. Али не тражи се за пуноважност преноса, да је он у ствари и сопственик, јер према напред поменутој фикцији о апсолутној тачности баштинских књига својина се прибавља пуноважно и од несопственика, само ако је тај несопственик формално легитимиран и ако је прибавилац савесан био.

У немачком праву сам уговор о преносу својине не производи никакво дејство на својинске односе. Уговор обавезује странке, ако је закључен у облику јавне исправе, тако да постоји одговорност за накнаду штете у случају неиспуњења уговора. На својинске односе међутим сам уговор нема никаквог утицаја пре уписа у баштинске књиге. Исто то важи и за пре-

¹ *Krainz-Pfaff*, Bd. I, S. 641.

дају непокретног добра прибавиоцу. Предаја је безначајна за питање о преносу својине. Ако је прибавилац добра пре уписа права својине у баштинске књиге добио добро у државину, он има само правни положај држаоца, а не и положај сопственика. Као држалац ужива државинску заштиту и према самом сопственику, пошто сопственик не може да подиже својинску тужбу против оног лица, које према њему има право на државину ствари (§ 986 немачког законика). Али преносилац остаје и после предаје сопственик добра све до уписа својине у баштинске књиге, и као такав може исто добро да пренесе на неког другог прибавиоца и да изврши упис у књиге. Први прибавилац и ако има државину добра, морао би се повући пред својинском тужбом другог прибавиоца, који је уписом свог права у баштинске књиге постао пуноважним власником. Зато прибавиоци добра не плаћају цену све док не буду уписани као сопственици, јер би иначе могли бити оштећени од несавесних продаваца.

Исти систем постоји и у аустриском праву. Сам уговор нема утицаја на својинске односе. Исто тако и предаја добра у државину прибавиоцу нема за последицу пренос својине. Преносилац може и мимо првог уговора и предаје добра да исто добро пренесе на друго неко лице и пренос изврши по баштинским књигама. Само у аустриском праву не даје се превага том уписаном купцу, ако се утврди, да је он био несавесан и да је намерно ишао на оштећење првог купца.¹

II. Француски систем транскрипције или систем својинских књига.

Француски систем код преноса својине на непокретностима је много простији и несавршенији од немачког система. У Француској нема баштинских књига. Али француско право има јавне књиге, које су по својој улози сличне баштинским књигама. За пренос својине на непокретном имању правило је, да уговори о преносу не важе према трећим лицима док се не изврши транскрипција њихова у нарочитим књигама, које се налазе код хипотекарне управе. Формалност транскрипције састоји се у простом препису уговора у књигама, које су јавне и приступачне заинтересованим лицима.

Према томе у француском праву пренос својине врши се

¹ *Krainz—Pfaff*, I, S. 641.

између странака у моменту закључења уговора. То дејство има уговор само *inter partes*. Према трећим лицима преносилац је и даље сопственик све док странке не поднесу уговор о преносу хипотекарној управи са захтевом да се он препише у транскрипционим књигама. Од тренутка извршене транскрипције прибавилац постаје пуноважним сопствеником и према трећим лицима. Ако је сопственик пренео сукцесивно исто добро на два различита лица, онда је, у случају да транскрипција није извршена, онај сопственик, који је први добро прибавио. Ако је пак један прибавилац извршио и транскрипцију свога уговора, онда он остаје сопствеником, ма да је доцније закључио уговор о прибављању. Француска доктрина објашњује то оном разликом о прибављању својине између странака и према трећим лицима. Већ је напред истакнуто, да је овако објашњење противно појму својине, који је *један* и не може се делити на непотпуну и потпуну својину. Много је боље и целисходније објаснити систем француског права тако, да је први прибавилац постао сопствеником на основу самог уговора према *свим* лицима, али да је допуштено прибављање својине и од несопственика, само ако се он налази означен у књигама као власник добра. Овако објашњење боље одговара природи својине.

Из изложенога се види, да и у француском праву предаја добра нема никаква значаја за пренос својине. Она има чисто фактички значај, што прибавиоца ставља у могућност да врши право својине, да се њиме користи. Предаја извршена пре уговора о преносу чини прибавиоца само држаоцем ствари.

Француско право није довољно логично са оваким системом. Кад је већ усвојило систем публицитета, онда је требало у опште да веже прелазак својине за акт транскрипције. Оно разликовање о прелазу својине између странака, као и према трећим лицима, потпуно је излишно. Ово је у толико пре требало учинити што је за прибављање хипотеке већ усвојен такав систем и онда изгледа чудновато, што да се са својином прави изузетак. Поред ове мане француског система он има и ту врло слабу страну, што му је техничка подлога врло несавршена и тако рећи примитивна. Књиге су обични спискови имена сопственика, са ближим одређивањем и описом добра, али је то описивање далеко од тога да може задовољити потребе саобраћаја. Нити се појединац може тачно оријентисати о добру нити пак извести поуздано о свима правним односима, који

се тичу тог добра. Услед овако несавршеног система није ни могла држава да прими одговорност за тачност књига. Ко прибавља добро од лица, које је у транскрипционим књигама означено као сопственик, нема апсолутну сигурност да је отуђивач доиста сопственик. Француско право не познаје фикцију о апсолутној тачности књига у погледу савесних прибавилаца, и зато ако би се утврдило, да онај није сопственик, који је погрешно означен у књигама као такав, пренос својине пада, ма да је прибавилац савесан био. Слабе стране француског система осећају се и у Француској, где су се питањем о реформи баштинског права занимале и парламентарне и ванпарламентарне комисије. Многи правници предлажу увођење баштинских књига као и у Немачкој, на основу претходног катастарског премера, али се до сада тој реформи још није приступило.¹

III. Торенсов систем.

Књижевност: *Planiol, Traité élémentaire de droit civil t. I (1911), p. 826; R. Viollette, L'act Torrens (Paris 1900).*

Нарочити систем баштинских књига преставља т. зв. *Торенсов систем*, који је усвојен у енглеским колонијама у Аустралији законом о непокретној својини од 1858 (*Real property act*). По том систему држава не израђује баштинске књиге, већ сваки сопственик премери своје имање, па се са планом истога и са доказима о праву својине пријављује баштинској управи с молбом да се његово земљиште унесе у баштинске књиге. Баштинска управа кад се увери да је молилац доиста сопственик, издаје два равногласна писмена, у којима је тачно означено како само имање, тако и име сопствениково. Један примерак се даје сопственику, а други се уврштајује у књиге, чији је он сад саставни део. Скуп тих власничких исправа чини баштинску књигу, која је уређена по реалном систему, као и већина немачких баштинских књига. Кад је једно лице таквим начином уписано као сопственик, његово је право сад неопориво. Он је пуноважни сопственик и никакав противдоказ није допуштен. Формално право је јаче од материјалног права. Разуме се да и књиге по Торенсовом систему могу бити погрешне, али се оне не исправљају, већ држава даје накнаду оштећеним лицима. Те се накнаде исплаћују из нарочитог фонда за осигурање, у који уплаћују сви уписани сопственици незнатне премије за осигурање.

¹ *Planiol, t. I, p. 476.*

Пренос добара по Торенсовом систему је врло лак. Преносилац има да испуни нарочити формулар и да га упути баштинској управи заједно са својом својинском исправом. Баштинска управа кад прими изјаву о преносу својине, уништава досадању својинску исправу па издаје другу прибавиоцу и уноси је у баштинску књигу на место оне раније. Тиме је промет добара знатно олакшан.

Систем Торенсов може са успехом да се примени само у земљама са великим добрима и пољским имањима. У земљама са малим поседом тај би систем створио велику пометњу и несигурност, пошто за тачно индивидуалисање малих парцела није довољан обичан премер, већ је потребан катастарски премер. Према томе за Србију практички Торенсов систем и не узима се у обзир.

IV. Српски систем тапија.

1. У опште о систему тапија.

Одредбе Грађанског Законика о прибављању својине на непокретностима претпостављају постојање баштинских књига. Грађански Законик је поставио у §. 292 начело, да се пренос својине на непокретним добрима врши једино уписом новог сопственика или прибавиоца у баштинске књиге. Ово је потврђено и законодавним решењем од 16-IV-1850, у коме је наређено, да пренос непокретних добара нема силе и важности, ако није уведен у баштинске књиге. Према основном принципу, да је за свако прибављање својине потребан *правни основ* (titulus) и *законит начин* прибављања (modus), упис у баштинске књиге сматрао се као модус прибављања. Сам уговор о преносу нема никаквог дејства на својинске односе. Он не преноси својину ни између странака. Преносилац остаје и поред таквог уговора власник добра и може њиме пуноважно располагати. Исто тако и предаја добра прибавиоцу у државину остаје без утицаја на својинске односе. Прибавилац је у таквом случају само држалац све док не буде уписао право својине у баштинске књиге.

Али, као што је већ напоменуто, овакав систем није се могао остварити у оскудици баштинских књига. Већ 1847 године на преставку Врховног Суда обратило се Министарство Правде Државном Савету који је онда имао законодавну власт, с молбом за објашњење, како ће се примењивати прописи §§ 292 и

298 који говоре о преносу непокретних имања уписом у баштинске књиге, кад баштинских књига нема. Државни Савет није могао својом одлуком створити баштинске књиге, чија је израда један чисто технички посао, већ је имао да нађе неки други модус за пренос непокретности. Државни Савет није дуго тражио већ се зауставио на ономе што је важило пре Грађанског Законика, на *тапијама*, па је прописао, да ће се преноси имања вршити и даље помоћу тапија, с тим да за те преносе вреди одредбе Грађанског Законика о баштинским књигама, у колико се могу применити на тапије.

Под *тапијом* се разуме нарочита исправа о праву својине на одређеном непокретном добру, коју издаје општинска власт, а потврђују полицајска власт и првостепени суд. Тапија није уговор, нити се пак под њом разуме писмено у коме је закључен уговор о преносу. Тапија је нарочита исправа, која има самосталну вредност независно од ма каквог преноса. То је *својинска исправа*, или исправа којом се доказује у Србији право својине. Али што је нарочито важно знати, тапија не даје апсолутни и необориви доказ о својини. Ко има тапију, која гласи на његово име, само је онда пуноважни власник добра, кад се и материјално право својине поклапа са формалним правом из тапије. Другим речима, општински суд који издаје тапије, не конституише у исто време и право својине. Тапијом се само констатује једно постојеће право својине, а не заснива се ново, необориво право својине, као што је то на пример случај у Торенсовом систему са својинском исправом. Тапија је дакле само исправа којом се олакшава доказивање права својине. У том својству постоји за њу претпоставка, да њена садржина одговара и материјалном праву, т. ј. да је лице, на које тапија гласи, доиста сопственик. Ко противно тврди, треба то и да докаже. Српски систем тапија слаже се у овом погледу са системом баштинских књига, јер и уписи у баштинске књиге имају само декларативну, а не и конститутивну функцију.

Тапија замењује у српском праву упис у баштинске књиге. Док се у земљама са баштинским књигама сопственици непокретних добара легитимирају тиме што се позивају на књиге, из којих се види да су они тамо као сопственици записани, дотле се у српском праву легитимирање врши преко тапија. У земљама са баштинским књигама сви сопственици су уведени у баштинске књиге, док у Србији обавеза убаштињења у облику тапија

није принудна, тако да има много сопственика, који немају тапије. Отуда се дешава, да се често ступа у преговоре са лицем које и није сопственик, али које тврди да је сопственик, ма да нема тапије.

Друга много важнија разлика између тапија и баштинских књига у овоме је: У баштинским књигама може само једно лице да буде означено као сопственик. Књиге се воде по парцелама и свака парцела носи име свог власника. И тај један власник у већини случајева ће и бити пуноважни власник. Али, баш да је он погрешно означен у књигама као сопственик, трећа лица не могу тиме ни у ком случају бити оштећена. Према напред поменутој фикцији о апсолутној тачности баштинских књига у погледу савесних прибавилаца, прибавиоцу је сасвим свеједно, да ли је онај, који је у књигама означен као сопственик, доиста сопственик или не. Он у сваком случају прибавља пуноважну својину, само ако је bona fide. Код система тапија није то случај. На једном истом имању могу стећи тапију два лица. Или се пак може десити, да тапију има онај, који није власник. У таквом случају за прибавиоца непокретног добра постоји опасност да буде оштећен. На првом месту са тапијама много су чешћи случајеви, да је неко формално легитимирани, и ако нема материјално право на својој страни. На другом месту прибавилац ни у колико није заштићен од државе, јер држава не одговара за тачност тапија. Фикција о тачности онога, што садржи једна тапија, не постоји у српском праву, Сукоб између формалног права из тапије и материјалног права ван тапије, решава се увек у корист материјалног права. Ко прибави добро од привидног сопственика и добије тапију, ипак неће постати власником, зато што прибавља једно право од онога, који сам то право нема. Грађански Законик прописује изречно у § 293: „Сваки који на другог добро какво непокретно преноси, мора сам господар или баштиник од истог добра бити; иначе пренашање такво нема силе ни важности“ (в. и § 29). Држава је можда и имала разлога да не прими одговорност за тачност тапија, али је тиме правни промет знатно и отежан и доведен у опасност.

Слаба је страна система тапија и у томе, што сопственик има могућности да два пута прода једно исто добро и то оба пута са тапијом. Њему је фактички могуће да извади још једну тапију и да је пренесе на другог прибавиоца. Једном издане тапије не заводе се у нарочите књиге тапија, већ у општи про-

токол, па се и чувају у препису у општој архиви, где их је тешко наћи. Каква је пак организација општинских судова, сасвим је могуће да суд не зна, да ли је издао једном тапију или не. Најзад и нема никаквих прописа, којима би се забрањивало сопственику да извади још једну тапију, у случају кад би тврдио да је прву тапију изгубио или да му је уништена. Ко ће у случају дво-струког преноса по тапији бити сопственик? Правна логика даје првенство првом прибавиоцу, т. ј. ономе, који је први тапију добио. „Који пре на једну ствар непокретну у књиге јавне буде уведен, онога је ствар“ (§ 298). Истина други прибавилац је довољно обазрив био, преговарао је са лицем, које је имало тапију, али му све то не помаже. Сопственик је већ био отуђио добро и пренео својину на првог прибавиоца, тако да је овај други прибавилац имао посла у ствари са несопствеником. До оваког оштећења тешко се може доћи код система баштинских књига, јер је сваки савесни прибавилац заштићен у погледу свог прибављања.

2. Издавање тапија.

Тапији као исправи циљ је да пружи доказ о праву својине на једном одређеном добру. Зато је у тапији најважнија ствар индивидуалисање добра, његов тачан опис по месту, границама и начину употребе (привредном карактеру). У земљама са баштинским књигама свако земљиште је већ приликом првог уписа у књиге довољно одређено у сваком погледу. Код система тапија тај опис треба у самој тапији да се налази. Према § 295 тапија мора садржавати опис места где се добро налази, означавање граница и имена суседа. Ове податке морају и странке означити приликом изјаве о преносу. На § 295 односи се распис Министра Правде од 12.-II.-1883 год. бр. 745, у вези са расписима од 11. јуна 1849, бр. 2288 и 2. новембра 1862 бр. 5322, у коме је подробније описан поступак око издавања тапије. Могло би се тим расписима замерити то, што говоре о издавању тапије у вези са преносом добра, док су то две разне ствари. Издање тапије то је убаштињење или упис у баштинске књиге. О њему треба говорити одвојено, без везе са питањем о преносу својине. Пренос својине претпоставља да је тапија издата, да је власник добра већ снабдевен тапијом.

Органи надлежни за издавање тапије јесу општински судови. Ко жели да добије својинску исправу или тапију једног

одређеног имања, има да се обрати општинском суду с тим захтевом и да поднесе доказе на којима заснива своје право својине. Сва су доказна средства допуштена. У недостатку бољих доказа гледа се на државину и на исказе сведока. Кад општински суд стекне уверење, да је молилац доиста власник тог добра, чију тапију тражи, онда један члан суда излази на лице места да се у присуству молиоца и суседа увери, да ли земљиште доиста постоји, да ли је у државини молиочевој, да ли су границе тачне, да није дакле случајно туђе земљиште захваћено. О томе се и власници суседних земљишта имају да изјасне приликом увиђаја. О границама и величини имања дужан је члан суда лично да се увери. Кад се ове формалности сврше, онда општински суд има још и да констатује у тапији коју издаје, да ли је добро с ким у спору или не. Ово се тражи зато, што у случају да се води спор о истом имању, питање о праву својине је неизвесно и зато суд мора у тапији то да констатује. Овим се упозоравају трећа лица да оном доказу, који пружа тапија, не придају безусловну важност. Може се наиме десити да у спору који се води, преносилац имања подлегне, тако да ће и његова тапија самим тим бити поништена. И прибавилац добра мораће исто да врати правом сопственику. Да би се ова евентуалност отклонила, општински суд има да означи, да ли је добро у спору или не. На жалост општински суд није у могућности да зна ту чињеницу, и зато ће овај пропис остати без практичке примене. У место општинског суда то ће констатовати првостепени суд приликом потврде тапије. Да би првостелени суд увек знао, да ли се води спор о праву својине на односном добру, требало би прописати да се о сваком таком спору учини забелешка у јавним књигама, и онда би се и сама приватна лица могла поуздано извести.

Ако би се десило, да суд констатује да добро није у спору а међутим добро је фактички у спору и из тог спора преносилац не изиђе као победилац, пита се, ко ће остати сопствеником добра. Ово се питање решава по начелу *prior tempore potior jure*. И зато ће прибавилац морати да се повуче пред сопствеником, чије право својине датира од момента заснивања спора. Њему остаје једино да тражи накнаду штете од оних органа, чијом би кривицом био оштећен, односно од свог саговорача.

Кад је општински суд утврдио постојање права својине на односном добру, онда он издаје молиоцу нарочиту исправу, *та-*

пију или *сведоџбу*, у којој стоји, да је тај и тај сопственик тог и тог тачно описаног имања по том и том правном основу. Овим актом није још завршен поступак око издавања тапије. Исправа издана од општинског суда није још тапија. Потребно је да полициска власт овери потписе чланова општинског суда као и печат општински. И најзад таку исправу треба да потврди и првостепени суд, који ће имати да констатује, да ли је општински суд поступио у свему по прописима законским, да ли је исправа оверена од полициске власти. Кад то констатује суд првостепени једновременно изјављује у облику потврде, да је лице, на које тапија гласи, доиста сопственик односног добра.

3. Пренос својине путем преноса тапије.

У место баштинских књига, где би сви сопственици били концентрисани тиме што би њихова имена код појединих парцела била унета у рубрику сопственика, сваки је сопственик у српском праву снабдевен нарочитом исправом која му служи као доказ да је доиста власник једног непокретног имања. Такву исправу сваки мора да има, који хоће своје добро да пренесе, пошто српски систем преноса својине на непокретним добрима безусловно претпоставља постојање тапије. Који преносилац нема тапије, он је мора на горе описани начин да прибави, па тек онда може добро да отуђи. Сопственик једног непокретног добра нема законске могућности да своје добро пренесе другим којим начином до преносом тапије у смислу § 292 и законодавног решења од 16. априла 1850 године.

Кад је систем српског права такав, да се само путем преноса тапије може прибавити својина на непокретностима, очигледно је, да *предаја* добра нема значаја за пренос својине. И поред предаје преносилац остаје власником добра и може њиме располагати: може га отуђити другом неком лицу, може га пуноважно хипотековати.¹ У стечају прибавиоцем то имање не улази у стечајну масу. Обратно, ако би отуђивач пао под стечај, пошто је добро још његова својина, ући ће у стечајну масу. Прибавилац се од свих ових евентуалности може обезбедити или тиме што ће повести спор о убаштињењу, или што ће своје право прибелешком обезбедити. Питање, да ли такав преноси-

¹ Противно мишљење бранио је *Dr. Никола Крстић* у свом чланку: *Куповина без тапије и интабулација непокретног имања* („Српске Новине“ 1875, бр. 118 и даље) налазећи да се својина прибавља и предајом. Против Крстића и *Ж. Перих*, *Приватно Право*, стр. 285 и даље.

лац може да тражи и од самог прибавиоца, коме је добро предао, повраћај добра, сумњиво је. Сумњиво је зато, што прибавилац има тражбено право према сопственику и има једну чисто фактичку власт на ствари, док преносилац има правну власт, има својину. Римско право давало је прибавиоцу право на приговор (exceptio rei venditae ac traditae). И немачко право даје прибавиоцу изречно такво овлашћење (§ 986). Такво решење треба усвојити и у српском праву с обзиром на пропис § 218, у коме стоји: „Ако твоју ствар код другог нађеш, а *ти* је *уступио ниси*, имаш права искати да ти се твоја ствар изда“. Овде је међутим сам отуђивач уступио ствар прибавиоцу у државину, па је оправдано не допустити му да тражи повраћај.¹

Што се тиче уговора о преносу, ни он нема значаја за питање о преносу својине. Уговором о преносу заснивају се само тражбена права. Отуђивач је на основу таквог уговора дужан да изврши пренос својине по тапији. Прибавилац може на основу таквог уговора подићи тужбу и тражити од отуђивача, да му овај изда и тапију. То би био спор о *убаштињењу*. Ако се у том спору утврди, да је преносилац доиста обвезан по уговору да изврши пренос по тапији, суд ће га осудити да изда тапију, односно издаће му је сам, чим пресуда постане извршном, само ако преносилац не буде добровољно хтео да изврши пренос.

Кад уговор нема за последицу пренос својине, онда то важи за све врсте уговора, без обзира на то у каквој је форми уговор закључен: усменој или писменој, у облику приватне или јавне исправе. Потврда уговора код власти полициске или судске појачава само доказну вредност исправе. За питање о преносу својине то је безначајна ствар. Својина се преноси једино путем преноса тапије. Овако решење одговара потпуно и намери законодавчевој, који је у место уписа у баштинске књиге имао да нађе други неки модус за прибављање својине на непокретностима. Тај модус је нађен у преносу тапија пред судом. Међутим са оваким решењем се не слажу сви правници, нити је судска пракса једнообразна. Повод за то неслагање налази се у већ поменутом законодавном решењу од 13. јуна 1850, у коме стоји, да се до увођења баштинских књига „судска потврђења тапија и других уговора о преносу права својине“ имају сматрати као убаштињење. Из овога прописа се извело, да за пренос својине није битан услов пренос тапије, већ да се пренос

¹ Противно мишљење Ж. Перих, Приватно Право стр. 300.

може извршити и на основу судом потврђених уговора. Тако су неки судови и разумевали овај пропис, а и сам Касациони Суд у појединим оделењима доносио је различне одлуке, час у једном, час у другом смислу. Да би се та несагласност отклонила на предлог Министра Правде Касациони Суд је у смислу § 16 свог устројства донео начелну одлуку 13. октобра 1903 год. бр. 4765 о разумевању тог прописа. Касациони Суд је нашао: „да је значај законодавне одредбе тај, да и судски потврђени уговори о преносу својине на непокретностима поједнако утврђују право сопствености“. Мањина Касационог Суда пак нашла је, да треба правити ову разлику: у погледу трећих лица својина на непокретним добрима преноси се само *тайијом*, док се између странака она преноси и помоћу другог уговора о преносу права притежања.¹

Начелна одлука Касационог Суда је само компликовала и отежала правилно решење овог питања, јер та одлука нити је целисходна, нити је у сагласности са Грађанским Закоником и његовим принципима код преноса својине на непокретностима. Није целисходна зато што се њом ствара велика пометња у имовинским односима. По тој одлуци значај тапије сасвим се уништава. Кад власник добра може да отуђи своје имање и обичним уговором, само ако тај уговор потврди код суда, онда тапија губи потпуно своју важност. Док се помоћу тапија колико толико обезбеђивао промет од неправног отуђења, дотле се са оваким системом, какав брани Касациони Суд, широм отварају врата злоупотребама. Али на страну целисходност, па да се узме у обзир само оно, што је у закону нашло израза. Апсолутно не одговара духу српског права горња одлука, пошто је Државни Савет при доношењу решења од 1850 године имао да замени упис у баштинске књиге са другим неким актом, а не са *два* различна акта. У решењу, у уводу његовом говори се *само* о преносу по тапијама, тако да је и закључак решења потребно тумачити у границама обележеним мотивацијом, која је напред изложена. Речи: да се судска потврђења „тапија и *других* уговора“ имају сматрати као упис у књиге, треба тако разумети, да је битни услов пренос тапије, а да се под другим уговорима мисли на уговоре о преносу, на споразум странака, који претходи

¹ Видети *Глас Права, судства и администрације*, (1903 год. бројеви октобарски) где је *in extenso* саопштено и писмо Министра Правде и одлуке К. Суда, већине и мањине.

преносу тапије и који суд потврђује тиме што преноси тапију. Касациони Суд сасвим произвољно тврди, да је законодавним решењем створено изузетно (ваљда привремено?) стање и да је означена *група исправа*, којима се замењује упис у баштинске књиге, не дајући ниједној од њих, па ни тапији првенство. Такво тумачење закона, где се полази од претпоставке, да законодавац није знао шта хоће, мора се одбацити. Још је чудноватије пахођење Касационог Суда, да није право, да се уговору потврђеном код власти не призна дејство преноса својине. У чему се та неправда састоји, није се Касациони Суд изјаснио. Зар је неправда захтевати од власника имања да имају тапије и да само путем преноса тапије отуђују имања? Том „неправдом“ обезбеђује се ред и правни промет, јер се приближно тачно зна шта је чије. Најбољи деманти дао је одлучи Касационог Суда сам саобраћај, јер данас нико неће да купи имање и да га плати само на основу потврђеног уговора о преносу.

Што се тиче мишљења мањине, и оно се не може примити у оном свом делу, где се излаже, да се у односу странака преноси својина простим уговором. Нигде у Грађанском Законику не налази се такво разликовање, које је уобичајено у француском праву, али је у суштини нелогично и противно природи својине. Својина се или преноси, или не преноси. Трећега нема: да се према једнима преноси, а према другима не. Али и ако је мишљење мањине било у основи нелогично, оно је по практичним резултатима врло добро и штета је што није продрло као мишљење Касационог Суда.¹

Како је начелна одлука Касационог Суда обавезна све док се не измени другом одлуком, то би било саветно, да се Касациони Суд понова забави овим питањем и да поправи ову погрешку. Иначе треба законодавним путем утврдити, како се врши пренос непокретности. У писму Министра Правде, којим је тражена начелна одлука, врло је лепо брањен систем, да се *само путем тапија* непокретна имања могу преносити, тако да је штета

¹ Овим питањем бавио се *Dr. Живојин Спасојевић* у свом чланку „Пренос непокретне имовине путем потврђеног уговора“ (Архив, XII, стр. 431 и даље) па је покушао, али без успеха, да нађе неко средње решење. Разлози које је Спасојевић навео против искључивог признања тапија као начина прибављања својине, и због којих он није могао безусловио да прими тај систем, у главном су исти, које је и Касациони Суд навео. По Спасојевићу Касациони Суд је врло вешто бранио и образложио своје мишљење. Ми не мислимо тако и пре бисмо били склони да верујемо да је К. Суд *врло несавешно* расправно једно у суштини јасно питање.

што се Министар није обратио Скупштини за законско тумачење у том смислу.

Како се овде тумачи Грађански Законик без обзира на тумачење судова, које се само узгред помиње, то треба још једном нагласити, да је систем Грађанског Законика код преноса својине на непокретностима тај, да се само путем преноса тапије својина може прибавити. Пракса Касационог Суда и његова начелна одлука о преносу и путем уговора потврђених код суда, не одговарају ни тексту ни смислу законском.

4. Поступак при преносу тапије.

Кад је пренос тапије једини начин прибављања својине на непокретностима, онда је и поступак при преносу један и увек исти. Тај је поступак одређен у § 294 и распису Министра Правде од 12. фебруара 1883. На првом месту тражи се (§ 294) да власник имања или отуђивач лично или преко заступника пред судом учини изјаву о преносу свог имања на једно одређено лице. У случају немогућности да се сопственик лично појави, а нема правног заступника, допуштено је да се та изјава учини и ван суда, пред два члана суда за тај циљ нарочито изаслана. Грађански Законик говори у § 294 само о отуђивачу и његовој изјави, а не помиње прибавиоца. Да ли је и прибавилац дужан лично да се појави и да учини изјаву о пристању на пренос имања? У распису Министра Правде од 12-11-1883 говори се о саслушању обе странке, из чега се може извести, да је потребно да и прибавилац пред судом да своју изјаву о прибављању. Пренос својине је двострани правни посао, који се закључује *пред судом*. И у земљама са баштинским књигама тражи се лична изјава и преносиоца и прибавиоца својине. Према томе у сваком случају преноса својине треба тражити да се обе странке једновремено појаве пред судом и учине изјаве о преносу својине.

Изјаве странака узимају се на протокол. Саслушање се не односи само на апстрактне изјаве о преносу, већ мора садржати и правни основ преноса, као и све остале податке који су обухваћени уговором о преносу. Ако странке подносе писмени уговор о преносу својине, у коме је то већ све означено, онда се просто тај уговор прилаже као саставни део саслушања. Ако нема таквог уговора, онда се странке имају о свему том саслушати. Напред поменутих расписом су судови упућени да све то

сазнају, јер се и у сам текст преноса уносе подаци о правном основу и условима преноса. Прибавилац добра има у таквом случају у самој тапији доказе о правном основу, о свом материјалном праву својине, поред формалног права, које је оличено у тапији.

Кад је пренос тапије немогућ без изречне изјаве преносиоца или његовог заступника пред судом, какав значај онда имају уговори о преносу, који би закључени били између прибавиоца и преносиоца. Баштинско право у земљама са баштинским књигама не придаје правну важност *сваком* уговору о преносу, ма у којој форми он био закључен. Тако на пример немачко право прописује, да само влашћу оверени или потврђени уговори о преносу својине обавезују странке на пренос. Само на основу таквих уговора може прибавилац тужити преносиоца и тражити да се он осуди на давање изјаве о преносу. Ово сасвим умесно правило, којим се води рачуна о озбиљности оваких уговора, није нажалост нашло примене у српском праву. Грађански Законик не садржи никаква правила о томе, у којој форми уговор о преносу треба да је закључен, да би обавезао странке да пренос и изврше. С друге стране Грађански Законик нема ни правило, да уговори о преносу не важе, нису обавезни све док се не закључе пред судом, т. ј. док странке не учине изјаве о преносу својине пред судом. Према томе може се поставити као начело српског права, да је сваки претходни уговор о отуђењу, само ако садржи све потребне услове за важност уговора у опште, обавезан за обе стране и да се може тражити његово испуњење без обзира на форму у којој је закључен (§§ 540 и 541).

Као преносилац добра може се појавити само лице снабдевано уредном тапијом. Дужност је суда приликом преноса имања да се увери, да ли је преносилац доиста сопственик добра које преноси (§ 293). Али испитивање суда у овом правцу ограничено је само на тапију, тако да чим преносилац поднесе уредну тапију, која гласи на његово име, суд приступа преносу имања. Наследник пак не мора да поднесе тапију која гласи на његово име, већ је довољно кад поднесе тапију која гласи на име умрлога, и приложи решење судије за неспорна дела, из кога се види да је он наследник лица означеног у тапији као сопственик. Уверење суда да је преносилац сопственик добра је дакле формалне природе. Оно се заснива једино на тапији. Али ако се доцније утврди, да је тапија била лажна или нетачна,

самим тим ће и пренос имања пасти, према изречном пропису у § 293 у вези са § 29. Ко је прави господар једног непокретног добра, одређује искључиво материјално право, засновано на оним чињеницама, које према објективном праву доводе до права својине. Тапија није апсолутни доказ о праву својине чак ни према савесним прибавиоцима добра. Њоме се само олакшава доказивање права својине, јер се терет доказивања преноси на противну страну. Да у српском праву не постоји она фикција о тачности баштинских књига, види се јасно из прописа § 929, у коме стоји, да савесни прибавилац добра од несопственика, ако има и тапију, постаје власником тек на основу одржаја, по истеку десет година. Прибавилац постаје дакле власником добра и преносом по тапији само у случају кад је преносилац био власник, иначе не. Али како је у већини случајева власник тапије и власник добра, то је разумљиво што се суд задовољава тим формалним доказом кад се и појединци таквим доказом морају задовољити.

Височајшим решењем од 28-IV-1853 било је наређено, да судови не потврђују преносе имања по тапијама, ако је имање интабулисано, без одобрења интабулираних поверилаца, или докле дужник не исплати сав дуг. Ово решење стајало је у директној супротности и са правом својине и са природом хипотеке, која се прибавља уписом у књиге. Оно је ускоро укинато законодавним решењем од 24-X-1860, које је додато уз § 211 и у коме је наређено, да судови могу пренос једног дугом оптерећеног добра одобравати и тапије потврђивати и без питања интабулираних поверилаца. Интереси интабулираних поверилаца нису никад угрожени преносом имања, јер њима имање одговара за дуг без обзира на то у чије руке прелази. Ово што вреди за хипотеке или интабулације, вреди и за друге терете, специјално за право ужитка. Власник добра може дакле својим добром располагати, и ако је оно оптерећено ужитком, јер такво располагање нити штети ужитак, нити му користи.

Али да не би нико био оштећен услед преноса једног имања на коме има терета, закон је прописао две мере сигурности којима се такво оштећење спречава. На првом месту наређено је, с обзиром на будуће прибавиоце добра, да се пре издања тапије сви терети пренесу у интабулационом протоколу на име прибавиочево, тако да кад неко хоће да се извести о теретима добра, не мора да тражи код имена ранијих сопственика, већ

све податке налази означене код имена садашњег сопственика. На другом месту суд је по званичној дужности дужан да извести прибавиоца о свима теретима, који постоје на том добру. Тај извештај даје суд прибавиоцу писменим путем и ставља му питање, да ли прима добро са тим теретима. У саслушању прибавиоца мора се налазити и изјава о пријему терета. Само да не би било неспоразума, треба утврдити, да изјава о *пријему* терета значи једино то, да прибавилац пристаје на прибављање, пошто терети по самом закону прелазе на новог власника. Ако би прибавилац изјавио да не прима терете, значи да не пристаје на прибављање.

Да би саопштење о теретима било тачно, суд не врши пренос по тапији оног истог дана, кад је саслушање извршено, већ сутра дан, пошто се накнадно увери да у току тог дана није поднета суду никаква молба за упис нових терета. Ако би било такве молбе, оне се прво решавају, па се онда приступа преносу, пошто се саопшти прибавиоцу евентуално ново стање у погледу терета.

Кад је суд саслушао обе странке, односно њихове заступнике, кад је утврдио да прибавилац зна све терете и прима их, онда он решењем својим, које се ставља на самој тапији, утврђује, да је преносилац под тим и тим, већ испуњеним условима пренео добро означено у тапији на прибавиоца. Решење доноси судски колегијум. Кад се то решење потпише, онда суд, пошто се увери да је испуњено све што закон налаже, предаје тапију прибавиоцу.

Пренос својине мора бити безуслован, што значи да се не може везати за услов какав. И зато је недопуштено оно што раде неки судови: да изврше пренос, па тапију предају и даље преносиоцу, с тим да он, кад прими цену, исту преда прибавиоцу. Такво поступање је противно циљу и суштини преноса. Ако једна страна није испунила своје обавезе, није платила цену на пример, суд у опште не треба да врши пренос, сем ако је преносилац продао на отплату. Преносиоцу остаје да се путем прибелешке или хипотеке обезбеди, али тапија мора бити безусловна и чим се пренос изврши по тапији, суд има одмах тапију да преда прибавиоцу. Није по закону допуштено ни оно што раде судови, у случају кад неко купи имање на јавној продаји, па пре него што му се изда тапија, он извештава суд да је добро продао и моли суд да изда тапију том купцу. И су-

дови поступају по тој молби и стварају пометињу у имовинским односима, у место да упуте купца да прво он прими тапију која гласи на његово име, па онда нека је преноси на кога хоће. Правни саобраћај са непокретностима свуда је укалупљен у нарочите форме, које имају свог смисла и појединцима не треба допустити да произвољно оступају од тога и праве пометиње.

Што се тиче питања, од ког момента се сматра да је прибавилац постао власником добра, на то питање гласи одговор, да је он власник од дана кад су странке учиниле изјаве о преносу на саслушању пред судом. Тај се дан сматра као дан преноса тапије, а од момента преноса прибавилац је сопственик односног добра.

5. Привремено убаштињење у облику прибелешке.

У земљама са баштинским књигама постоји, као што је већ напред изложено, поред дефинитивног уписа и *привремени* или условни упис у облику прибелешке. И Грађански Законик усвојио је из аустриског права привремени упис у облику прибелешке, о коме говори § 297, који гласи: „Ако ко довољног и јасног доказа за увод у баштинске књиге нема, а њему би на срцу лежало да се уведе, то он може међутим захтевати да се уведе под условом ако своје право не покаже суду, да се опет избрише; које ако би он по пропису доказао, онда првенство добија као прави господар од дана условног увођења у књиге“. Да ли се овај пропис у опште може примењивати, јер у Србији нема баштинских књига, чија се егзистенција претпоставља у § 297? Изгледа с обзиром на решење од 13. јула 1850, да § 297 треба да остане без примене, пошто се оним решењем само дефинитивни упис заменио тапијам. У пракси међутим пропис § 297 примењује се тако, што се ставља прибелешка у интабулационе књиге. То бива у случајевима, кад прибавилац добра тужи преносиоца на основу уговора о отуђењу и тражи да овај изврши пренос по тапији. Да не би преносилац осујетио извршење своје обавезе тиме што би добро пренео на друго лице, први прибавилац може да се обезбеди привременим уписом у облику прибелешке, за коју важе поред § 297 и прописи процесног права. Нарочито је важан у том погледу пропис § 386 Г. С. П., да се има у року од петнајест дана подићи тужба за убаштињење, иначе прибелешка губи своју правну важност.

II. ОСТАЛИ НАЧИНИ ПРИБАВЉАЊА СВОЈИНЕ.

1. Прибављање својине одржајем.

Књижевност: А. Ђорђевић, О одржају или застарелости као начину прибављања својине („Бранич“ III стр. 14 и даље); Алекса Милојковић, Застарелост по грађанском праву („Бранич“ V, стр. 631 и даље); Reinhardt, Die usucapio und praescriptio des röm. R. (1882); Schirmer, Die Grundidee der Usucapion im röm. Recht (1855); Klein, Sachbesitz und Ersitzung (1890).

Правна теорија разликује између *одржаја* (*usucapio*, *Ersitzung*) и *застарелости* у ужем смислу (*praescriptio*, *Verjährung*), док Грађански Законик и код прибављања стварних права и код губљења стварних и тражбених права употребљава један исти израз *застарелости*. Код прибављања права својине застарелост реч је у ствари о *одржају* (*usucapio*) и зато ће се овде тај термин употребити, и ако је он непознат Грађ. Законiku. Основна идеја код прибављања ствари одржајем је претварање једног фактичког стања, које је трајало извесно дуже време, у правно стање. Сама државина истина није довољна, ма колико дуго трајала, да претвори факт у право, пошто се траже још неки услови, али је основа прибављању својине одржајем ипак државина или употреба ствари. У § 922 који говори о застарелости, помиње се као основ застарелости употреба или неупотреба права, један термин, који се може применити на сва права у опште. Код права својине та употреба се огледа у државини.

Та државина, која је основ прибављања својине одржајем, мора бити државина у смислу § 198, т. ј. фактичка власт са вољом држати ствар као своју. Осим те својинске државине никаква друга државина не може водити својини. У § 927 то је изречно казано, и ако се по себи разуме.

Принцип да се одржајем или застарелосту прибавља својина, важи и за покретне и непокретне ствари. Што се тиче покретних ствари, одржај има у српском праву као и у аустријском, доста широко поље примене, јер та права не допуштају прибављање ствари простом предајом, без обзира да ли је преносилац био сопственик или не. У француском праву, и у данашњем немачком праву, које је усвојило француски систем, својина на покретним стварима прибавља се простом предајом, под условом само да је прибавилац био савесан. За непокретне ствари пак значајно је, да се у земљама са баштинским књигама, где важи основни принцип, да се сва права на непокретним ства-

рима прибављају искључиво уписом у баштинске књиге, не може више прибавити својина на њима одржајем. Једини начин да неко прибави право својине на једном непокретном имању је упис у баштинске књиге. Немачко баштинско право, и ако не познаје одржај као начин прибављања својине на непокретним стварима, ипак није могло основну идеју код застарелости у опште сасвим да уклони из баштинског права, наиме идеју, да се фактички односи услед дугог трајања претварају утицајем времена у правне односе. Ту идеју је немачко право примило код тако званог *табуларног одржаја* или одржаја путем уписа. По § 927 немачког грађанског законика ако неко држи једно имање 30 година, а није уписан у баштинске књиге као сопственик, он може тражити, да се путем јавности ранији сопственик позове, да у одређеном року штити своје право својине, иначе по протеку рока врши се упис држаоца у рубрику сопственика. Овај начин прибављања својине бива онда, кад односно земљиште у опште није било уписано у баштинским књигама; или, ако је било уписано, да је сопственик умро, или га је нестало и тридесет година није никакав упис у баштинске књиге био извршен са његовим пристанком. Држалац се тада може уписати као сопственик без обзира на то, каква му је била државина, законита или не, савесна или не.

Да би се одржајем прибавила својина, потребна су два елемента: *државина* и *време*. Оба елемента проучиће се засебно.

а) О државини као услову за одржај.

Државина је подлога на којој се заснива прибављање одржајем. Али свака државина није за то подобна. Потребно је да су испуњена ова три услова:

1. Државина треба да је поштена и савесна. Тражи се дакле *bona fides* држаочева (§ 926). Шта се разуме под савесном државином, већ је напред изложено.

Савесност је у римском праву била потребна у моменту самог прибављања државине. Доцнија несавесност није шкодила. *Mala fides superveniens* поп посет. Међутим пандектно је право, под утицајем канонског права, усвојило противно правило, да је за одржај потребна савесност, која је трајала за све време државине. Ово су усвојила модерна законодавства, па и српско право, као што се види из § 926, у коме се тражи да је *држање* било поштено и савесно.

Савесност би требало да докаже онај, ко се на њу позива. Непосредан доказ о постојању савесности тешко би било дати, пошто је то један феномен унутарње свести, који само субјекат може непосредно да опази. Зато је у § 223 прописано, да се савесност претпоставља, тако да онај који тврди да је држалац несавесан био, треба то и да докаже. Несавесност се доказује посредним путем, из околности које су пратиле прибављање државине.

2. Државина треба да је *законита*, што значи да је постала редовним путем, на један од начина којима се иначе својина прибавља. Тражи се, према техници пандектног права, *justus titulus*. Одредба §-а 200 о томе, шта се разуме под правичном или законитом државином, је, као што је већ раније напоменуто, неумесна и треба је што рестриктивније тумачити. Не може се узети, да је правична државина она, којом се не вређају права трећих лица, као што стоји у том пропису, већ је правична државина она, која се заснива на једном правном основу. Као такав сматра се према § 927 сваки онај основ, који у редовним приликама води својини.

3. Трећи услов је, да је државина за све време, колико се тражи да је трајала, трајала непрекидно. Не сме дакле бити прекида у државини. Прекидом се ништа већ протекло време одржаја, тако да у случају поновног прибављања државине, одржај почиње понова тећи. Као нарочити случај прекида застарелости код одржаја има да се спомене *губитак* државине губитак фактичке власти. Ту се истиче једно важно питање о томе, да ли има прекида и онда кад је државина изгубљена, против воље држаоца и убрзо за тим повраћена. У немачком праву ако је држалац изгубио државину против своје воље, али би је у току године дана опет повратио, или би је и доцније повратио али на основу државинске тужбе подигнуте у року од године дана, сматра се као да није ни било прекида (§ 940). Исто је тако и у француском праву (art. 2243). Аустријско право није изречно у овом питању, али већина писаца тумачи § 351 аустр. грађ. законика тако, да ако држалац подигне тужбу у року од 30 дана, сматра се да није било прекида.¹ У српском праву нема одредбе о овом питању, али нема сумње треба усвојити исто правило о ненаступању прекида и у срп-

¹ У том смислу постоји начелна одлука Врховног Суда од 7. маја 1878 године. Вид. *Stubenraudi*, Kommentar, I Bd. S. 427; *Krainz—Pfaff*, System, I, S. 601. Противно мишљење заступа *Randa*. Der Besitz, S. 467 ff.

ском праву, под условом да је тужба за повраћај државине одмах подигнута. Рок за подношај тужбе имао би се одређивати у сваком посебном случају према конкретним приликама.

Што се тиче застоја или суспензије застарелости, за њу важе општи прописи изложени код застарелости.

Како је положај савесног држаоца једно *правно стање*, слично са субјективним правима, то је прописано у § 942, да и ако се државина као таква не преноси, ипак се време одржаја код претходника урачунава и прибавиоцу, под условом наравно да је он савестан и поштен држалац. То је установа *акцесије* државине, која наступа само у случају кад су и ранија и садања државина законите и поштене. Пропис § 942 примењује се и на случај наслеђа, где наследнику користи под истим условима сав протекли одржај у личности *desu-jus-a*.

Код овог трећег услова за прибављање својине одржајем појављује се такође питање, да ли је сам држалац дужан да доказује, да је за све време одржаја имао непрекидну државину и како ће он то да докаже. Из § 926 изилази, да је непрекидност државине један од позитивних услова за прибављање права одржајем, тако да онај, ко се на одржај позива, мора и тај факат да доказује. Непрекидност се дакле не претпоставља. Пандектно право било је олакшало држаоцима доказивање непрекидности државине постављањем претпоставке: *Olim et hodie possessor, semper possessor*. Ко докаже почетак и свршетак државине, доказао је тиме да је и у међувремену био држалац. Исту претпоставку усвојило је и француско право (art. 2234) као и нови немачки законик (§ 938). Та се претпоставка може да прими и за српско право, пошто не би било правично натурити савесним држаоцима онај тако тежак доказ, да су за све време имали државину.

б) Време одржаја.

Покретне ствари прибављају се одржајем у својину по истеку три године од дана прибављања државине (§ 928). Непокретне ствари се прибављају за *десет* односно *двадесет* и *четири* године. По § 929 прибавља се одржајем својина на непокретним добрима, које држалац држи без тапије, кад протекне 24 године. Ако држалац има тапију, он прибавља својину по истеку 10 година.

Рокови застарелости и за покретне и непокретне ствари повећавају се у случају да је предмет застарелости једна ствар

државна, општинска или црквена, наравно у колико те ствари стоје у правном саобраћају. По § 931 за покретне ствари у том случају рок је 6 година, за непокретне са тапијом 12 год., а без тапије 36 год. Даље се ти рокови удвајају у случају, кад се господар ствари, која је предмет застарелости, налази ван Србије, и то без своје кривице. Удвајање бива наравно само за оно време, док се сопственик налазио у иностранству (§ 932).

2. Прибављање својине заузимањем или окупацијом.

Књижевност: А. Ђорђевић, Окупација („Архив“ I, стр. 6); *Schmitt*, Die Okkupation als Eigentumserwerbsart (1898).

Прибављање својине окупацијом или једностраним актом прибавиочевим у модерном праву је доста сужено. Економска добра, која су предмет својине, махом су раздељена међу појединце, тако да о прибављању својине на тим стварима самовласним заузимањем не може бити говора. Ипак има извесних добара, која ником не припадају и на којима се може стећи право својине простим заузимањем. И Грађански Законик допушта то прибављање својине окупацијом па стварима које нису ничије. По § 228: „Неке ствари, које ни у чијој власти нису, може свако заузети и задржати и тим самим оне прелазе у његову сопственост и он постаје њиховим господаром“. У истом смислу је и § 25 Г. З. Овај се пропис у начелу односи и на покретне и непокретне ствари.

На стварима и једне и друге врсте, кад нису ничије, прибавља се својина прибављањем државине. Чим се има фактичка власт, има се и правна власт или својина. Односно непокретних ствари ваља приметити, да модерна права са уређеним баштинским књигама не познају више окупацију као модус прибављања својине. У случају кад се нађе једно непокретно имање као ничије, овлашћена је једино држава да га заузме, али и она постаје сопствеником тек од тренутка кад се буде уписала у баштинским књигама као сопственик (§ 928 немач. грађ. зак.).

1. Окупација непокретних ствари.

Да би окупација код непокретних ствари могла одвести праву својине, потребно је да се те ствари не налазе „ни у чијој власти“ (§ 228). Под тим изразом треба разумети како фактичку власт или државину, тако и правну власт или својину. Под ничијим стварима разумеју се две категорије ствари: Оне које нису до

окупације у опште биле ни у чијој својини (*res nullius* у ужем смислу) и оне које су биле у нечијој својини, па су доцније од сопственика напуштене (*res derelictae*). У ствари прве категорије долазе тако звана *пустиа места*. Таква места може свако слободно заузети и на њима прибавити својину (§ 229). Под пустим местима разумеју се она места, која никад нису била обрађивана. Таквих места има по планинским голетима. У пошумљеним планинама, где је извршено ограничење шума, нема више земљишта, која би се могла окупацијом заузети. У ствари друге категорије долазе према § 230 она земљишта, која су раније била обрађивана, али их је сад сопственик напустио. И таква земљишта назива Законик „пустим“ и допушта њихову окупацију у овим случајевима: 1. Ако правог господара нема за десет година, нити му се трага и гласа зна, осим ако му није било могуће вратити се и јавити се. Ту немогућност би он сам имао да доказује. Својина на таком напуштеном имању прибавља се простим заузимањем, под условом да је заузимање извршено пошто је протекло десет година од дана напуштања имања. 2. Окупација је допуштена и пре тог рока, и ако дакле није прошло десет година, чим је добро сасвим запуштено и у луг обрасло било, тако да се морало понова крчити. 3. Ако је прави господар, пошто је напустио своје добро, дознао да је исто други заузео, па се у року од године дана не би вратио. У овом трећем случају прибавља се својина условно и пре истека рока од десет година.

Нарочити, квалификовани случај присвајања окупацијом је крчење шуме у случајевима законом дозвољеним. По данашњем закону о шумама крчење није више допуштено, тако да су §§ 232 и 233 без примене.

Од прибављања својине окупацијом изузета су наравно она јавна непокретна добра, која служе на употребу свију и која само делимице могу стајати у правном промету (§§ 234 и 26).

2. Окупација покретних ствари.

а) Над извесним дивљим животињама прибавља се својина кад се оне ухвате или убију. Ту долазе медведи, курјаци, дивље свиње, лисице, као и срне, јелени и зечеви. Исто тако и птице, биле оне за јело или не (§ 235). О лову постоје нарочити административни прописи у закону о лову од 16 јула 1898.

По § 236 сматра се дивљач ухваћена или припитомљена да

дотле припада држаоцу, док се налази у његовој власти. Чим она постане немирна и измакне се из његове власти, престаје и право својине. Животиња се сматра и даље као дивља и сваки је може хватањем или убијањем присвојити. Што се тиче домаћих, питомих животиња: коња, волова, оваца, свиња, као и живине, и т. д. право својине на њима не губи се тиме што би се животиње измакле испод власти држаоцеве. Оне остају и даље у својини досадашњег господара и он може својинском тужбом тражити њихов повраћај (§ 238). У питоме животиње убраја § 239 и голубове и домаће ројеве пчела. Само односно ројева из домаћег пресада постоји нарочита одредба, да се право својине истина не губи самим тим, што се рој измакао испод власти сопственикове, али да се он губи, ако господар роја пропусти за двадесет и четири сата ићи за ројем и ухватити га (§ 240). После тога рока ко ухвати рој, прибавља и право својине на њему, као и на свакој другој дивљачи. Овај пропис се обично сматра као најкраћа застарелост¹ услед које се губи право једно, ма да је то схватање сасвим погрешно. На првом месту право својине се не губи застарелошћу. На другом месту рок од 24 сата и сувише је кратак, да би могло бити речи о утицају времена на измену правних односа. И на трећем месту најважнији аргуменат против тог схватања је та околност, што сопственик роја често пута трчи пуних 24 часа за ројем и не стигне га. Губитак својине ту наступа не зато, што би се сопственик помирио са једним фактичким стањем, противним његовом праву својине, већ просто зато, што је рој постао неком врстом дивље животиње, коју сваки може слободно ухватити. Што се тиче шумског роја у грму, он се сматра као ничија ствар и подлежи слободном заузимању (§ 241).

б) На рибама у начелу прибавља се својина такође окупацијом (хватањем), сем ако није риболов нарочито забрањен или дат неком приватном лицу под искључив закуп. И о риболову постоје особени административни прописи у закону о риболову од 27. јула 1898.

в) Грађански Законик предвиђа један нарочити случај, у коме се не прибавља својина окупацијом на покретним стварима, да би пресекао евентуалне спорове. То је пропис § 255 који гласи: „Ко туђу покретну ствар од пропасти спасе, он има право

¹ Види чланцић Драг. Е. Столновића: „Застарелост својине пчелињег роја“ у Гласу Права III, (1904), стр. 783.

од господара ствари само накнаду трошкова захтевати, као и сразмерну награду за свој труд“. У § 256 предвиђен је нарочити случај са отимањем овце од курјака, па је прописано, да накнада трошкова, односно штете, као и награда за труд, не могу бити веће од вредности саме овце. По § 257 исти принципи важе у случају спасавања ствари од пожара, као и приликом бродолома. Ни у једном од та два случаја није допуштено присвајање ствари окупацијом.

3. Прибављање својине услед физичке везе или спајања двеју ствари.

Књижевност: А. Ђорђевић, Спојидба покретних ствари и прерада туђе ствари као начини прибављања ствари („Архив III, стр. 1 и 113); Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung (Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 44, S. 361).

Две или више ствари могу бити физичком везом тако спојене међу собом, да или поједине од њих, или све изгубе своју индивидуалност и постану у првом случају саставним делом једне главне ствари, а у другом образују једну сасвим нову ствар. Ако те поједине ствари, које се доводе у везу једна с другом, припадају разним лицима, онда се и својински односи у неколико мењају. Отуда се може десити, да једно лице постане сопствеником неке ствари услед везе те ствари са неком његовом ствањју. О тим случајевима прибављања својине је овде говор.

I. Физичка веза између једне покретне и једне непокретне ствари, ако је такве природе, да покретна ствар не може да се одвоји од непокретне, а да се једна или друга не покваре или у вредности не умање, има за последицу (§ 189), да се покретна ствар са правног гледишта сматра као припадак непокретне ствари и према томе и сама важи као непокретна ствар. Правни значај ове физичке везе лежи у томе, што покретна ствар дели правну судбину непокретне ствари, тако да она сад прелази у својину оног лица, које је сопственик непокретне ствари. Равнодушна је при томе ствар, да ли је веза извршена од стране сопственика, или другог неког лица. Ово правило изречено је у § 275, у коме стоји, да сопственик покретне ствари неће моћи тражити натраг своју ствар, ако се она од главне ствари не може одвојити без порушења главне ствари. Он има само право на накнаду обичне вредности, ако је веза извршена у незнању или нехотице. Ако је пак онај намерно и са знањем употребио туђу

ствар, платиће двоструку вредност.¹ Пример за прибављање ствари физичком везом је узиђивање прозора или других каквих битних делова у зграду.

Физичка веза између двеју покретних ствари има се аналого посматрати. Само у том случају ваља изнаћи, која је главна а која споредна ствар. Пропис § 275 односи се и на овај случај, јер он говори у опште о вези ствари, не правећи разлику између покретних и непокретних добара.

II. Особени случај физичке везе са једном непокретном ствари је зидање зграде на земљишту. Према § 189 зграде се сматрају као припадак земљишта и као такве деле судбину главне ствари. Оне не могу бити предметом особених стварних права. Међутим дешава се да зграду подигне неко на туђем земљишту, или је неко подигне на свом земљишту, а с туђим материјалом. Својински односи, који тада настају, су прилично компликовани. Законодавац је имао ту да помири интересе сопственика материјала са принципима правне технике, који захтевају, да припадак дели правну судбину главне ствари (*accessorium sequitur principale*). Како је Грађански Законик ово питање решио, видеће се из следећих хипотеза, које је он предвидео.

1. Неко је на свом земљишту подигао зграду од туђег материјала. Ако је он то у незнању урадио, ако је дакле био *bona fide*, онда ће зграда бити његова, по правилу: *superficies solo cedit*. Онај, чији је грађевински материјал употребљен за зидање, има право на накнаду вредности, коју је материјал имао. Вредност се одређује према обичној цени материјала у времену грађења (§ 277 став I). Ако би сопственик земљишта знао, да материјал није његов, па би ипак зидао, и у том случају примењује законодавац правило, да је зграда припадак земљишта и да она према томе прелази у својину оног лица, чије је земљиште, само што је сада обавеза сопственика земљишта и зграде на накнаду вредности материјала проширена. У место да плати материјал по обичној цени, он је дужан дати двоструку вредност материјала. Осим тога, ако би господар материјала имао још какву штету од тога, што су његове ствари употребљене за зидање туђе зграде, сопственик земљишта дужан је накнадити му и ту

¹ У § 278 *in fine* стоји и ово: „...осим ако поправка није веће вредности него сама ствар, онда паравно ствар уступа поправци“. Шта је тим законодавац мислио, тешко је рећи. Изгледа да се овај пропис односи само на покретне ствари, где донета може бити примењен. Тада би главна ствар прешла у својину споредне ствари.

особену штету (§ 277 став II). Као што се види, законодавац је овде на доста погодан начин измирио интересе и сопственика земљишта и сопственика грађевинског материјала.

2. Неко је подигао зграду од свога материјала, али на туђој земљи. И у овом случају примењује се принцип: *superficies solo cedit*. Зграда ће припасти ономе, чије је земљиште. Сопственик земљишта је дужан накнадити штету грађевинару по обичној цени материјала, под условом да је грађевинар приликом зидања био *bona fide*, т. ј. да није знао да зида на туђем земљишту (§ 278 став I). Ако би грађевинар знао, да земљиште није његово, или би чак и против изречног неодобравања од стране сопственика даље зидао, онда зависи од сопственика земљишта, хоће ли задржати зграду као своју или не. Ако хоће да задржи зграду, он је дужан по обичној цени да накнади грађевинару вредност материјала. Иначе је грађевинар обавезан уклонити зграду и поред тога евентуалну штету од зидања накнадити сопственику земљишта (§ 278 став II).

Сасвим противна солуција усвојена је на случај, да је грађевинар зидао зграду на туђем земљишту, не знајући да земљиште није његово, а сопственик је знао за зидање и исто је мирно гледао и грађевинара не би опомињао, већ се тек кад је зграда била подигнута, изјаснио против зидања. У таквом случају сопственик земљишта не може да се користи правилom *superficies solo cedit*, а још мање може захтевати, да се зграда поруши и материјал однесе. На против, грађевинар има право да исплати сопственику обичну цену земљишта и да на тај начин постане господаром и земљишта и зграде (§ 278 став III). Ово је један случај експропријације, која наступа као нека врста казне за *mala fides* сопственика земљишта.

3. Ако је неко зидао зграду и туђим материјалом и на туђем земљишту, онда се примењују §§ 277 и 278 и то први на однос грађевинара према сопственику материјала, а други на његов однос према сопственику земљишта.

4. Вид. § 280 и Уредбу од 3. априла 1840 год., која је том параграфу додата, где је предвиђен случај, да је зграда подигнута на туђем земљишту, али по пристанку сопствениковом, односно на основу уговора, којим је грађевинару уступљено право на зграду. Оваки уговори били су пре ослобођења земљишта од спахија врло чести, а данас су они српском праву непознати. У римском праву постојало је право на зграде, од-

носно право на подизање и уживање зграда на једном одређеном земљишту (*superficies*), а у данашњем немачком праву постоји сличан институт под именом *Erbbaurecht*, за који важе исти принципи, као и за својину на непокретном имању (§§ 1012—1017).

4. Прибављање својине услед смеше или прераде ствари.

Књижевност: Sokolovski, Die Lehre von der Spezifikation (Savigny-Zeitschrift, Bd. 17, S. 252); A. Ђорђевић, op. cit.

И римско право и готово сва модерна права чине разлику између *прераде* једне ствари, услед чега она добије други облик и постаје ствар друге врсте, и *смеше* двеју ствари, услед чега или постаје нека нова, трећа ствар, или се само промени њихова количина, што бива наравно само онда, кад су обе ствари истог рода. Међутим аустриско право не прави разлику између смеше и прераде, већ говори о обема начинима прибављања својине у истим прописима (§§ 414—416). Српски Грађ. Законик говори о преради ствари у § 269 само у толико, што поставља правило, да прерађивач једне туђе ствари самим тим још не постаје сопствеником нове ствари. У даљим прописима помиње се само смеша, а не и прерада. Међутим очигледно је, да је и у српском праву као и у аустриском, прерада изједначена са смешом, тако да важе исти прописи и код једне и код друге.

Основни принцип код смеше и прераде туђих ствари изречен је у § 269. По том пропису, у начелу се прерадом туђе ствари или смешом своје ствари са једном туђом не стиче право својине на туђој ствари. Законик прави на првом месту разлику, да ли се смешане или прерађене ствари могу понова издвојити и раставити, или не. У првом случају, ако је дакле одвајање могуће, ствари ће се о трошку онога, који је смешу учинио, повратити у пређашње стање, т.ј. тако поделити, да сваком припадне његово (§ 270). У другом случају пак, кад је могуће помешане или прерађене ствари повратити у пређашње стање, сматра се као правило, да смешом или прерадом добивена ствар припада обојици заједнички. Оба лица имаће сусвојину на новој ствари (§ 271).

Правна судбина прерађене или смешом добивене ствари зависи даље од тога, да ли је помешач или прерађивач без знања и воље господара ствари смешу или прераду извршио, у намери да овога оштети. У таквом случају не признаје се за-

једничка својина, већ се цела ствар даје оном сопственику, против чије је воље смеша извршена. Кривац има једино право на накнаду најмање цене, коју је његова ствар имала (§ 272). Међутим невинна страна није обвезана да прими смешану ствар. Ако она неће ствар да прими, може захтевати да јој се да накнада за целу ствар, и то у облику највеће цене коју би ствар имала. Овим није искључено право на евентуалну већу штету, коју би то лице услед смеше ствари претрпело (§ 273).

Ако би две ствари, које имају разне господаре, тако помешане биле, да се не могу раставити, а нико није за ту смешу крив — смеша је изазвана случајем, за који нико не одговара — онда право на целокупну нову ствар има онај, чија је ствар била скупоценија. Наравно да је он дужан другом лицу накнадити праву вредност његове ствари. Међутим господар скупоценије ствари може и то захтевати, да смешана ствар припадне оном лицу, а њему да се исплати вредност његове ствари (§ 274).

5. Прибављање ствари прираштајем.

Књижевност: Francke, Zum Fruchterwerb (Archiv für civilistische Praxis, Bd. 43, S. 309); Isaac, Die Frucht und ihr Erwerb (1892); Bensch, Eigentumserwerb an Früchten (1897); A. Ђорђевић, Одвајање плодова као начин прибављања својине („Архив“ II, стр. 292).

Грађански Законик назива *прираштајем* или *припадањем* све оно, што из једне ствари проистиче, или се само собом њој прилаже, па било да је прираштај изазван природним узроцима, било вештачким радом, било једним и другим (§ 258). За све те ствари, које се према другој некој ствари јављају као прираштај или припадак, важи једно опште правило, да оне самим постанком прелазе у својину сопственика главне ствари. Зато што су прираштај или припадак друге неке ствари, оне припадају истом лицу, које је власник главне ствари. Иначе међу тим стварима има врло мало сличности. Грађански Законик разликује неколико група:

1. *Органски производи и плодови земље* (§ 259). Траве, гљиве, јагоде и у опште сви производи које земља даје, припадају ономе, чије је земљиште. У § 259 стоји изречно, да то важи за оне производе, који без труда човечијег, једино под утицајем природних сила постају, али је несумњиво да и они плодови, који се добивају обрадом земљишта, припадају сопственику. Законодавац је сматрао да плодови, који се добивају

обрађивањем земље, престављају ону корист, која се има од својине, и да према томе није потребан и нарочити законски пропис о томе. Сумња је могла бити само о оним производима земље, који постају без учешћа човечијег рада, и зато је прописано, да се они сматрају као прираштај и да припадају сопственику земљишта. Као допуна овог правила о плодовима као прираштају може се сматрати пропис § 281 у коме стоји, да ко посеје туђу њиву, самим тим радом не стиче својину на плодовима њиве. Плод припада сопственику земљишта. Лице које је њиву посејало и обрађивало има једино право на накнаду трошкова за семе и обрађивање, под условом да је у погледу права својине на њиви било *bona fide*. Иначе ако је то лице знало да је њива туђа, па ипак је обрађивало, нема права ни на ту накнаду. Исто важи и у случају кад је неко засадио туђе земљиште другим чим, а не житом. Ако је пак и семе и расад био туђ, а и њива туђа, поступиће се по § 279 који је напред већ објашњен.

Као што се види, плодови припадају сопственику без обзира на то, да ли је он обрађивао земљиште или не, да ли је у опште и био у државини земљишта или не. Власник ствари прибавља својину са фактом *одвајања*. Чим се плод одвоји од главне ствари, по самом закону прелази у својину власника земљишта. Одвајање је разлог што се плод сматра као засебна ствар, али одвајање као такво није основ прибављања својине као што сматрају неки правници.¹ Основ прибављања је прираштај или припадак правној ствари. Кад ствар не држи сам сопственик, већ је држи друго неко лице, било као држалац савесни, било као ималац права ужитка, онда сви за време трајања права уживања одвојени плодови припадају не сопственику земљишта, већ уживаоцу или закупцу.

Савесни држалац стиче на плодовима својину под истим условима као и власник ствари, простим одвајањем или сепарацијом плодова. Што се тиче титулара ужитка, за њега је у римском праву важило начело, да он прибавља плодове не услед самог одвајања, већ тек збирањем плодова, *перцејцијом*, узимањем плодова у државину.² Исто је то вредило и за оне, који би уживали ствар по тражбеном основу. Модерно право не чини ту разлику, већ и титулару ужитка и закупцу признаје право својине на плоду са самим фактом одвајања. Тако је у немачком

¹ Тако сматра одвајање A. Baptesuh, op. cit.

² Dernburg, Pandekten I, § 205.

праву (§ 954), а тако је и у аустриском праву.¹ У француском праву међутим постоји супротно правило. И савесни држалац и ималац ужитка прибављају плодове не услед самог одвајања, већ тек перцепцијом, збирањем плодова, лично или преко заступника.² Што се тиче српског права, оно има исти систем као и аустриско право. И титулар ужитка као и сасвесни држалац прибављају плодове самим одвајањем, без обзира на то, ко је одвајање извршио и да ли су плодови у државини уживаоца односно неког другог лица (в. §§ 204 и 382). Овако решење је несумњиво боље и природније.

II. Органски производи животиња сматрају се такође као припадак главне ствари и на њима стиче својину оно лице, чија је главна ствар. У § 260 побројани су примера ради младунчад од домаћих животиња, теле, јагње ит.д.; као и други добитак који се од животиња има: млеко, вуна, јаја од живине ит.д. Пошто је за приплод потребно спаривање два примерка разног пола, то је у § 261 прописано, да би се избегли спорови, да се мушка животиња при приплоду не узима у обзир нити господар мушке животиње може тражити какав део од приплода, наравно изузев случаја нарочите погодбе.

III. Особени случај прираштаја постоји код земљишта, која леже на обалама река и језера. Пошто вода рони земљиште и у току времена мења његову просторност, то је било потребно нарочитим правилима регулисати те промене извршене било лаганим утицајем, било једним наглим надоласком воде, када и читаво комађе земљишта може да буде однето. Законик предвиђа ове случајеве:

1. Кад вода неприметно, мало по мало, сноси земљу са једног места на друго, онда ће тај прираштај припасти господару обале (§ 265).

2. Ако би вода силином свога тока откинула читав комад земље с једне обале и на другу пренела, то ново земљиште неће припасти одмах господару обале, куда је однесено. Оно остаје и даље у својини ранијег сопственика. Тек у случају ако би сопственик откинутог земљишта исто напустио, што ће се узети да постоји, кад он за годину дана не би земљиште радио или се њиме иначе користио, сопственик обале постаје и сопствеником снесеног комада. Овај случај прибављања својине предвиђа § 266

¹ *Krainz—Pfaff*, I, § 205.

² *Planiol*, t. I (1911), p. 710, 873.

који треба у толико допунити, што ће се правило, које он изриче, проширити и на случај да вода откине један комад земље, али га не снесе на супротну обалу, већ га на истој страни реке придода другом неком земљишту.

3. Острво које би постало на речици и лежало на средини воде, сматра се као прираштај оних земљишта, која леже дуж обале и зато припада сопственицима прибрежних земаља. Ако није у средини, оно припада оном земљишту, на чијој се страни налази. Острва на пловним рекама припадају држави (§ 262). У § 263 предвиђен је случај поплаве и суше, па је прописано, да ће поплављена земљишта остати и даље у својини свога господара, а пресушена корита припашће ономе, чија је текућа вода била. Наравно у случају поплаве претпоставља се, да ће се вода вратити у своје корито, јер иначе, ако би вода стално остала, право својине на поплављеном земљишту би престало услед уништаја предмета, на који се оно односило.

У § 264 прописано је, да кад вода своје корито остави, суседни господари који би услед те промене какву штету трпели, имају право да штету првенствено покрију из остављеног корита, тиме што ће поједине делове његове заузети. У случају сиора решава суд о величини накнаде.

4. Пропис § 268 говори о промени права својине у случају кад се брдо орони или га вода подрије тако да се земљиште снесе на туђу нижу земљу. Ако је горња земља сроњена доњу тако поклопила, да је свој пређашњи вид изгубила, ако је материјал од горње земље ту, а форма и облик не, онда својина на тој сроњеној земљи припада ономе, чија је доња земља. Ако пак сроњена земља задржи свој облик или свој *вид*, како стоји у Грађанском Законику, она остаје у својини пређашњег господара, само је овај дужан накнадити штету ономе другоме по процени вештака.

6. О прибављању својине на предметима, који леже на граници двају земљишта.

Из суседских односа развила су се правила о својини на дрвећу, које би се налазило на граници. По Грађанском Законику право својине на једном дрвету припада оном лицу, на чијем се земљишту налази стабло дрвета, без обзира на правац грана и корена. Међутим § 282, који изриче то правило, овлашћује суседе да гране које прелазе на њихову страну, као и

жиле које се пружају у њиховој земљи, могу отсећи. Римско право је тако егоистично било у одређивању садржине права својине, да је допуштало отсецање грана чак и онда, кад оне не наносе никакву штету, нити нуколико утичу неповољно на право суседа. Овај егоистички принцип усвојило је и српско право, преко аустриског права. Што се тиче плодова дрвета који би пали на суседово земљиште, они припадају суседу. Овде је српско право одступило од римског права, које је својину на плодовима безусловно признавало сопственику дрвета, дајући му још и особено право да дође на земљиште суседа и плодове покупи. У српском праву § 283 важи само за оне плодове, који би сами опали са дрвета. Свако трешење грана је недопуштено и поред кривично-правних последица даје сопственику дрвета и право на накнаду штете.

Ако се дрво налази на самој граници, онда је оно заједничка својина граничара (§ 282 *in fine*). Плодови се деле на пола, као што се и материјал, у случају да се дрво одсече, на пола дели.

7. О прибављању својине на нађеним стварима.

Књижевност: А. Ђорђевић, Налазак изгубљених ствари и блага као начин прибављања својине (Архив II, стр. 9); Ј. Ђ. Авакумовић, Присвојење нађених ствари (Право II, стр. 35); Л. Марковић, О налазачу изгубљених ствари (Брашно 1906).

Изгубљене ствари су оне, које се не налазе више у фактичкој власти сопственика или држаоца, а против воље његове, тако да он не зна где су. Само затурена ствар не сматра се за изгубљену, пошто је извесно, да је ствар у кући, у башти, али се не зна где је тачно, на ком месту. Губитком ствари у начелу не губи се и право својине. Позитивно право пружа извесна средства ономе, који је изгубио ствар, да исту опет добије. Изузетно само допушта се и прибављање својине ономе који ствар нађе. Налазач нема дакле право да ствар присвоји као ничију, према пропису § 242 став I: „Ствар изгубљену ако нађеш, није *твоя*“. Пропис § 228 о окупацији, који гласи: „Неке ствари, које ни у чијој власти нису“.... не стоји у контрадикцији са прописом § 242, јер он претпоставља ноторно ничије ствари. Фактичко је питање, како ће се узети, да ли је ствар ничија, или је изгубљена.

Аустриски законик поставио је у § 338 у корист изгубље-

них ствари претпоставку: „Es ist im Zweifel nicht zu vermuten, dass jemand sein Eigentum wolle fahren lassen“. У сумњи се узима да је ствар само изгубљена, а не да је својина на њој напуштена. И српско право могло би примити ову претпоставку.

Грађански Законик говори непрестано о господару ствари, а не о изгубиоцу. Међутим изгубилац може бити и држалац, а не само власник. Закон говори о ономе што је најчешће, тако да се може проширити и на држаоца. Било би неправично кад би се изгубиоцу наметнуо увек доказ, да он утврди да је и сопственик изгубљене ствари.¹

I. Ако је налазач познао чија је ствар, дужан је да је преда власнику (односно држаоцу). Он није паравно обавезан да је лично однесе власнику, већ је главно да га извести о наласку и да му стави ствар на расположење. Налазач има право на награду у износу двадесет од сто од вредности ствари (§ 244). Обавеза на предају ствари сопственику постоји у сваком случају, макар ствар имала и најмању вредност. Ако налазач не би одмах ствар предао власнику, одговоран је овоме за сву штету коју би он од тога имао, а осим тога губи право на награду (§ 246).

II Ако налазач ни по чему није познао чија је ствар, онда се разликују три случаја: 1. Вредност ствари је испод 0·80 динара (један двадесетак). Тада налазач није дужан да пријављује власти налазак ствари. Ствар припада њему и он ни за шта не одговара, ако би се доцније нашао прави господар, сем што мора ствар да врати, ако је још има. 2. Ако је вредност ствари испод 9·60 динара, за њен налазак јавља се општинској власти. 3. Ако је ствар од веће вредности, налазак се пријављује полициској власти. У оба ова последња случаја могу се предвидети две хипотезе, према томе да ли је налазач испунио своју обавезу пријаве или не.

а) Налазач је уредно јавио власти за налазак ствари. Пријава се има учинити одмах, т. ј. без одлагања, иначе постоји одговорност власника, као и у § 242. Општинска или полициска власт дужна је јавно да обзнани налазак ствари и позове овлашћена лица да своју ствар приме. Кад прође прилично времена од дана учињене објаве, па се нико не јави, власт је дужна да се постара о чувању ствари, било да је повери самом налазачу или другом ком лицу, било да је остави код својих органа.

¹ Истог мишљења и А. Ђорђевић, *оп. cit.*

Ако би ствари претила опасност од пропасти, изложиће се продаји па ће се цена чувати место ствари (§ 243).

Ако се у року од године дана од дана објаве јави господар ствари, њему се ствар предаје, а он исплаћује награду налазачу у износу петише вредности ствари. Ако се нико не јави у том року, онда се поступа по § 245. Нађена ствар или добивена цена предаје се налазачу, који према ствари стиче положај савесног држаоца. Он може ствар да ужива, употребљава, али не сме да је уништи, јер ако би се власник ствари јавио у току следеће три године, ствар му се мора предати, било ствар, било цена њена. Што се тиче плодова и осталих користи од ствари, њих налазач не враћа. Кад протекну три године, налазач стиче својину па нађеној ствари и није више ни за шта одговоран сем ако се утврди да је био непоштен, да је дакле знао чија је ствар, па је ипак ћутао. Спорно је питање, по ком основу савесни налазач прибавља својину по истеку три године. Једни правници сматрају, да се својина прибавља одржајем,¹ док други заснивају налазачево право својине на трогодишњем ћутању од стране сопственика.² Прво мишљење није добро зато, што налазач *није* савесни држалац, да би могло бити одржаја. Друго мишљење меша мотив за прибављање са правним основом. Правни основ прибављања је *законски пропис*, јер налазач по закону прибавља својину на нађеној ствари.³

б) Налазач није јавио власти за налазак ствари, нити је предао ствар власнику у случају да је по неком знаку познао чија је ствар. У таквом случају он одговара за сву штету коју би претрпео власник, а губи и право на накнаду (§ 246). Поред грађанске одговорности постоји и кривична одговорност под нарочитим условима. Према § 230 Казненог Законика као утајивач сматра се и онај, ко туђу покретну ствар нађе, па ову на штету господара потроши, заложи или отуђи, или пред власти лажно одриче, да је ствар код њега, т. ј. да ју је нашао.

III. Ако би више лица заједнички нашли једну ствар, онда свима припадају једнака права и дужности (§ 247). Да би се избегли спорови о томе, је ли ствар заједнички нађена или не, закон је прописао (§ 247 друга реченица), да се сматра као за-

¹ Д. Маџић, Објасненије Грађанског Законика, II, стр. 371.

² Овако А. Ђорђевић, *op. cit.* по угледу на аустриског правника Крајнца (*Krainz-Pfaff*, I S. 611).

³ Овако и *Dernburg*, *Bürgerliches Recht*, I, § 116.

једнички налазач и онај, који је први ствар видео и за њу се машио, макар је други неки пре њега дохватио. Израз „машити се“ треба разумети тако, да је учињен ма какав покрет у циљу узимања ствари.

8. Прибављање својине на сокровишту или нађеном благу.

Књижевност: А. Ђорђевић, Налазак изгубљених ствари и блага (Архив, II, стр. 101 и даље); F. André, Die Lehre vom Schatz (1884); Dolezydi, Fund und Schatz (1901).

Под сокровиштем или нађеним благом разумеју се у смислу § 250 оне покретне ствари, које су тако дуго скривене биле, да им се прави господар не може наћи. Право својине на тим стварима регулисано је друкчије него код осталих нађених ствари. Али зато се само неке ствари сматрају као сокровиште или нађено благо, наиме оне ствари, које имају велику вредност. То су новац, злато или сребро, драго камење и у опште драгоцености. Немачки грађ. законик не прави ову разлику и све ствари, без обзира на њихову реалну вредност, сматра као нађено благо, чим су оне тако дуго биле сакривене у земљи, да им се више не зна сопственик (§ 984). У српском праву пак, на ствари које нису драгоцености примењују се општи прописи о нађеним стварима.

Да би се нађене ствари сматрале као благо, није законски услов да су биле скривене и нађене баш у непокретној ствари, у земљи. Као нађено благо сматрају се и ствари нађене у покретностима, у старом намештају на пример. Што у § 251 стоји, да једна трећина вредности припада господару земљишта, где је благо нађено, ту закон мисли на случај, који најчешће бива. Овако мишљење има и А. Ђорђевић,¹ а такво схватање постоји и у аустриском и немачком праву.

За нађено благо Грађански Законик прописује, да се оно дели на три дела: један део припада држави, други налазачу, а трећи сопственику земљишта. Ради тога су налазач и сопственик (ако зна за ископано благо) дужни одмах то доставити државним властима (§ 250 in fine). Неиспуњење ове дужности и задржавање целог блага за себе чинило би логички утају, пошто држава самим проналаском постаје сопствеником једног дела со-

¹ op. cit. („Архив“ II, стр. 102—103).

² Stubenrauch, Kommentar I (VIII Aufl.) S. 498; Dernburg, Bürg. Recht, II, § 117.

кровишта, тако да налазач задржава код себе туђу ствар. Међутим у Кривичном Законнику је изречно речено у § 233 да задржавање нађеног блага није утаја, већ повлачи само грађанско-правне последице. У § 252 прописано је, да оно лице, које не би јавило власти за налазак блага, губи право на трећину вредности блага. Његова трећина се има дати оним лицима која би га доставила, или, ако таквих лица не би било, припала би државној каси. Пропис § 252 је у толико нејасан, што изгледа да само налазач губи право на трећину, а не и сопственик, ако ни он не буде јавио власти. То није међутим тачно, јер је у духу законика, да и сопственик земљишта одговара за непријаву исто онако као и налазач, под условом наравно, да је он за налазак блага знао.

Ако је међутим сам сопственик нашао благо, њему припада и она трећина налазачева, тако да он добија укупно две трећине.

Грађански Законик прави даље разлику, да ли су благо нашли нарочито најмљени радници, који су били плаћени баш за то тражење, или иначе радници, који су имали друго нешто да раде, па су том приликом и благо нашли. У првом случају (§ 257) налазачи немају право на трећину вредности блага, већ само на уговорену цену за рад. Њихова трећина припада сопственику земљишта. У другом пак случају имају радници право на трећину блага (§ 253).

Прибављање својине на нађеном благу врши се на основу самог закона. Чим је благо ископано, оно прелази у својину горе означених лица, тако да није потребан никакав акт окупације.

ЗАШТИТА СВОЈИНЕ.

Право својине је најважније приватно право и зато се о његовој заштити говори опширније него код осталих приватних права. Позитивно право није се могло задржати само на томе, да каже, да у случају повреде права својине сопственик може судским путем да тражи заштиту, већ је изближе расправило поједине случајеве повреде својине и изложило разне облике у којима се даје заштита праву својине. Та опширност правда се и тиме, што су повреде права својине и многобројне и разнолике, и по својим последицама врло важне, тако да су и мере за заштиту својине морале бити многоструке. Ово истицање својине над осталим правима било је и у римском праву

познато и оно у ствари води порекло из римског права, које је познавало *три* врсте својинских тужба са разним садржинама и претпоставкама. Те три тужбе постоје и у модерном праву, па се према томе налазе и у српском праву. Једном тужбом се штити фактичко уживање ствари од ма каквог узнемиривања и сметања. То је *actio negatoria*. Друге две имају за циљ да се сопственику поврати ствар, која му је ма на који начин одузета. Главна и чисто својинска тужба у циљу повраћаја ствари јесте *rei vindicatio*. Допунска својинска тужба, у којој има и државинских примеса јесте *actio Publiciana*.

1. Тужба за повраћај ствари (*rei vindicatio*).

Књижевност: Cramer, Beitrag zur Lehre von der Eigentumsklage (1892); Cronberger, Die Ansprüche des Eigentümers (1898); Wetzell, Der römische Vindikationsprozess; Jobbi-Duval, Etude historique sur la revendication des meubles en droit français (1881); Van Bemmelen, Le système de la propriété mobilière (1887); Saleilles, De la possession des meubles (1907).

Ово је најважнија својинска тужба или својинска тужба у ужем смислу речи. Као стварна тужба она важи према свима лицима, односно према сваком лицу, које би ствар имало у рукама. Том тужбом сопственик хоће да поврати ствар у своју државину. Она претпоставља, да се ствар која је предмет својине, не налази у рукама, односно у државини сопствениковој већ код неког другог лица, држаоца или детентора. Како пак право својине добива свој највиднији израз у државини, како се без државине од ствари не могу извлачити привредне користи, то је разумљиво да је сопственику много стало до тога, да и државину ствари прибави, да има дакле и фактичку власт на оном предмету, на коме има правну власт или својину. Зато је ова тужба управљена против онога, који има ствар у својој државини и садржина јој је захтев, да држалац преда ствар сопственику.

И ако је *rei vindicatio* управљена на повраћај државине, ипак се њена суштина не састоји само у васпостављању једног фактичког стања, сагласног са правним стањем. Специјално у римском праву главна ствар код *rei vindicatio* било је то, да се утврди право својине на спорном предмету. Повраћај ствари бивао је само логична последица утврђеног права својине тужиоцевог. Према томе у својинском спору, заснованом вандикаторном тужбом главна дужност суда била је, да расправи питање о својини и да својом пресудом утврди да ли на спорној

ствари припада право својине тужиоцу. Осуда на повраћај ствари јављала се само као последица утврђеног факта, да је тужилац доиста сопственик. Према томе судска одлука, да је ствар тужичева — *rem actoris esse* — имала је снагу извршне пресуде. Она је важила и према трећим лицима, јер је њоме утврђено једно стварно право, које важи *adversus omnes*. Та одлука није се могла више обарати и ако би други неко повео својински спор, сопственик, чије је право својине утврђено судском одлуком, могао би истицати *exceptio rei judicatae*.

Новије немачко право одвојило се код овог питања од римског права и ограничило је дејство пресуде у својинском спору у начелу само на странке и њихове следбенике. И у немачком праву је наравно потребно, да судија буде уверен, да ствар припада тужиоцу, да би му је могао досудити, али ово уверење нема значај једне дефинитивно утврђене чињенице. Оно налази израза само у разлогу суда, а не и у тексту одлуке. То значи, да је могућност доказивања противнога у другом својинском спору са другим личностима потпуно отворена. Та премиса о праву својине тужичеве, из које произлази осуда туженога да ствар поврати тужиоцу, лишена је атрибута дефинитивне пресуђености, лишена је онога што се зове правна снага пресуде (*Rechtskraft*). Дефинитивна и према сваком важећа одлука о праву својине доноси се само у споровима, чији је *нарочити* предмет констатовање постојања или непостојања једног правног односа. Једна *Feststellungsklage* мора да се споји са *rei vindicatio*, да би се ствар сасвим решила. Систем немачког права много је практичнији од римског, и зато је боље узети да и у српском праву својински спор према § 218 има само тај релативни значај, да је његов главни предмет досуђење државине, а не констатовање права својине. У том смислу је управо и текст § 218 који говори о праву сопственика, да тражи да му се ствар изда. Суд има то да пресуди, да ли треба тужени да изда ствар или не.

Поред повраћаја ствари својинском тужбом тражи се и повраћај свих плодова и користи, које је ствар давала. При томе се прави разлика између савесног и несавесног држаоца, о чему је напред већ било говора у одељку о државини.

Главне претпоставке за успех својинске тужбе су ове две:

1. да тужилац утврди своје право својине на спорној ствари и
2. да утврди да се ствар налази у државини туженога. Обе те

претпоставке садржане су у §§ 218 и 219 од којих први гласи: „Ако ти твоју ствар код другог нађеш и познаш, а ти је ниси уступио, имаш права искати на суду, да ти се твоја ствар изда“, а други: „У том случају мораћеш на суду доказати да је ствар твоја и код кога се налази. Које ако јасним знацима покажеш, ствар ћеш твоју добити“.

I. Први услов за успех својинске тужбе је, да тужилац докаже своје право својине. Код непокретних ствари тај му доказ даје тапија; у земљања са баштинским књигама упис у баштинске књиге. Потпун доказ о својини даје и одржај добра за двадесет и четири године, под условима, под којима одржај у опште може одвести ка праву својине. Наравно да је овај доказ теже дати и зато је у једном својинском спору најповољнији положај сопственика са тапијом, пошто је он ослобођен сваког другог доказивања свога права својине. Разуме се да тужени може доказивати, да тужилац при свем том није сопственик, и ако има тапију која гласи на његово име, пошто се тапијом као што је већ изложено, не заснива, већ се само констатује већ постојеће право својине. Зато се тапија може и обарати.

Што се тиче покретних ствари, у немачком праву постоји слична претпоставка у корист оних, који су имали ствар у својој државини. По § 1006 немачког грађанског законика за држаоца покретних ствари важи претпоставка, да је он и сопственик све док се противно не докаже. Према томе у једном својинском спору где је предмет спора покретна ствар, виндикант би имао да докаже, не да он има право својине на тој ствари, већ да је имао ствар у државини и да је државину изгубио против своје воље. Чим он то утврди, сматра се, према § 1006, да је он сопственик и да му треба досудити повраћај ствари. Та се претпоставка може истина обарати, али она пружа велике користи власницима покретних ствари.

Немачко право усвојило је овај систем поглавито због тога, што оно придаје државини много већу важност и већи значај, но што је то чииило римско право, чије је принципе примило аустриско право, а преко њега и српско право. У немачком праву, као и у француском праву, својина на покретним стварима прибавља се предајом ствари, т. ј. прибављањем државине или фактичке власти на ствари, под условом да је прибавилац био савестан, без обзира то да ли је преносилац сопственик или не. Пошто се савесност редовно претпоставља, то је очигледно, да

је државина као знак својине, тако да је у својинском спору довољно утврдити постојање државине, па да се утврди и постојање својине.

У српском праву стоји ствар друкчије. Сама предаја ствари прибавиоцу не заснива право својине, баш да је прибавилац потпуно савестан у погледу прибављања, само ако преносилац није сопственик ствари која је у питању. Зато у српском праву државина покретне ствари не заснива и претпоставку својине, као што је то већ напред изложено (в. стр. 290 и 291). У својинском спору тужилац не може да се задовољи само тиме, да докаже да је имао односну ствар у државини, већ мора да утврди и своје право својине. Наиме дужан је да докаже, да је постао сопствеником на један од начина прописаних за прибављање својине, и то да докаже постојање свих услова под којима се у даном случају прибавља својина. Тако, ако тужилац А наведе да је купио ствар од Б, он има да утврди и то, да је Б био сопственик ствари, јер само на тај начин прибавља се својина куповином. Овде се примењују нарочито прописи § 221 који знатно олакшавају доказивање права својине.

Тешкоћа око доказивања да је и претходник био сопственик, односно да је и претходников претходник био сопственик, учинила је да се ово утврђивање права својине звало *probatio diabolica*. Да је овакав систем непрактичан, очигледно је, али он постоји по закону и мора се поштовати.

II. Други је услов, да се ствар налази код туженога, код онога против кога је управљена својинска тужба. Овај услов у суштини је једно правило процесног права. Процесно право тражи за заснивање спора *активну* и *пасивну* легитимацију. Пасивна легитимација огледа се овде у факту имања или држања ствари. Кад је у својинској тужби истакнут захтев за повраћајем ствари, природно је што се тај захтев упућује ономе, у чијим се рукама, у чијој се власти ствар налази.

Од правила, да се *rei vindicatio* може подићи само против онога, који има ствар у својој власти, постоје и изузетци. Римско право, а по његовом угледу и аустриско право допушта својинску тужбу у два случаја и против онога, који у ствари није држалац предмета, о коме се води спор. Први случај је, кад је својинска тужба управљена против онога, који је злонамерно уништио или отуђио ствар, само да би избегао својинску тужбу. L. 27 § 3 D. VI, 1: *qui dolo malo desit possidere tenetur in*

rem actione. Аустриско право у § 378 допушта тужбу против онога, који је државину намерно напустио пошто му је саопштена својинска тужба. Овај пропис није ушао у српско право, али би свакојачко логичније било узети, да и у српском праву једном поднета тужба против држаоца не треба да се одбаци због недостатка пасивне легитимације туженога, кад је за тај недостатак сам тужени крив, кад га је он проузроковао.

Други случај је, кад се тужба диже против онога, *qui liti se obtulit*, који се представљао као држалац и у спор упустио као такав, а међутим у ствари није био држалац. Разлог који руководи једно лице, да се упушта у овакав спор, може бити очекивање да се доврши одржај у корист другог неког лица. Римско право је допуштало осуду таквог држаоца на накнаду вредности ствари. Аустриско право у § 377 такође предвиђа овај случај али у толико модификован, што прописује да је тобожњи држалац одговоран за накнаду штете, коју би сопственик имао услед тога што је поверавао, да је тужени доиста држалац, а не да је одговоран за вредност ствари. Српско право не предвиђа ни овај случај, и о евентуалној одговорности онога који се издаје за држаоца, важе општи прописи о одговорности за накнаду штете. Накнада обухвата само негативни интерес, а не целокупну вредност ствари.

Кад оба услова буду испуњена, кад тужилац докаже своје право својине и кад утврди да је предмет својине код туженога, онда се тужени осуђује да врати ствар тужиоцу (власнику) на уживање. Ако тужени не преда ствар добровољно, она му се одузима принудним путем. Ствар се предаје на оном месту где се буде налазила. Држалац није дужан да ствар однесе сопственику. Сопственик мора сам да ствар однесе, сем ако се не споразуме друкчије са држаоцем.

И ако су оба услова за успех својинске тужбе остварена, има случајева где при свем том тужилац неће моћи добити ствар. То је на првом месту случај, кад држалац има према власнику право на државину, кад истиче *exceptio rei venditae ac traditae*. И ако је власник формални власник, он не може одузети ствар од онога, коме је сам предао ствар, услед уговора о отуђењу, али својина још није пренета зато што тапија није пренета. Била би наопака логика, кад би се власнику и у оваком случају дало право на повраћај ствари. Исто тако неће се успети са својинском тужбом према оном, који има право на држање

и уживање ствари по неком стварно-правном основу, као на пример према имаоцу ужитка, који је уредним путем прибавио ужитак.

2. Тужба због узнемиривања (*actio negatoria*).

Књижевност: Nagelschmidt, Eigentumsanspruch wegen Besitzentziehung (1901); O. Jäger, Der Klagegrund bei der *actio negatoria* (1891); Kley, Welche Eingriffe können mit der *actio negatoria* abgewendet werden (1897).

Овом тужбом штити се право својине од таквих повреда, које се не састоје у одузимању ствари од сопственика, већ у спречавању сопственика да се користи стварима у оном обиму, у коме је то према природи ствари могуће. То спречавање и узнемиривање сопственика у уживању ствари може бити двојако: 1. или *негативно*, кад се не допушта сопственику да се користи стварју у извесном погледу, или 2) *позитивно*, кад се против воље сопственикове утиче на ствар ма у ком виду. У оба та случаја постоји узнемиривање, које се тражи као услов за *actio negatoria*. При томе је равнодушна ствар, да ли је узнемирач и субјективно крив за узнемиривање, или пак он спречава сопственика у уверењу да на то има права. Услов за својинску тужбу због узнемиривања је дакле да постоји објективна радња, којом се спречава потпуно вршење права својине, а безначајна је ствар, да ли узнемирач има или нема вољу да сопственика узнемирује у уживању ствари.

Циљ је тужбе управљен на престанак узнемиривања, а ако предстоје даља узнемиривања, — и на изрицање забране даљег узнемиривања. Наравно да се таквом одлуком мора да расправи и евентуални правни однос, који би узнемиривач истицао и на основу кога би он тврдио да има право да утиче на ствар. Судска пресуда би имала да изрекче и то, да ли такав правни однос постоји или не. Ако постоји опасност од поновног узнемиривања, може судском одлуком да се изрекче нарочита казна за сваки случај поновне повреде права својине.

И ако је заштита својине од узнемиривања необично важна ствар, ипак Грађански Законик не садржи никакве прописе о овој својинској тужби. Допуштеност те тужбе изводи се из §§ 211 и 216 у вези са § 16, у којима је изречен основни принцип, да је право својине искључиво право, које не допушта употребу ствари и од стране других лица. Један специјалан случај примене *actio negatoria* предвиђен у § 386 у коме стоји, да господар ствари има право неправедног присвојитеља из службе-

ности своје ствари искључити, и ако овај неће да одустане, путем судским њега из ствари своје избити. Овде се претпоставља узнемиривање својине у облику присвајања једне службености на ствари, која је предмет својине, а то је само један особени случај узнемиривања. Нема ни особених прописа о поступку, већ важе општи прописи о поступку у судским делима.

3. Тужба на повраћај ствари по државинском основу (actio Publiciana).

Књижевност: Huschke, Das Recht der Publicianischen Klage (1874); H. Müller, Die Klage aus dem früheren Besitz (1900); Giese, Besitzrechtsschutz im B. G. B. und actio in rem Publiciana (1901); Appleton, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne (1889); E. Carusi, L'azione Publiciana in diritto romano (1889).

Ову тужбу је први увео претор Publicius пред крај републике као средство за заштиту савесних држалаца ствари, који су се налазили *in condicione usucapiendi* и који би према томе постали сопственици, да им није ствар била одузета или да иначе нису били изгубили државину ствари. Таквим савесним држаоцима дата је тужба на повраћај ствари, као да су они већ постали били сопственици. Тужба није била посесорна, већ својинска тужба (l. 7 § 6 D. VI, 2: Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit; l. 7 § 8 eod.: in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus. Као својинска тужба та је тужба била управљена против сваког држаоца и њом се циљало на повраћај не само државине већ и *плодова* и *користи* од ствари као и код редовне својинске тужбе. Од својинске тужбе разликовала се actio Publiciana у *правном основу* тужбе, јер док је код rei vindicatio тај основ била *својина* тужиочева, дотле је код actio Publiciana основ била *савесна државина*, или по Czychlarz-у¹ *condicio usucapionis*. Отуда actio Publiciana не даје ону апсолутну заштиту, коју има rei vindicatio, пошто је rei vindicatio управљена против *сваког* држаоца, док actio Publiciana у начелу не важи 1. *према сопственику*, и 2. *према другом савесном држаоцу*. Изузетно може она са успехом да се истакне и према сопственику, ако држалац на супрот exceptio dominii може да истакне replicatio rei venditae et traditae. Што се тиче садашњег држаоца, успех тужбе actio Publiciana према њему зависно је у римском праву од тога, да ли су тужилац и тужени прибавили ствар од

¹ Czychlarz, Institutionen, S. 127.

истог или од разних ауктора. Ако су прибавили ствар од разних ауктора, онда се примењује правило: *in pari causa melior est condicio possidentis*. Према томе *actio Publiciana* у таквом случају неће довести ни до каквих резултата према садашњем држаоцу. Ако су пак добили ствар од истог ауктора, онда ће садашњи држалац однети превагу само у том случају, ако је он ствар раније добио у државину од тужиоца.

Модерно право је задржало институт *actio Publiciana* са свима њеним особинама и претпоставкама, које су постојале у римском праву, па се о тој тужби, истина непотпуно говори и у српском праву, у § 223 став II и III, који пропис одговара § 372 аустр. грађ. законика. У § 372 аустриско право говори о држаоцу, који има законску и савесну државину, али који још није прибавио својину. Такав држалац може да тражи повраћај ствари у државину од сваког држаоца, који је слабији у праву од њега. Исту ту идеју изриче и § 223 српског Законика, само у другој форми. Став II тог прописа гласи: „.... Само доказано јаче право може кога из држања ствари једне избити“. И ако Законик није изближе одредио, шта разуме под јачим правом ипак се има узети као и у аустр. праву, да савесни држалац може тражити повраћај изгубљене ствари од сваког држаоца, чије је држање слабије, било по основу, било по субјективној страни, т. ј. по савесности. Ако оба држаоца имају исти положај, државина обојице је *савесна и законита*, првенство има онај, који ствар има у фактичкој власти. У том смислу постоји изречан пропис у § 223 *in fine*: „У случају равног права првенство припада притежаоцу ствари.“ Разликовање римског права, да ли се државина прибавља од истог или од разних ауктора непознато је и аустриском и српском праву, па се и питање о првенству решава без обзира на ту околност.

Како се *actio Publiciana* заснива на државини, коју је много лакше утврдити него својину, то ће се многи власник користити овом тужбом и онда, кад је он у ствари прибавио право својине. У место да доказује својину, он ће доказати државину и самим тим успеће у спору.

ПРЕСТАНАК СВОЈИНЕ.

1. Право својине престаје кад предмет својине буде уништен, кад тако пропадне, да се не може више казати да постоји. Кад нема предмета, нема ни права. Покретне ствари на-

рочито се често губе пропашћу саме ствари, док је губитак својине на непокретним стварима услед пропасти ствари врло редак, али се ипак дешава, у случају поплаве, излива вулкана и т. д. Наравно да се тражи, да је ствар трајно пропала.

2. Право својине престаје и у случају кад се ствар напусти с намером да се и право напусти. Овде је потребно да се и држање сопствениково према ствари тако удеси, да се из њега види воља за коначним напуштањем ствари. Код покретних ствари потребно је напуштање државине. Ствар постаје онда ничија и ко је први заузме, њему припада у својину. Што се тиче непокретних ствари у немачком праву се за напуштање права својине на њима тражи да сопственик изјави пред баштинском управом, да напушта своје право својине. У српском право нема таквог прописа, тако да је врло тешко одредити, шта ће бити у случају кад неко фактички напусти једно непокретно добро, али задржи тапију, па после са том истом тапијом тражи повраћај добра од окупанта. Зато је правилније тражити код непокретних добара да се изјава, којом се неко одриче права својине, учини пред судом, да би имала за последицу губитак својине.

3. Својина престаје и у случају кад ствар престане бити предметом приватног саобраћаја и уврсти се у *јавна* добра, која се у начелу не налазе у промету. Овај случај престанка има најчешће примене код непокретних ствари, где било услед експропријације било услед приватне намене престаје право својине зато што се ствар одређује на општу употребу.

Експропријација представља један особени случај прелаза у јавна добра. Под експропријацијом су разуме одузимање туђег имања, у јавном интересу, без обзира на пристанак или непристанак сопствеников, или по исплати вредности имања. Право на експропријацију има једино држава, но она може то право да уступи и појединим јавно-правним корпорацијама.

Експропријацијом се мењају постојећи својински односи ради постижења извесног општег циља. Основ експропријације лежи искључиво у јавном праву и зато престанак својине бива на основу једностраног акта државне власти. Изјаве странака су безначајне и зато не треба говорити о принудној продаји у таквом случају, јер би то била контрадикција. Дејство експропријације лежи пак у области приватног права. Својина престаје у личности досадашњег сопственика и прелази на државу

односно другу неку правну личност јавног права. Обавеза се заснива на накнаду вредности добра, и то је обавеза приватно-правне природе. Остали услови и поступак долазе у јавно право (в. чл. 16 Устава и закон о експропријацији од 15.-III-1866 у вези са допунама од 17.-I-1896).

4. Својина се губи и у случају конфискације или принудног одузимања оних предмета, којима је извршено кривично дело. Општа конфискација целокупног имања као кривична казна Уставом је забрањена (чл. 17). Може бити само конфискације појединих предмета, којима је извршено кривично дело, или који су произведени кривичним делом.

5. Својина престаје јавном продајом ствари за рачун поверилаца сопственикових. Пренос својине на купца врши се изјавом органа, који врши продају, да је купац понудио највећу цену и да му се ствар досуђује. Код непокретних добара потребно је још да суд изда и тапију купцу. Али својина престаје од дана продаје.

6. Право својине не губи се неупотребом. Својина је незастариво право. Неупотреба ствари може довести до губитка својине једино у случају кад се према тој неупотреби истиче употреба од стране несопственика за читав низ година и под условима законом предвиђеним за одржај ствари. Тада узупапијент прибавља својину на основу одржаја и самим тим престаје право својине у личности досадашњег власника и то престаје потпуно и безусловно. Међутим све док неко не би прибавио одржајем својину на ствари, коју власник њен не употребљава, право својине власниково остаје недирнуто и поред све неупотребе. Разлог зашто се не допушта застарелост својине као такве независно од одржаја лежи у тој околности, што таква застарелост не би стварала од једног фактичког стања правно стање, у чему је суштина застарелости. Код застарелости својине тога нема, јер нема одређеног лица, коме би застарелост својине услед неупотребе користила. Својина се разликује од осталих стварних права тиме, што она не претпоставља постојање једног обвезаног лица, коме би застарелост својине као такве могла користити. И зато треба нагласити, да се § 930а који говори о застарелости права за двадесет и четири године, не односи на право својине, пошто је оно само по себи једно незастариво право.¹

¹ Видети о томе *Dr. Л. Марковић*, О незастаривости права својине („Архив“ XII, стр. 249).

ТРЕЋИ ОДЕЉАК.

СЛУЖБЕНОСТИ.

1. У опште о службеностима.

Књижевност: R. Elvers, Die römische Servitutenlehre (1854); I. Ofner, Der Servitutenbegriff nach röm. und oesterr. Recht (1884); Naendrup, Zur Geschichte deutscher Grunddienstbarkeiten (1900); Kohler, Beiträge zum Servitutenrechte (Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 87, S. 157 ff.).

Службености обухватају неколико врста субјективних права, која се сва слажу у томе што се појављују као *стварна* права на *туђој* ствари. Ова одредба у толико је непотпуна, што се из ње не види тачно суштина службености, јер сем службености има и других стварних права на туђој ствари. На пример заложно право. Од осталих стварних права службености се разликују с једне стране својим привредним карактером — састоје се у извлачењу економских користи из ствари (разлика од заложног права), а с друге стране својим трајањем (разлика од својине). Правна власт садржана у службеностима ограничена је. Код стварних службености ограничење је у самој садржини правне власти, док се код личних службености ограничење не огледа толико у садржини правне власти, колико у трајању њеном. Личне службености нису по својој природи вечите, већ су одређене да трају само извесно време. Са гледишта економског службености се могу дефинисати као право на делимично искоришћење једне ствари, које се огледа било у сабирању плодова или у употреби ствари, било у извлачењу других каквих користи.

Службености су права на *туђој* ствари. Nulli res sua servit (L. 26 D. VIII 2). Она претпостављају увек једно право својине, које се у односу према службености појављује као главно право. То се види код стварних службености по томе, што оне

дају овлашћење на искоришћење ствари само у једном небитном односу, а код личних службености у томе, што оне имају после извесног времена да престану, тако да се својина уздигне поново до своје потпуности. Али у модерном праву овај принцип: *nulli res sua servit* није проведен безусловно, већ се допуштају и изузеци, на пример у случају, кад је титулар једне службености сувласник добра, на коме постоји службеност, и обратно (§ 1009 нем. грађ. зак.). Ово се може примити и за српско право.

Све службености појављују се као ограничење својине, али у томе не треба гледати њихову главну црту. Ограничење својине по Виндшајду¹ само је последица права службености, а не његова суштина. У суштини својој службеност се појављује као право несопственика на ствари у извесном правцу или за извесно одређено време.

Грађански Законик схвата службености као ограничења права својине и назива их у § 331 бременом, којим се уживање права својине ограничава тако, да је сопственик дужан у корист онога, коме службеност припада, на својој ствари нешто трпети и ономе допустити или не чинити, што би иначе право имао чинити. Из ове одредбе не треба изводити никакве особене последице, јер пропис § 331 има једино значај једне конструктивне одредбе. Грађански Законик овом одредбом није одузео право теорији, да друкчије схвати природу права службености.

2. Врсте службености.

1. Службености се према садржини својој деле на *позитивне* и *негативне*. Позитивне су оне, на основу којих овлашћено лице може нешто *позитивно* да чини, да утиче на ствар, а негативне су такве службености, на основу којих овлашћено лице може да забрањује сопственику ствари да нешто чини, што би иначе он имао право чинити. О овим двама врстама службености говори § 331. Позитивне службености дају титулару право на чинење, а обавезују сопственика на трпљење, док негативне овлашћују титулара на забрану, а обавезују сопственика на нечинење. Ово довођење у везу права службености и права својине није засновано у појму саме службености, јер она као стварно право важи не само према сопственику, већ и према свим трећим лицима, али пошто је сопственик тај који има једно пространо право, којим се најпре може да осујети право службености, то

¹ Windscheid, Pandekten, Bd. I, S. 1024.

се ради расветлења правног односа између сопственика и имаоца службености тачно одређује карактер власти садржане у праву службености.

2. Друга много важнија подела службености је на *стварне* и *личне* службености. Под стварним службеностима разумеју се такве службености, које су везане за једно земљиште и постоје трајно у корист тог земљишта. Субјекат стварне службености наравно да није само земљиште већ свакидашњи господар земљишта, у чију корист службеност постоји; али пошто је стварној службености то циљ, да користи земљишту, обично се истиче као главни моменат код стварних службености искоришћење једног земљишта ради лакше и целисходније употребе другог. Личне службености припадају једном одређеном лицу у погледу одређеног добра без икакве везе тог добра са другим неким добром. О стварним службеностима говори се у § 332, а о личним у § 333 Г. З.

У римском праву чинила се оштра разлика између личних и стварних службености, али је у германском праву то схватање напуштено. Германско право није знало за извесан бројно утврђени ред стварних права, већ је разне односе на стварима квалификовало као стварна права. Услед рецепције римског права у Немачкој морали су се сви ти разнолики облици подвести под утврђене типове римских стварних права и тако су разна *jura in re aliena* чисто германског порекла убројана у службености. Да би то подвођење под појам службености било могуће, оступило се од оне строге разлике између личних и стварних службености, па је допуштено правити комбинације и конституисати стварне службености са обележјем личних службености — ограниченост у трајању и везаност за једну личност — и обратно. Ту идеју унело је аустриско право у Грађански Законик, а одатле је она ушла и у српско право у § 339, који допушта оступање од строгих правила о личним и стварним службеностима. Само ко се позива на такво оступање, мора да га и докаже, јер се оно не претпоставља (§ 339 *in fine*). Према томе Грађански Законик оставио је слободно поље разноврсним комбинацијама у погледу обима и природе појединих службености. Немачки грађански законик напустио је тај систем и примио је понова идеје римског права. Тако је у немачком праву данас ужитак непреносив, нити се може наследити, као и у римском праву, док је у аустриском и српском праву усвојено сасвим супротно правило.

3. Трећа подела мањег значаја је на *стпалне*, *континуелне* (*continuae*) и *нестпалне* (*discontinuae*). Ова се подела односи у главном на стварне службености, као и она прва, и извршена је према томе, да ли је садржина службености у васпостављању једног трајног стања у односу између два добра, или се службеност састоји у појединим испрекиданим радњама. У прве долазе све негативне службености, а од позитивних *servitus tigni immittendi*. Друге су: службеност прелаза, службеност узимања воде и т. д. Практичне важности ова подела нема по Грађанском Законику.

4. Подела извршена с обзиром на начин постанка службености је подела на *законске* и *вољне* службености. Законске службености постају на основу законског прописа, док се остале службености, т.зв. вољне службености, заснивају уговором.

5. *Видљиве* и *невидљиве*. Ова се подела тиче само стварних службености и извршена је према томе, да ли је вршење права службености видљиво или не. Српско право не познаје ту поделу (в. art. 691 француског законика).

А) СТВАРНЕ СЛУЖБЕНОСТИ.

І. У опште о стварним службеностима.

1. Појам службености. Одлике службености.

Под стварном службеношћу разуме се право на употребу једног непокретног добра у корист другог неког добра, за које је она везана. По својој садржини она је право на позитивно или негативно искоришћење једног добра, а по правној конструкцији она је овлашћење свакидашњег сопственика једног добра, да се користи другим неким туђим добром. Свака стварна службеност претпоставља постојање два добра, од којих се једно зове *послужно* — оно на коме службеност постоји, — а друго *повласно* — оно у чију корист службеност постоји. Корист коју даје послужно добро не мора бити економска корист. Она се може састојати и у увећавању угодности и погодности добра за редовну употребу. Службеност стварна по својој природи везана је за повласно добро и заједно са њим прелази на новог прибавиоца. Сви правни односи у погледу повласног добра простиру се и на службеност. Она је са гледишта правне технике припадак добра. Али ово правило и ако је изречено у § 332, ипак није безусловно, јер § 339 допушта одступање од строгих прин-

ципа римског права. Тако, може се на пр. уговорити, да службеност траје само извесно време, а не да је трајно везана за земљиште.

Римско право, у тежњи да истакне што више право својине над осталим правима, повукло је уске границе стварним службеностима и допуштало је њихово заснивање само под одређеним условима.

1. Тако у погледу садржине једне стварне службености захтевала се т. зв. *perpetua causa*, т. ј. није било довољно да се службеност састоји у некој користи, коју би једно добро извлачило од другога, већ се само таква корист сматрала као допуштена садржина службености, која је била *трајна*. Послужно добро могло је само неком трајном особином својом да буде везано за повласно добро сретством права службености. Према томе не може бити службености на оним елементима, који зависе у крајњој линији од рада човечијег, н. пр. службеност клизања. Модерно право је либералније у одређивању садржине службености и не поставља тај услов трајне користи. Тако је у немачком праву, а тако је и у српском праву, јер § 331 не говори о тим ограничењима.

2. Као даља последица тог захтева, да послужно добро треба стално и трајно да даје користи повласном добру, истицао се и захтев, да се добра налазе у таквом просторном односу, да једно може служити циљевима другога. Као такав просторни однос сматрао се *однос суседства*. *Praedia vicina esse debent* (I. 38 D. VIII, 3). У немачком праву то се не тражи, а не тражи се ни у српском праву.

3. Службеност по својој природи мора бити корисна добру, прибављати му користи ма какве природе. Предмет службености не може бити оно, што непосредно користи сопственику као физичком лицу, а не сопственику као имаоцу права својине на повласном добру. Ову идеју задржало је и модерно право, и она је изражена, истина нејасно, у § 331, али не као позитиван, неопходни услов за постојање службености, већ као редован случај. Већ је поменуто да § 339 допушта одступања од редовних случајева, па је и овде код одређивања садржине службености одступање могуће.

4. Обим права службености ограничен је у принципу потребом повласног добра. Није при одређивању обима меродавна способност послужног добра, већ потреба повласног добра. Из

овога проистичу две важне последице: а) Ако је потреба повласног добра већа, но што је способност послужног добра да ту потребу подмири, ималац службености сме толико да иде при вршењу службености да не води рачуна о сопственику добра, да би потребе свог земљишта подмирио. б) Ако је потреба мања него што је способност давања послужног добра, извлачење користи строго је ограничено потребом повласног добра. За први случај пример би био код службености црпљења воде, кад би она притисла целокупну воду, тако да сопственику послужног добра не остане воде. За други случај је пример право суседа да вади земљу из земљишта чијег. Вађење земље допуштено је само у толико, у колико је то за експлоатацију повласног добра допуштено. Никако се не би могло допустити, да сопственик повласног добра подигне циглану и да вади земљу ради печења цигаља. Тако широк обим службеност нема, сем у случају нарочите погодбе. Римљани су ово изражавали правилом, да је ималац службености дужан својим правом *civiliter uti*.

Ова правила о обиму службености налазе се и у Грађанском Законнику, који у § 345 прописује, да је за обим службености у првом реду меродаван споразум странака, односно воља онога, који службеност уступа. Ако таквог ограничења нема од самих странака, обим службености одређује се по самој „природи њеној“, а како је природа службености у томе, да једно добро користи другоме, значи да је за обим и величину користи меродавна потреба повласног добра.

Немачко право је отишло још даље, па је ближе одредило односе имаоца службености и сопственика добра. Ако би службеност фактички обухватала само један део земљишта, а сопственику би била неугодна и непријатна, може се преместити на други исто тако погодан део. Ималац службености мора да пристане на овај премештај (§ 1023). Право на премештај службености има сопственик и онда, кад би првобитно место било правним послом утврђено, као и у случају кад би се он одрекао тог права или пристао на његово ограничење. Изјава о одрицању или ограничењу не би имала правне важности (§ 1023 *in fine*). Али премештај службености са једног земљишта на друго, без пристанка имаоца службености није допуштен, ма колико она била тешка и непријатна сопственику добра. Ако је уговором признато имаоцу службености право да тражи премештај на друго добро, потребан је упис у башт. књигу, да би

тај уговор важио и према прибавиоцима добра. Пруско право (Pr. All. L. I. 22, § 81) допуштало је пренос службености по-
паше на друго добро истог квалитета и без питања имаоца
службености.

У српском праву не постоје слични прописи и зато о про-
мени службености једностраним актом ни сопственика, ни имаоца
службености не може бити ни говора.

У вези са овим питањем стоји и питање о праву сопстве-
ника послужног добра, да се и сам користи добром на исти
начин као и ималац службености и заједно са њим. То је право
несумњиво, под условом да се његовим вршењем не смета вр-
шењу службености. Из овога се види да није суштина службе-
ности у ограничењу својине. Кад се сопственик може и сам да
користи добром на исти начин, као и ималац службености, онда
је он у праву да конституише још једну или више исто таквих
службености, све под условом да се тиме не ограничава нити
умањује обим прве службености. У том смислу је и § 347 који
гласи: „Једна ствар може не само једном, но и неколицини
служити, само ако онај, који је право истих пре добио, с тим
уштрба не трпи.

5. *Servitus in faciendo consistere nequit* (l. 15, § 1 D. VIII, 1),
Основно правило римског права код службености било је, да
оне не могу обвезати сопственика послужног добра ни на какво
чинење. Службеност се не може састојати у чинењу, у позитив-
ним радњама, које би био дужан да предузима сопственик по-
служног добра. У немачком праву постоји једна врста стварних
права под именом реалних терета — *Reallasten* — чија је садр-
жина у чинењу неком од стране сопственика оптерећеног добра.
У српском праву таквих реалних терета нема. Али ако је чинење
забрањено као *главна* садржина службености, оно није забра-
њено као споредна обавеза сопственика послужног добра. Тако,
може сопственик бити дужан да одреди место, одакле ће ималац
службености вадити земљу; или да одређује дрвеће, које ће се сечи.

Спорно је питање, да ли је сопственик дужан да одржава
земљиште у таквом стању, да вршење службености не буде
ничим осујећено. Таква обавеза у начелу не постоји. Уговором
се она може засновати, али из природе службености не може се
изводити. У том смислу је и пропис § 343, по коме се, при од-
ређивању правног положаја странака треба држати главног појма,
по коме онај, коме служеће добро припада, није дужан што чи-

нити, већ има само нешто нечинити или пак другом допустити да он чини. Изводећи ову идеју даље § 344 расправља питање о обавези одржавања добра на тај начин, што ту обавезу намеће ономе, који се користи послужним добром, а ако се добром у истој тој функцији користи и сопственик ствари, и он је дужан да у мери своје употребе сноси трошкове око одржања добра. Наравно да се од овог правила може одступити и уговорити да је сопственик послужног добра дужан, да исто одржава у исправном стању. Римско право није у опште допуштало такве уговоре, хотећи да очува правну природу службености као права која не могу бити управљена на чинење, и само изузетно код *servitus oneris ferendi* по самој природи те службености био је сопственик послужног добра обавезан, да одржава зид који је носио терет. Српско право пак допушта оваке уговоре, што се види већ из раније поменутог § 339, као и из § 344 и 343, који говоре о ономе, што редовно бива не искључујући могућност противног споразума између странака (Вид. §§ 1021 и 1022 нем. грађ. зак.). Што се тиче *servitus oneris ferendi* у српском праву постоји нарочити пропис — у § 348 — по коме је сопственик и без особене погодбе дужан да предузима радње, којима се вршење те службености омогућава или олакшава, то јест, да одржава зид или кућу или у опште онај предмет, на који се врши наслон, у исправном стању. Ово је изузетак од општег принципа, да сопственик није дужан ништа *чинити* на основу права службености које постоји на његову имању.

6. Из правне природе стварне службености, по себи проистиче, да се вршење саме службености, без једновременог преноса или уступања права на повласном добру, не може пренети на трећа лица. *Locare servitulem nemo potest* (l. 44 D. 19, 2). Не само што се службеност као таква не може одвојити од повласног добра и неком трећем лицу уступити, већ се и само вршење њено не може одвојити од земљишта. У § 346 став I то је правило изречно предвиђено: „Службеност свака, која је за ствар једну везана, остаје постојана; она се не може по вољи од ствари оделити нити на другу ствар или на друго лице пренети.“

7. Службености су у начелу недељива права. То значи да и после поделе повласног добра сваки део има право на целу службеност. Ако је службеност такве природе, да је ограничена само на један део земљишта, т. ј. да користи само једном делу

земљишта, онда наравно она остаје само у корист тог земљишта, а престаје важити у корист осталих делова. Принципу недељивости службености овде нема места. Иначе ако је службеност позитивна, сваки део има права на целу службеност. Грађански Законик у § 346 изречно прописује да су службености недељиве. У том пропису мисли се у главном на недељивост службености у случају поделе послужног добра, док је важнији случај недељивости у случају поделе повласног добра. Од начела недељивости у овом последњем случају постоји један изузетак, који истина није предвиђен у Грађанском Законнику, али је несумњив. То је случај, кад послужно добро није у стању да измири потребе свих делова повласног добра, као и онда, кад је обим службености тачно утврђен, тако да би једновременно вршење у корист свих делова земљишта премашало границе права службености. У таквом случају деоба је неопходна.

Што се тиче недељивости службености у случају поделе послужног добра, њу треба тако схватити, да се службеност и после деобе земљишта простире на све делове, сем ако би она по природи својој била ограничена само на један део земљишта. У таквом случају би службеност престала постојати у погледу осталих делова.

2. Подела стварних службености.

Грађански Законик је поделио стварне службености на две групе, на: а) *пољске* и б) *кућне* службености. Подела на пољске и кућне службености није изведена ни искључиво према природи повласног, ни према природи послужног добра. Зато не може да се каже, да је пољска службеност она, која постоји на пољском земљишту, као ни то, да је то службеност која постоји у *користи* пољског земљишта. Исто то не може да се каже ни за кућне службености. Питање ово о критеријуму за поделу службености на пољске и кућне је и данас спорно,¹ ма да оно није тако важно (в. § 6 Г. С. П.). Најправилније је мишљење, да пољске службености претпостављају да је бар једно од добара пољско, а друго може бити пољско или градско (са кућом), док је код кућних службености обратан услов, да је бар једно земљиште са зградом, а друго може бити са зградом или без зграде. Иначе за одређивање, да ли је једна службеност пољска или кућна, ме-
родавни су они примери о садржини појединих пољских и кућ-

¹ Видети разна мишљења код *Windscheid*, Bd. I. S. 1068.

них службености, према којима се и аналогни случајеви имају расправљати. Грађански Законик међутим изгледа да је усвојио у § 334 други критеријум. По том пропису, који гласи: „Службености такве, или леже на пољском добру, као њиви, ливади, и служе на угодност другом пољском добру, или леже на кућама и кућним земљама и служе на удобност другој кући или кућној земљи“, изилази, ако се он дословно тумачи, ово: 1. Код пољских службености морају оба добра, и повласно и послужно, бити пољска добра. 2. Код кућних службености, користиле оне самој кући или земљишту, морају оба добра бити са кућама. Међутим овако строго не треба узети горњи пропис, јер он предвиђа само оно што најчешће бива. Могућа је, на пример, службеност прелаза између једног пољског и једног кућнег добра. Та службеност по својој природи долази у пољске службености. Или кућна службеност пропуштања кишнице на туђе пољско добро. Касациони Суд стоји међутим на гледишту, да је разликовање службености на кућне и пољске условљено природом повласног добра, па ако је ово кућа или кућна земља, службеност је кућна, ма послужно добро било пољопривредно, и обратно (О. К. С. од 23. септембра 1908, бр. 9781).

Грађански Законик је у § 335 побројао шест врста најглавнијих и најобичнијих пољских службености. То су 1) службеност пута и прелаза на туђој земљи; 2) службеност узимања воде и појења стоке; 3) службеност паше; 4) службеност сечења и купљења дрва; 5) службеност лова и риболова; 6) службеност вађења камена, земље, песка и др. из туђег земљишта. У § 336 побројао је Грађански Законик неколико врста обичних кућних службености. То су: 1) право своју зграду на туђу наслонити; 2) право своју греду или рог од куће у туђи зид увући (*servitus ligni immittendi*); 3) право на прозор у туђем зиду, било због светлости, било због изгледа; 4) право надвести стреју над земљом или кућом суседа (*servitus protegendī, proiciendī*); 5) право на пропуштање дима кроз суседов димњак; 6) право навођења и провођења кишнице са своје стрехе на туђу земљу; 7) право на пропуштање и изливање разних течности на земљиште суседа свог.

У § 337 предвиђене су негативне кућне службености, т. ј. такве службености, на основу којих ималац њихов може тражити од сопственика да не чини нешто, што би иначе имао права чинити. То су: 1) право на то да сусед не диже кућу на

више; 2) право на то да сусед не спушта кућу на ниже, него што је; 3) право да сусед не зида ништа, што би имаоцу службености одузело светлост или изглед са његове зграде; 5) право суседа да кишница са стрехе другог суседа остаје на његовом земљишту и не одводи се.

Осим ових у §§ 335, 336 и 337 побројаних службености постоје и друге службености, чија се садржина и обим одређује споразумом странака; у случају прибављања одржајем, фактом вршења. Набрајање појединих службености у тим прописима нема тај значај, да су тиме означене све службености, које у опште закон допушта.

У §§ 348 до 369 изложена су посебна правила о појединим пољским и кућним службеностима, која се у главном односе на регулисање међусобног односа имаоца службености и сопственика послужног добра, специјално на ближе одређивање садржине појединих службености. То су све диспозитивни прописи, који олакшавају судији расправљање спорних питања. Иначе је странкама допуштено, да мимо тих прописа одреде сами обим и садржину како саме службености, тако и споредних обавеза.

II. Прибављање стварних службености.

1. Прибављање законских службености.

Законске службености оснивају се на законском пропису. Код законских стварних службености није потребан пристанак сопственика послужног добра на заснивање службености, већ се службеност заснива и без обзира на вољу тог сопственика. Пошто се законским службеноетима ограничава право својине, које је по својој природи једно неограничено право, то се може признати постојање законских службености само у оним случајевима, где их је Грађански Законик изречно предвидео. Међутим Грађански Законик је сматрао то питање као једно фактичко питање и дајући једну општу одредбу у § 341 оставио је да суд у сваком конкретном случају одлучи, да ли има места законској службености или не. Тај § 341 гласи: „Закон ограничава право сопствености чије само у оном случају, кад други своје добро или сасвим или од чести употребити не би могао, н. пр. кад ко на њиву своју не може другојачије доћи, ако преко туђе не пређе, онда овај по закону мора путању преко своје њиве онемо допустити“. Као што се види Грађански Законик је доста неод-

ређен у овом пропису, јер се не може признати *свуда* законска службеност, где се добро делимично не може употребити. Потребно је да постоји немогућност употребе у једној *бићној* особини, и да за ту немогућност није крив сопственик добра. Законодавац је навео један леп пример са службеношћу прелаза, према коме се аналого имају и други случајеви судити.

Да ли има места законској службености, у случају спора утврђује то суд својом одлуком. Кад одлука постане извршна, онога тренутка службеност се прибавила и није потребан никакав други акт. То значи и пре фактичког уживања службеност је пуноважно конституисана, као и пре уписа у баштинске односно интабулационе књиге. Упис у књиге нема код законских службености никакав правни значај, јер те службености постоје по закону и без уписа.

При одређивању обима и садржине службености гледа се на што мање ограничење сопственика послужног добра. И зато се при избору пута кроз послужно добро, или иначе при одређивању како ће се вршити службеност, бира онај начин, којим се најмање ограничава односно отежава вршење права својине.

Питање, да ли је власник повласног добра дужан дати накнаду власнику послужног добра код законских службености, није Грађански Законик изречно предвидео. При свем том несумњиво је да власник послужног добра има право на накнаду. Грађански Законик каже само то, да он *мора* уступити службеност, али не каже да мора уступити *бесплатно*. Тако гледиште има и Касациони Суд (О. К. С. од 8. октобра 1874 бр. 4143). Супротно решење водило би томе, да би штету од непогодности и неугодног положаја једног земљишта имао да сноси не власник тог земљишта, него сусед! Закон је довољно учинио, што је суседа приморао да одобри службеност. Али за ту службеност треба да плати онај, коме она користи.

2. Прибављање службености на основу уговора.

За прибављање уговорних службености важи основни принцип, као и код прибављања својине, да сам споразум странака није довољан за прибављање права, већ се тражи и упис у баштинске, односно интабулационе књиге, пошто у Србији нема баштинских књига. То је правило изречено у § 342 који је и довољно јасан и изречан. Као што сам уговор нема утицаја на прибављање службености, тако исто ни традиција добра, фак-

тичко допуштање вршења службености није у стању да заснује службеност ни у односу странака, нити пак према трећим лицима. Једини модус за прибављање службености путем *уговора* је упис у хипотекарне књиге. Фактичко вршење може довести до стицања службености тек *одржајем*, т. ј. продуженим уживањем за читав низ година. Ово је основно начело, које важи код прибављања свих службености и које потпуно одговара потребама промета. Службености као терети треба да су јавне и зато је за њихово заснивање потребан упис у баштинске књиге. На основу самог уговора прибавилац може судским путем да тражи одобрење уписа од онога, који уступа службеност. Пресуда у таквом једном спору којом се тужени осуђује, да да одобрење за упис, замењује при упису формално одобрење сопственика послужног добра.

За уговор о заснивању службености примењује се аналого пропис тачке VIII Уредбе о интабулацијама, да мора бити закључен у писменој форми. Упис службености врши се само на основу писменог одобрења онога, који одобрава службеност. У место писменог одобрења може тај и усмено код првостепеног суда тражити упис. Одобрење за службеност може се дати и у акту последње воље, тестаменту.

Пуноважност уписа зависи на првом месту од тога, да ли је онај, који одобрава службеност, сопственик послужног добра. Службеност одобрена и уписана од несопственика материјално не важи и испис се њен може тражити у свако доба. Ово је примена начела, да ко шта нема, не може ни другом дати (§ 23). Легитимација сопственика врши се помоћу тапије. Начело о апсолутној тачности тапије нема ни овде, као ни код преноса својине, значаја. Ако тапија буде поништена, самим тим пада и важност службености.

Не само сопственик већ и сувласник добра може да одобри службеност. Како је пак то један акт, који прелази границе употребе ствари, на коју има права сваки сувласник, и како је с друге стране службеност у начелу једно недељиво право, то је за конституисање службености на ствари, која се налази у сусвојини неколико лица, потребна заједничка одлука тих лица. Та се одлука, пошто се њом располаже са добром, мора донети једногласно.

3. Прибављање службености на основу судске одлуке.

Према § 340 службености се могу заснивати и на пресуди судској. То ће обично бити случај при деоби имања изборним

судом, кад се пресудом тог суда утврди, да на једном делу подељеног имања има да постоји каква службеност у корист другог дела. Прибављање службености на основу судске одлуке у оваком случају не врши се одмах у тренутку кад одлука постане извршном, већ тек уписом у баштинске, односно хипотекарне књиге. Судска пресуда је само правни основ за прибављање службености. Сама службеност прибавља се тек уписом у баштинске књиге (§ 342).

4. Прибављање службености одржајем.

Према одредби § 340 Г. З. службености се могу прибавити и одржајем. У § 342 изречено је, да је начин прибављања службености исти, као и код прибављања својине. То значи да какав значај има одржај за прибављање својине, исти значај има и за прибављање службености. Код прибављања службености одржајем истиче се разлика између римског права и данашњег права. У римском праву није се од узукапијента захтевало ни да утврди правни основ државине нити савесност, већ је довољно било фактичко држање за десет година *inter praesentes* или двадесет година *inter absentes*, *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*.

Данашње право поставља исте услове, који важе за прибављање својине одржајем. Државина службености треба да је на првом месту правична, дакле да постоји правни основ уживања службености, и друго, да је узукапијент савестан био (§ 926). Савесност се као и код прибављања својине претпоставља (§ 223). Време трајања је исто, као и код прибављања својине на непокретним добрима. Оно износи 10 година, ако је службеност била уписана у хипотекарним књигама, иначе 24 године (§ 929 Грађанског Законика *in fine*). Услов непрекидности уживања тражи се и овде (§ 926).

Услед захтева непрекидности, као и иначе услед разнолике садржине, коју имају стварне службености, било је спорно у пандектном праву, да ли се све службености могу прибавити одржајем, или пак има извесних службености, које су такве природе, да се не могу прибавити одржајем. Питање се тичало у првом реду т. званих дисконтинуелних службености, при којима нема континуитета, непрекидности у вршењу (н. пр. службеност прелаза) тако да се од неких тврдило, да је непрекидност уживања, која је услов за одржај, искључена. Даље се питање односило и на службености невидљиве, за које се ис-

тицало да је немогуће утврдити уживање. На пример службеност поп *altius tollendi*. За римско право је данас утврђена ствар, да су *све врсте* службености могле бити прибављене одржајем. У француском праву међутим не могу се прибавити одржајем *дисконтинуелне* и *невидљиве* службености (art. 690 и 691). Грађански Законик нема одредаба о томе и зато је правилније узети, да се све службености могу прибавити одржајем. Стварних тешкоћа за остварење овог начела нема. Код дисконтинуелних службености непрекидност ће се огледати у вршењу с времена на време, тако да између појединих вршења не буде толики размак времена, из кога би се могло закључити да се престало са вршењем. Што се тиче невидљивих службености, и код њих има могућности да се констатује фактичко вршење. И ако је службеност по себи невидљива, ипак има по неки спољни знак, по коме се може судити о вршењу службености.¹

Доследно основном принципу о прибављању службености једино уписом у јавне књиге, ако је службеност прибављена одржајем, одржај се појављује само као правни основ стицања стварне службености. Дефинитивно прибављање врши се тек уписом у хипотекарне књиге. Ако је службеност већ била уписана од стране овлашћеног лица није потребан накнадни упис, док је у случају, кад службеност није била уписана, упис неопходно потребан за стицање службености. У § 340 стоји, да је одржај само основ прибављања, а у § 342 означен је као општи начин прибављања упис у јавним књигама. Истина у § 946 стоји, да ко прибави својину или друго какво право на непокретној ствари, *може захтевати* да се упише у баштинску књигу као сопственик или титулар тог права, тако да изгледа, као да се право прибавља самом застарелошћу и пре уписа у баштинске књиге. Међутим правилније је схватити тај пропис тако, да на основу одржаја титулар службености може уписом прибавити службеност без обзира на пристанак или непристанак власника послужног добра. Према томе све до уписа права у књиге, одржај, и ако је завршен, не производи стварно дејство. На добру не постоји никакав терет службености, док не буде уписан у баштинску књигу. У том смислу садржи Грађански Законик у § 948 изречан пропис, да право које се застарелошћу или одр-

¹ Противно мишљење Л. Стефановић у свом чланку: „Да ли се службености *altius non tollendi* и *non aedificandi* могу прибавити одржајем“ („Архив“ VIII, стр. 50).

жајем прибавља, не важи према ономе, који је, ослањајући се на хипотекарне књиге, добро прибавио као слободно од те службености.

III. Заштита стварних службености.

Право службености заштићено је од повреда нарочитом тужбом, т. зв. *actio confessoria*, која је слична својинској тужби *rei vindicatio*. Претпоставка за такву тужбу је, да тужилац има право службености, али да сопственик не допушта вршење службености. У таквом случају пресудом судском утврђује се постојање службености и осуђује се сопственик послужног добра, да одобри вршење службености, т. ј. да васпостави онај однос, који одговара признању права службености. О том праву, које је сасвим разумљиво и без нарочите законске одредбе, говори се у § 386 део I. Што се тиче узнемиривања у уживању службености, које не би било у облику оспоравања права службености, већ би било више фактичке природе, ималац службености заштићен је државинском тужбом, пошто је он према техници српског права, држалац права службености и као такав ужива државинску заштиту. Што се тиче својинске тужбе *actio negatoria*, о њој не говори српски законик код службености.

Право на тужбу за заштиту службености има не само сопственик, већ и други који титулар неког стварног права (права ужитка) коме службеност користи. У случају сусвојине право на тужбу има сваки сувласник.

IV. Престанак стварних службености.

1. Престанак вољних службености наступа као и њихов постанак у начелу уговором странака, да службеност има престати да важи. Према општем начелу о прибављању баштинских права такав уговор производи само тражбене односе. За дефинитиван престанак службености потребан је и испис њихов из баштинских, односно хипотекарних књига. Све до исписа из књига службеност и даље постоји, сходно начелу изреченом у § 329 и § 948. Тако, ако је уговором између сопственика послужног добра и имаоца службености (сопственика повласног добра) утврђен престанак службености, па пре исписа сопственик повласног добра отуђи исто, онда прибавилац добива добро заједно са службеношћу. Испис се сад не може више извршити, а онај уговор произвео је само тражбене односе.

2. Са првим случајем сличан је и случај једностраног одустанка од стране имаоца службености. Одустанак се има *ишмено* изјавити противној страни, у ком случају је потребан и испис из књига, ради дефинитивног престанка службености, -- или се пак може изјавити пред судом, у ком случају суд има и да изврши испис службености.

И за случај под 1. и 2. претпоставља се, да сопственик повласног добра има неограничено право располагања земљиштем, које је у питању. Ако на земљишту постоје терети (хипотеке, службености), онда је једнострана изјава сопственикова довољна само у случају, кад се одустанком од службености не штете права тих трећих лица. Иначе је потребан за престанак службености и пристапак тих трећих лица. Немачки Законик има у § 876 изречну одредбу о томе. У српском праву нема сличног прописа, али се горње правило мора и у српском праву применити, према општем принципу, да сваки може својим правом располагати само у границама свога овлашћења. Чим је право својине оптерећено правима трећих лица, сопственик не може том својином и њеним припатком (службеностима) располагати по својој вољи.

3. Службеност престаје у случају пропасти једног или другог добра, повласног или послужног. Ово је ређи случај престанка службености. У § 388 став II изречено је правило, да се у случају обнављања земље или здања и повраћања у пређашње стање, и сама службеност обнавља и повраћа у пређашње стање. Овај пропис има примене нарочито код кућних службености.

4. Службеност престаје експропријацијом добра за јавне потребе. Да ли ималац службености има право на накнаду из суме добивене експропријацијом, је питање које зависи од посебних прилика сваког конкретног случаја.

5. Нарочити случај престанка службености је стицај права својине и права службености у једној истој личности. *Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit* - l. 1 D. VIII, 6. Било да сопственик послужног добра прибави повласно добро, било обратно, службеност престаје постојати по правилу *nulli res sua servit*. Овај принцип изречен је у § 389. Став II тог прописа гласи: „И кад би господар доцније једну од ових земаља на другог пренео, онда зависи службеност од његовог саизволења и нових услова, јер њему припада неограничено право са својим добром располагати“. Престанак

службености у случају консолидације је дакле у начелу трајан и дефинитиван. Али од тог правила има два изузетка: а) код законских службености, које се поново васпостављају, чим једно од добара пређе у својину другог неког лица и б) код службености које постоје у корист земљишта, на којима има терета трећих лица. Кад би консолидација и овде имала за дејство апсолутни престанак службености, њом би без своје кривице трећа лица била оштећена. Зато се овде махом не признаје престанак службености, под условом наравно, да је службеност такве природе, да знатно утиче на вредност повласног добра и да према томе трећа лица, која имају извесна права на повласном добру, имају оправданог интереса на одржању службености.

6. Пошто је Грађански Законик у § 339 допустио одступање од редовног правила примљеног из римског права, да је стварна службеност трајно везана за непокретно добро, у чију корист постоји, и предвидео и такве стварне службености, које би само за извесно одређено време постојале, то је онда у § 390 прописано, да службености, чије је трајање временом тачно ограничено, престају важити по самом закону по истеку одређеног времена.

7. Као нарочити случај престанка службености предвиђа § 390 то, да ја онај који је службеност одобрио, имао само једно привремено право, тако да по престанку његовом престаје и та службеност постојати и може се на захтев интересованих лица исписати из књига. Тако, ако би уживалац за време трајања свог права ужитка одобрио једну стварну службеност. По престанку ужитка логично би и службеност имала престати. Исто то важи и за онога, који би био условни власник земљишта, па би у том својству одобрио службеност.

8. Као последњи такође важан случај престанка службености је престанак услед застарелости права. Као и остала права, сем права својине, и службености се могу изгубити услед неупотребе или застарелости права. У § 387 изречено је то правило, да службености престају оним истим начином, којим престају и остала субјективна права, а застарелост је општи начин престанка права и обавеза.

Код престанка стварних службености услед застарелости правило је пандектно право¹ разлику између позитивних службености,

¹ *Windscheid*. Bd. I. S. 1.100.

т.ј. таквих службености, које овлашћују на поједине периодичне радње, и негативних службености, које дају право на извесно трајно стање било послужног било повласног добра. Службености прве групе губиле су се застарелошћу, т. ј. простом неупотребом за извесан низ година. Код службености друге групе тражио се један позитиван услов, з. зв. *usucapio libertatis*, *Ersitzung der Freiheit*, прибављање слободе путем одржаја. То је значило, да није довољно утврдити да није било употребе права службености за одређени број година, већ се тражило, да је послужно добро за све време трајања застарелости држано и уживано као слободно од службености, т. ј. у таквом стању, које очигледно искључује постојање службености, и васпостављено је радом људским. Овај услов изводило је римско, а по њему и пандектно право из саме природе негативних службености, сматрајући да се само на тај начин може да утврди оно фактичко стање, које заслужује да буде претворено у правно стање. Тако код *servitus tigni immittendi* није довољно било, да греда није била увучена у зид за одређено време, већ је потребно било да је отвор, где је греда требала доћи, затворен, или да је зид помакнут и т. д. Код *servitus non altius tollendi* тражило се да је фактички зидано у већој висини и да је од дана зидања протекло време застарелости, да је дакле наступила *usucapio libertatis*. Услов је био још и то, да је стање, које је довело да *usucapio libertatis* васпостављено *bona fide*, и да није извршено против воље друге стране. Грађански Законик не помиње ту иначе са свим умесну разлику. У § 930а стоји да се сва права губе ако се против туђег присвајања не чини ништа, па је сумњиво питање кад ће се узети да је наступио губитак једне негативне службености услед неупотребе. Свакојачко и да се не прими тај захтев *usucapio libertatis*, мора се у сваком случају утврдити, да службеност фактички није употребљавана за све време трајања застарелости. То утврђивање мора да се изврши на основу извесних позитивних чињеница, које у крајњој линији, као једну фактичку околност, има суд да цени.

Што се тиче рока застарелости, он износи према § 930а двадесет и четири године. Прописи о прекиду застарелости примењују се и овде.

Б) ЛИЧНЕ СЛУЖБЕНОСТИ.

1. У опште о личним службеностима.

Као битна особина личних службености за разлику од стварних службености истиче се обично њихова веза за једну одређену личност, тако да трају највише толико, колико и личност. Ово начело усвојило је и Грађански Законик у § 338, који гласи: „Но бивају службености и такве, које се само за особу једну вежу, и не прелазе на другу; такве су обично: кад ко право добије, да ствар туђу употреби, да ужива, или да у кући туђој обитава“. Одредба личних службености није довољно јасно изражена ставом, да су личне службености везане за једну личност. Садржина личних службености је друге природе но садржина стварних службености. Стварне службености постају у главном зато, што је просторни однос појединих непокретних добара такав, да су добра једно на друго упућена на узајамно помагање. Отуда настају стварне службености, или права власника једног добра да се у извесној мери користи другим добром, *ради њој њуније и корисније* употребе свога добра. Стварна службеност са привредног гледишта је једно споредно право уз главно право на повласном добру. Отуда не може бити стварне службености онде где није у питању искоришћење једног добра помоћу другог. Код личних службености ствар је сасвим друкчија. Личне службености су самостална права на искоришћење једног економског добра, без обзира на везу са другим каквим добром. Суштина личних службености је у праву на извлачење користи из једне ствари, не ништећи право својине на тој ствари.

Према томе много је логичније схватање германског права, да се личне службености по природи својој изједначају са правом својине, од ког се права разликују или мањом садржином, или ограниченошћу трајања. Римско право је сва права која би постојала на туђој ствари, т. зв. *jura in re aliena*, сматрало као зависна права од права својине. Претпоставка за њихову егзистенцију била је постојање једног права својине, према коме су се она појављивала као ограничења својине. Општи термин је био за сва та права *servitutes*, и ако међу њима има знатне разлике у погледу садржине њихове. Ту технику усвојила су многа права од римског права, па и српско право сматра личне службености као подврсту службености у опште. Без обзира на ову систематику Грађанског Законика треба истаћи ону знатну

разлику између личних службености, као самосталних права на стварима, и стварних службености као споредних права особене природе уз право својине.

Према томе битно је у појму личне службености извесна правна власт на туђој ствари. Садржина те правне власти је искоришћење ствари у већем или мањем обиму, према томе која је специјално лична службеност у питању. Од права својине разликују се личне службености мањом садржином и ограничењима трајања.

У начелу личне службености нити се могу преносити, нити наследити. То је био основни принцип римског права, које је желело да што више истакне право својине и зато није било склоно трајном ограничењу својине правом службености. Грађански Законик је међутим допустио у §§ 392 и 393 да се личне службености и наследити могу, ако је приликом конституисања службености то уговорено. Германско право је овде утицало на римско право тако да у аустриском и српском праву наследивост није битни већ само редовни елеменат у појму службености. Исто то важи и за преносивост.

Личних службености има, према систематици Грађанског Законика, свега три: 1. *право ужитка* (ususfructus); 2. *право употребе ствари* (usus); и 3. *право становања* (habitatio).

І. ПРАВО УЖИТКА.

1. Појам ужитка и врсте ужитка.

Право ужитка је једна од најважнијих и најчешћих службености. То је право на потпуно искоришћење једне ствари у смислу привредног искоришћења. Поједине ствари као економска добра имају ту особину, да као капитали дају трајно извесну корист, извесан принос, с тим да главна особина или суштина ствари не буде ни у колико измењена. На тој особини економских добара заснива се право ужитка. Уживалац има право на користи, на принос од ствари, док сопственик задржава својину на ствари, као на капиталу. Римско право изражавало је ту идеју врло лепо правилом: *ususfructus est jus, alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia* (pr. J. II, 4; l. 1 D. VII, 1). Пошто је пак особина свих личних службености у извлачењу позитивних користи из једног добра, то је потребно одредити, чиме се одликује ужитак од осталих личних службе-

ности. Та одлика састоји се у обиму права ужитка. Ужитак је право на *све* користи и *све* приходе од ствари. Он се по свом појму не може ограничити на извлачење само неких користи од ствари, већ се простире у начелу на целу ствар. Уговором се може искључити уживање ствари у једној специјалној функцији али се не може таксативно набројати *све*, на шта има право уживалац. Са појмом ужитка може се дакле сложити искључење извесних користи али се не слаже ограничење само на неке користи. Таква лична службеност, ограничена само на одређене функције ствари, престала би бити ужитком и имала би се сматрати било као право употребе, било као право становања (т. зв. ограничене личне службености).

И ако је ужитак по свом појму право на потпуно уживање и употребу ствари, ипак се њиме, као што се и из одредбе види, не уништује право својине. Својина је истина *nuda proprietas*, али је она ипак једно право, које има извесну садржину и које ће по престанку ужитка постати потпуним правом. За време трајања ужитка сопственик има само власт у погледу суштине ствари и у том обиму може својим правом по вољи располагати. Он може својину другоме уступити, може је оптеретити хипотекама, може чак и службености одобравати, у колико се њима не би ни у колико утицало на право имаоца ужитка.

Предметом ужитка могу у принципу бити све ствари. Са правног гледишта не постоји никаква сумња о томе, јер се текст Грађанског Законика томе не противи. У глави VIII Грађанског Законика говори се о службеностима на стварима у опште и не издваја се ниједна категорија ствари. Пошто пак Грађански Законик под стварима разуме све оно, што пружа људима користи и налази се у промету, а не само телесне предмете, то значи да ужитак може постојати и на нетелесним предметима, као на правима.

Са гледишта изводљивости овог принципа, да све ствари могу бити предметом ужитка, истичу се тешкоће код оних ствари, које по својим унутарњим особинама нису у стању да задовоље оне погодбе и испуне оне услове, под којима ужитак у опште може постојати. Такве су све оне ствари, које не дају трајне економске користи без повреде своје суштине. То су потрошне ствари. У те ствари убраја се и новац, који се не може употребити у начелу, а да се не измакне из руку. За веће количине

новца то већ не важи, пошто оне имају карактер капитала, који даје принос. Услед ове тешкоће да се у пракци оствари ужитак на потрошним стварима, створен је један правни институт под именом *quasi-ususfructus*. Код тог *quasi-ususfructus*-а уживаоцу је уступана својина на предмету ужитка, с тим да је он дужан по престанку права вратити ствари исте количине и врсте.

Установа квази-ужитка задржала се и у српском праву. И зато постоје нарочита правила у погледу ужитка на појединим врстама ствари. Први, редовни и најважнији случај јесте, кад је предмет ужитка једна *непотрошна, телесна* ствар, било покретна, било непокретна. Сва правила о ужитку биће изложена код таквог ужитка. Ужитак пак на *потрошним* стварима, на *правима* и на *целокућном имању* као једној збирној ствари биће изложен у нарочитим одељцима, где ће се изнети сва одступања од редовног случаја.

I. Ужитак на телесним непотрошним стварима.

1. Прибављање ужитка.

1. За прибављање ужитка важе у главном иста правила, која су изложена код стварних службености. Грађански Законик прописује у § 340 за *све* службености, да основ њихов може бити или у закону, или уговору, или у последњој вољи, или пресуди судској или застарелости. Што се тиче законског ужитка он постоји и на покретним и непокретним стварима по самом закону, тако да није потребан и један нарочити акт прибављања. Законски ужитак мужа на миразним добрима, (§ 766 и 767) као и удовички ужитак (§ 413 и 414) постоје и без прибављања државине (традиције), као и без уписа у баштинским књигама, ако је у питању ужитак на непокретним добрима. Ужитак који би се заснивао на пресуди судској прибавља се истим начином као и вољни ужитци. Пресуда судска т. ј. пресуда изборног суда у случају деобе, којом се додељује једном удеоничару право ужитка, само је основ за прибављање тог ужитка на начин, на који се у опште вољни ужитак прибавља.

За ужитак који се оснива на тестаменту, важи исто то. Тестаментом самим не заснива се право ужитка. Тестаменат је једино правни основ за прибављање ужитка. Лице у чију је корист тестаментом установљено право ужитка, има тражбено право према наследницима на уступање ужитка на начин, на који се ужитак у опште прибавља.

2. За прибављање ужитка уговором важе иста правила, која постоје и за прибављање својине. Према § 342 службености се прибављају оним истим начином, као што се у опште својина на разним стварима прибавља. То значи, да је за прибављање ужитка на покретним стварима осим споразума странака потребна и традиција, предаја ствари. Предаја може бити или из руке у руку или пак симболички, стављањем прибавиоца у такав положај да може да врши фактичку власт на ствари. Она два случаја (*traditio brevi manu* и *constitutum possessorium*) у којима је предаја излишна, примењују се и код прибављања ужитка. У немачком праву важи и код прибављања ужитка на покретним стварима правило, да савесни прибавилац постаје са предајом ствари пуноважним титуларом права ужитка и онда, кад уступилац није био сопственик добра, на коме је одобравао ужитак. Овај принцип не важи у српском праву у начелу ни код прибављања својине, па се не може примити ни за прибављање ужитка. Али у српском праву постоје према § 221 три изузетка, кад се прибавља својина на покретним стварима и од неопштвеника, само кад је прибавилац савесан био. Да ли се ти изузетци примењују и на прибављање ужитка? Пошто § 342 прописује, да за прибављање ужитка важе иста правила, која и код прибављања својине, значи да се и § 221 треба применити на прибављање ужитка, под условом да се ужитак прибавља теретним уговором, сличним уговору куповине и продаје, о коме говори § 221. Од три случаја, која су поменута у § 221, на ужитак се практички могу применити само последња два, кад ужитак одобрава лице, коме је ствар била поверена од господара њеног, као и кад трговац уступа право уживања на ствари којом тргује. У тим случајевима савесни прибавилац ужитка постаје пуноважним имаоцем права чим му се ствар преда, ма да уступилац није сопственик ствари.

За прибављање ужитка на непокретним добрима важи принцип, да је осим споразума странака потребан и упис у баштинске, односно интабулационе књиге. Пре уписа постоје само тражбени односи између странака. Са уписом у књиге стиче се дефинитивно право ужитка. Што се тиче формалности уписа вреде прописи о прибављању хипотеке, који ће ниже бити изложени. Главни је услов, да уступилац писмено одобри упис, или да усмено сам захтева упис у књиге. Пуноважност прибављања и овде зависи од тога, да ли је уступилац био сопственик добра или

не. У немачком праву постоји фикција о апсолутној тачности баштинских књига у корист онога, ко прибавља једно баштинско право. Према томе прибавилац ужитка кад преговара са једним лицем, које је у књигама уписано као сопственик, има апсолутну сигурност, да је то лице доиста сопственик добра. У српском праву не постоји та фикција у корист лица, која имају тапију, тако да прибављање права ужитка и уписом у књиге зависи од тога, да ли је уступилац био материјално правно овлашћен на одобравање ужитка.

3. Право ужитка прибавља се најзад *одржајем* (§ 342 у вези са § 340). Пошто је одржај само правни основ прибављања, то се ужитак на непокретним стварима прибавља и у случају, кад је основ прибављања одржај, тек уписом у баштинске књиге. Пре уписа у баштинске књиге уживалац нема стварно право ужитка, и ако је време за одржај потребно, већ протекло (§ 946 у вези са § 948). Код прибављања ужитка на покретним стварима чим протекне време застарелости прибавља се и стварно право ужитка, без икаквог другог правног акта, пошто је модус прибављања — традиција — већ остварен.

За одржај важе иста она правила, која важе и у погледу прибављања својине. Државина права ужитка треба да је *савесна* и *законита* и *непрекидна* (§ 926). Правила о акцесији и сукцесији застарелости примењују се и код ужитка.

Време за одржај је *три* године у погледу покретних ствари (§ 928), а десет или двадесет и четири године у погледу непокретних добара, према томе да ли је ужитак био уписан или не у интабулационим књигама (§ 929).

2. Правни положај уживаоца.

а) Права имаоца ужитка.

Из саме одредбе о ужитку изилази, да уживалац има ова три главна права: 1) право на државину ствари; 2) право на употребу ствари и 3) право на уживање ствари, или на прибирање свих прихода, које ствар пружа.

1. Право на државину ствари.

Ово право није у Грађанском Законику изречно поменуто, али је оно претпоставка за егзистенцију она друга два права. Да би уживалац могао вршити право употребе и право уживања ствари, потребно је да има ствар у својој фактичкој власти,

у својој државини. Истина није немогуће уживати једну ствар и преко другог лица, које ће прибирати користи од ствари и давати их имаоцу ужитка, али такво право на користи, које би други збирао, не одговара већ утврђеној природи права ужитка.

По техници српског права титулар ужитка није држалац *ствари*, већ само држалац *права*, али у суштини то је једно исто. У сваком случају уживалац има право да ствар, која је предмет ужитка, држи у својој фактичкој власти, било да се та власт сматра као државина, било као детенција. У немачком праву (§ 1136) и у швајцарском праву (§ 725) постоји изречна одредба о томе, да уживалац има право на државину ствари.

2. Право на употребу ствари.

Друго право које има уживалац јесте право на употребу ствари. Под употребом ствари разуме се такво извлачење користи од ствари, које нема карактер прибирања плодова или приноса од ствари. Грађански Законик не говори о употреби ствари као о једном особеном праву уживаоца, већ у § 374 прописује, да титулар ужитка може ствар уживати без сваког ограничења, а под тим уживањем у ширем смислу разуме се и употреба ствари.

Обим права на употребу ствари је исти онолики, колики је у случају кад то право врши сам сопственик ствари. Оно се простире и на припатке и прираштај глукне ствари, као и на све стварне службености, које би постојале у корист добра, које је предмет ужитка. Што се тиче начина вршења права употребе постоји правило, да се ствар има употребљавати онако, како то одговара њеној привредној намени. Само изузетно допушта се друкчија употреба, ако се тиме не утиче ни у колико на суштину ствари, коју уживалац није у праву ни у колико да мења.

3. Право на уживање плодова од ствари.

Треће и најважније право уживаочево је право на све плодове ствари, дакле на оно, што ствар као капитал буде доносила. И обични и ванредни приходи од ствари припадају уживаоцу, сем случаја нађеног блага, које прелази у својину господара земљишта, према изречној одредби у § 376. У § 376 говори се о обичним и ванредним приходима ствари, а не о плодовима. Законик је употребио израз *приход*, који је шири од израза *плод*. Правна теорија чини разлику између *плодова* и *прихода*, тако да као *плодове* сматра само оне приносе, који се јављају

редовно и периодично, док под шири појам *прихода* или у опште производа долази и онај принос, који се не јавља периодично. Ову разлику чини француски грађ. законик (art. 582), прописујући да све оно, што нема карактер плода, не припада уживаоцу. Тако, материјал од срушене куће и дрвеће оборено олујом, не би припали уживаоцу, јер нису плод земљишта. Што се тиче самих плодова, они се деле у *природне* и *грађанске* плодове. Под првима се разуме све оно, што земља производи, било сама, било учешћем људског рада; исто тако и производи животиња долазе у природне плодове. Под цивилним или грађанским плодовима разуме се оно, што се добива на основу правних послова закључених у погледу предмета, на којима постоји ужитак. Грађански Законик међутим не чини у опште разлику између плодова и прихода у ширем смислу те речи, већ даје уживаоцу право на све приходе, редовне и изванредне, подразумевајући ту и онај принос, који има карактер плода, који се дакле јавља периодично, као и онај, који долази у категорију прихода у опште. Што се тиче специјално плодова, наравно да уживалац има право и на *природне* и *грађанске* плодове, кад он има право на све плодове у опште.

Што се тиче прибављања својине на природним плодовима од стране уживаоца, важи правило, да уживалац постаје сопствеником природних плодова са *одвајањем* њиховим од главне ствари, без обзира на то, ко је одвајање извршио, да ли сам уживалац, или неко треће лице, или су се пак плодови сами од себе одвојили. То значи, да за прибављање својине на природним плодовима у личности уживаоца није потребно, да је уживалац узео плодове и у државину, већ је главно, да су плодови одвојени од земљишта, односно од животиња. Самим тим одвајањем уживалац стиче право својине. Ово правило изречено је посредним путем у § 382, у коме је расправљен однос између уживаоца и сопственика при враћању ствари. По том пропису сви плодови и све користи сабране или само одвојене, припадају уживаоцу. То значи, да је он постао њиховим сопствеником самим фактом одвајања од главне ствари. О грађанским плодовима не говори међутим Грађански Законик, јер се § 382 односи само на природне плодове, и ако то у њему није изречно споменуто, али је несумњиво, да се својина на њима не прибавља прибирањем или примањем плодова, већ према протеку времена, за које је ужитак постојао. У француском праву (art. 586) постоји изречна одредба,

да се грађански плодови прибављају *jour par jour* (дан по дан) т. ј. према времену трајања ужитка, без обзира на то, да ли је уживалац наплатио тај приход или не. Исто правило вреди и у српском праву.

б) Обавезе имаоца ужитка.

1) Обавезе уживаоца за време трајања ужитка.

1. Прва обавеза уживаоца јесте, да за све време трајања ужитка ужива ствар као добар домаћин, као *bonus pater familias*. У уживању добра он мора савесно и брижљиво да поступа и да не чини ништа, чиме би довео у опасност саму суштину ствари или основни капитал (§ 378). Он одговара за сваку небрижљивост коју добар и савесан домаћин не би учинио (*culpa in abstracto*). Уживалац мора ствар рационално искоришћавати и уживати. То искоришћавање не сме да носи тип пљачкашке привреде (*Raubwirtschaft*).

Ако би уживалац тако нерационално ствар уживао, да његово држање не би одговарало држању једног доброг домаћина, тај поступак не би имао за непосредну последицу неприбављање својине на плодовима тим путем добивеним. Уживалац прибавља својину са одвајањем од главне ствари и на таквим плодовима, који би били сабрани нерационалним путем. Нерационално искоришћење производи само тражбено правне последице. Оно даје сопственику добра право на накнаду штете, коју би ствар у својој суштини услед таквог прекомерног експлоатисања претрпела. За ту обавезу накнаде штете важе општи прописи о накнади штете. На другом месту Грађански Законик дружа сопственику добра још једну радикалнију заштитну меру против прекомерног и нерационалног искоришћења добра. По § 383 сопственик ствари има право да тражи обезбеђење у случају кад би од нерационалног поступања уживаоцевог претила опасност ствари. Ближе одредбе о том обезбеђењу није поставио Грађански Законик, али је несумњиво, да би у случају недовољног обезбеђења сопственик имао право да тражи, да се ствар одузме од уживаоца и преда нарочитом лицу на управљање.

2) Друга обавеза уживаоца ствари, која стоји у вези са првом, састоји се у томе, да је уживалац дужан да одржи привредни карактер ствари. Он нема право да знатно мења ствар и претвара је у једно добро друге врсте. Тако, ако је предмет ужитка једна вила, ималац ужитка нема право да ту вилу пре-

твори у кафану. Али наравно да сме вилу под закуп да изда, јер он није дужан сам лично да станује у њој. Даље, ако је предмет ужитка једна шума, уживалац нема права да је претвори у ливаду и т. д. И о овој обавези говори § 378, не директно, али посредним путем. Немачки грађански законик има изречну одредбу у § 1037 да уживалац не сме ствар знатно изменити ни дати јој други облик. Ако је предмет ужитка једна збирна ствар, примљена по инвентару, уживалац сме поједине састојке да утроши и уништи, али је дужан да их накнадно набави и прикључи главној ствари. Ово право има уживалац у толико, у колико би рационално привређивање то захтевало. Такви састојци чим се набаве прелазе у својину господара главне ствари (§ 1046 немачког грађанског законика). У том смислу је и српски § 378, последња реченица.

3) На трећем месту уживалац је дужан да ствар одржава у исправном стању. Пошто је право уживаоца по својој природи једно временом ограничено право, то је уживалац дужан да ствар одржава и по престанку ужитка врати је у истом стању у ком ју је примио. О тој обавези говори § 378, по коме је уживалац дужан ствар одржавати (погрешно стоји „садржавати“; вид. § 513 аустр. грађ. зак. — *erhalten*). Обавеза одржавања ствари у добром стању своди се практички на обавезу сношења трошкова око одржања ствари. Сви редовни трошкови око одржања ствари, т. ј. они трошкови, који условљавају рационално уживање, падају на терет уживаоцу ствари. То су дакле сви они издаци, који се у опште чине приликом експлоатисања добра. Меру и обим тих трошкова утврђују постојећи назори о рационалном газдинству. Спорно је питање, да ли у те редовне трошкове око одржања добра долази и плаћање премија за осигурање. Да ли је уживалац дужан добро да осигура, или ако је већ осигурано, да ли је дужан да плаћа премије? Питање није изречно расправљено у старијим законцима, тако да су се појавила разна мишљења. У француском праву претеже мишљење да није уживалац у опште дужан да добро осигура, и да ни у случају, кад је добро већ осигурано, није обавезан да плаћа премије осигурања.¹ У немачком праву међутим постоји изречна одредба у § 1045, да је уживалац дужан да осигура предмет свога ужитка, ако је осигурање

¹ *Planiol*, t. I, p. 555

према правилима рационалног газдинства потребно. Овака одредба је умесна, али пошто се не налази у српском праву, треба закључити да уживалац нема правну обавезу да изврши осигурање.

Што се тиче изванредних трошкова, које би било потребно учинити, те трошкове није дужан да сноси уживалац ствари. Сопственик пак такође није у начелу дужан да те трошкове сноси, јер се његове обавезе за време трајања ужитка састоје у нечинењу, према основном појму службености. У том смислу постоји и изречан пропис у § 379 у коме је истакнуто као принцип, да зависи од споразума странака, како ће се вршити изванредне оправке и сносити изванредни трошкови. Нити је сопственик дужан, да нове зграде о свом трошку сам диже, или старе сасвим оправља, нити је пак безусловно обавезан, да уживаоцу накнади вредност подигнутих зграда. Из овог се прописа не види, да је уживалац дужан да те изванредне трошкове сам сноси, већ се каже само то, да сопственик није дужан изванредне оправке предузимати, а да се питање о обавезама странака у случају изванредних оправка решава према њиховом споразуму! Овим правилом Грађански Законик у ствари није расправио питање, ко ће сносити те изванредне трошкове, већ је изрекао само оно, што је познато и неоспорно, да се обим приватно-правних обавеза у принципу одређује споразумом странака. У француском праву уживалац је дужан само да сноси редовне трошкове и да врши обичне оправке, потребне ради одржања добра у исправном стању. Све веће оправке падају на терет сопственику добра (*les grosses réparations* — art. 605). Међутим, по мишљењу француских правника, то што велике оправке падају на терет сопственику не значи да је сопственик обавезан да те оправке и изврши. Сопственик није дужан ни у почетку ужитка да преда добро у исправном стању, већ у онаквом стању, у каквом се добро затекло (art. 600), па се још мање може захтевати од њега да у току вршења ужитка предузима оправке добра. Пропис § 605 има само тај значај, да те велике оправке не падају на терет уживаоцу. Он не одговара, ако их не изврши. Ако би их извршио, правни однос се расправља по правилима која важе за *negotiorum gestio*.¹ Слична правила има и немачко право (§ 1041). Што се тиче аустриског права, оно је напустило строго гледиште римског права, које заступају француско и дана-

¹ *Planiol*, t. I, p. 563; *Baudry-Lacantinerie*, t. I, p. 836.

шње немачко право, да ни сопственик није дужан да чини изванредне оправке и у опште да сноси те изванредне трошкове, па је у §§ 514 и 515 прописало особена правила о односу између сопственика и уживаоца у погледу оправака. По § 514 ако сопственик добра на преставку уживаоца ствари изврши нужне изванредне оправке, којима је повећан принос добра, уживалац је дужан у мери побољшања свога права да даје накнаду у облику ренте на утрошену суму. Ако сопственик не изврши те оправке, онда уживалац има према § 515 право, да сам изврши те оправке, и да од сопственика тражи накнаду као савесни држалац; или пак да их и он не изврши, а да за то тражи накнаду од сопственика за пропуштено уживање. Из овог прописа види се јасно, да у аустриском праву на сопственику лежи позитивна дужност, да врши изванредне оправке и сноси изванредне трошкове, тако да неиспуњење те дужности повлачи одређене правне последице.

И француско, и немачко и аустриско право двоје од овог случаја такве трошкове, који не би били нужни, већ би иначе доприносили већој корисности добра или би се пак престављали и као чист лукзус. За све те трошкове прописује француско право, да уживалац нема право на накнаду, баш и да је вредност ствари услед тога порасла. Он има једино право, да све оно што је наместио, подигао, дозидао и т. д. однесе, само под условом, да односно место, или ствар, васпостави у своје претјашње стање (art. 599). У немачком и аустриском праву положај уживаоца је у таквом случају једнак са положајем онога, који врши туђе послове без пуномоћства (§ 1049 немачког и § 517 аустриског законика).

Ово разликовање иностраног права између редовних и ванредних трошкова, који су према природи економског добра потребни, и осталих трошкова, које би сам уживалац учинио, било да би ствар, која је предмет ужитка, украсио било иначе учинио погоднијом за уживање, није јасно изведена у српском праву. Грађански Законик у § 378 изриче обавезу уживаоца ствари, да сноси редовне трошкове око одржања ствари. Што се тиче изванредних трошкова о њима не говори Законик у начелу, већ истиче само један једини случај, кад би се појавила потреба, да се нова зграда дигне, или стара сасвим опала оправи. Али правило изречено за тај специјалан случај важи аналого и за све остале случајеве. Оно гласи, да зависи од споразума између

сопственика добра и имаоца ужитка, ко ће те трошкове и у којој мери сносити (§ 379 став 1). Ово правило мало помаже, јер Законик треба да пропише правила баш на случај да се странке не могу споразумети, или да се нису споразумеле. У последњем ставу истог § 379 стоји: „Нужда и потреба к опредељеном уживању у овом случају служиће за основ пресуђивању“. Овај пропис стоји у извесној контрадикцији са првим ставом, јер и у првом ставу се претпоставља, да су трошкови и преправке биле нужне, па се ипак каже, да нити уживалац има безусловни право на накнаду, нити је пак сопственик дужан бесплатно да гради. А из другог става изилази, да је нужност оправака једино мерило, и да господар ствари мора те оправке да накнади уживаоцу, ако их овај сам неће да изврши. Ипак је боље дати превагу ставу II и закључити, да је сопственик дужан да изврши апсолутно нужне оправке, а ако их не изврши, да је дужан дати накнаду уживаоцу, ако их овај буде извршио. Тужбу пак нема уживалац против сопственика добра, да тражи извршење изванредних оправака, јер се таква тужба противи основном појму службености.

Као што се види Грађански Законик није усвојио по угледу на аустриско право такав систем, који преставља средину између интереса сопственика добра и уживаоца. Он више штити сопственика него уживаоца, сходно основном принципу о службеностима. Ако се утврди, да је зидање, оправљање и у опште чинење изванредних трошкова било неопходно ради уживања ствари, сопственик је дужан да сноси све те трошкове у том смислу, што је обавезан да их накнади уживаоцу, ако их овај буде учинио. Иначе, ако ти трошкови нису били неопходно потребни, већ само корисни по добро, зависи од сопственика хоће ли по споразуму са уживаоцем накнадити трошкове у мери оног вишка вредности, који је имање добило услед подизања или оправљања зграда и имања. Ако се они не могу да погоде око величине накнаде, уживалац има право да подигнуте зграде сруши и материјал однесе, као и све узидане и уметнуте предмете да скине, само да тиме не наноси квар самом добру. Ако је пак немогуће одвајање, као што ће махом бити случај код преправака, уживалац има право да тражи, да се судским путем процени вредност накнаде, која му се има дати (§ 380).

4. На четвртом месту уживалац је дужан да сноси све терете и сва бремена на ствари (§ 377). Он је на првом месту дужан

да сноси све јавне терете (порезе, прирезе, таксе ит.д.) а затим и извесне приватне терете, у колико би они имали карактер сталних терета који леже на приносима добра. Тако интереси и ануитети од хипотекарних дугова, у колико би постојали у тренутку заснивања ужитка, падали би на терет уживаоцу.

У § 377 где се говори о обавези уживаоца, да сноси терете ствари, изречено је и правило, да уживалац није дужан да сноси оне терете, који би прешли вредност плодова. Овај пропис треба тако разумети, да је одговорност уживаоца ствари за терете ограничена само на плодове ствари. Он не одговара целокупним имањем својим за терет, већ само оним приносом, који добива вршењем права ужитка.

2. О обавезама уживаоца по претплатку ужитка.

а) *Обавеза на повраћај ствари.* Право ужитка по свом појму је једно трајањем ограничено право. По истеку одређеног времена, по правилу по смрти имаоца ужитка, ствар се има вратити сопственику. По правилу и строго узев сопственик би имао својинском тужбом да тражи повраћај ствари, али како су претпоставке за успех својинске тужбе често пута такве, да се у даном тренутку не могу испунити, то је за онога, која конституише ужитак, важна ствар да ли може тражити повраћај по тражбеном основу, по уговору, на основу кога је он предао уживаоцу ствар на уживање. У прописима Грађанског Законика говори се свуда о господару ствари, тако да изгледа да се тражи од онога, који иште ствар натраг, да утврди своје право сопствености. Међутим тој речи господар не треба придавати такав значај, јер се у закону претпоставља нормални случај *id quod plerumque fit*, већ треба дати право на повраћај ономе, који је ствар уступио на уживање, не тражећи од њега да утврди и своје право својине. Овакав систем постоји и у француском праву.

У римском праву уживалац је био дужан, да да обезбеђење сопственику да ће му ствар доиста вратити. Само изузетно уживалац је био ослобођен те обавезе давања обезбеђења. Од модерних права француско право је задржало тај систем, јер оно захтева, да ималац ужитка да обезбеђење, да ће ствар уживати као добар домаћин и да ће је вратити у исправном стању. У српском праву уживалац није дужан да даје никакво обезбеђење, сем у случају § 383, кад би он тако уживао ствар, да постоји озбиљна бојазан да ће ствар сасвим пропасти. Исти систем има

и немачко право (§ 1051). За постојање тог права на обезбеђење не тражи се, да је опасност, која ствари прети, проузрокована кривицом уживаоца. Свака објективна радња, ма од које стране долазила, заснива право сопственика на обезбеђење, чим услед такве радње буде претила ствари каква опасност. Тако је у српском, тако је и у немачком праву (§ 1052 немачког и § 383 српског закона).

Уживалац је не само дужан да врати ствар, већ је дужан да је врати у истом стању у ком ју је и примио (§ 378 *in fine*; § 381 став I). Другим речима уживалац је дужан да врати ствар у исправном стању, јер закон претпоставља да је ствар била и примљена у добром и исправном стању, сем ако није приликом предаје ствари на уживање тачно описано, у каквом се стању ствар налазила (§ 381 став II). Тада се наравно ствар има вратити у стању у каквом је била према том опису. Према томе за уживаоца је од велике важности та околност, да ли је пописом и инвентаром, или иначе у уговору о ужитку утврђено, у каквом је стању ствар била. Претпоставка из § 381 је необорива, тако да се противно доказивање неће допустити.

И ако је уживалац одговоран за повраћај ствари у истом стању у ком је и примио, ипак то правило не треба дословно тумачити. Свака ствар се употребом и уживањем, и поред исправног одржавања, троши и мења, тако да је немогуће вратити је у апсолутно истом стању. Према томе она промена и она истрошеност, која се појављује као последица редовне употребе и уживања, не узима се у обзир.

При враћању ствари враћају се и сви припатци и сав прираштај, који је такође био предмет ужитка. Што се тиче плодова, за њихов повраћај важе прописи § 382. По том §-у прави се разлика између одвојених плодова, и оних који још нису одвојени од главне ствари. Први плодови припадају уживаоцу, док ови последњи припадају сопственику добра. Та околност меродавна је за поделу плодова приликом престанка ужитка. Како пак тиме врло често може стицајем случајних околности — изненадним престанком ужитка — да се учини неправда уживаоцу, то је у истом § 382 прописано, да уживалац ствари има право на накнаду трошкова учињених око добијања плодова у случају кад је и он приликом примања ствари са плодовима накнадио био сопственику вредност тих плодова. Овим прописом је доиста у неколико ублажена неправда, која се може учинити

уживаоцу, али није свака евентуалност оштећења отклоњена. Уживалац изгледа да има према § 382 право на накнаду трошкова око незбраних плодова само у случају кад је он примио незбрране плодове без накнаде. Да ли он има право на накнаду трошкова и онда, кад је ствар примио без накнаде, зато што у опште плодова није било? У § 382 то није расправљено и кад би се тај пропис дословно тумачио, изилазило би да нема право. Међутим логичније је тако разумети § 382, да сопственик добра само онда није дужан да накнади трошкове око плодова још несабраних, кад је и уживалац примио ствар без накнаде плодова. Иначе у сваком другом случају дужан је да накнади уживаоцу вредност трошкова учињених око прибављања плодова.

Пропис § 382 српског Грађанског Законика односи се само на природне плодове. Истина у том §-у каже се у опште „плодови и користи“, али ипак то правило треба лимитативно тумачити, да се односи само на природне плодове. Што се тиче грађанских плодова, они се прибирају према времену трајања ужитка и уживалац има право само на оне плодове, којима је рок дошао за време трајања ужитка, без обзира на то, да ли је он фактички плодове примио или не. И ово правило је незгодно у толико, што се не зна, за колико времена унапред може уживалац тим плодовима да располаже и за колико времена може купац или кираџија унапред да плати уживаоцу закуп или кирију. Немачко право одредило је то време као текуће и идуће календарско тромесечје.

б) *Обавеза на накнаду штете*. Неиспуњење обавеза, које леже на уживаоцу повлачи нову обавезу на накнаду штете, коју би сопственик добра претрпео услед нерадње или једне недопуштене радње уживаоачеве. Сопственик има у случају опасности по саму егзистенцију ствари право на обезбеђење (§ 389), иначе има по свршетку ужитка право на накнаду штете. О том праву важе општи прописи о тражбинама за накнаду штете.

3. Преносивост ужитка.

Право ужитка било је у римском праву *лично право*, које се није могло одвојити од личности, којој је припадало. Али ако се само право као такво није могло преносити, допуштено је било, да се *вршење* права ужитка пренесе на трећа лица. То начело усвојило је и модерно право (немачко и француско). У Грађанском Законику нема изречне одредбе о овом питању, јер

се у § 338 говори само о томе, да личне службености, престају смрћу титулара (вид. и § 392). Али како је српско право у овом питању поглавито под утицајем римског права, значи да је и у српском праву ужитак као такав непреносив. Разлог непреносивости ужитка лежи поглавито у томе, што је ужитак ограничен у трајању и то по правилу траје све до смрти уживаоца. Преносом права ужитка на друго лице могло би се било на штету једне или друге стране променити време трајања ужитка. И зато се допушта само пренос вршења права, у границама у којима и сам уживалац може своје право вршити.

Грађански Законик допушта међутим и супротне клаузуле, којима би на пример трајање права ужитка било ограничено само за извесно одређено време (§ 339). У таквом случају треба допустити и пренос самог права ужитка, пошто је личност уживаочева код вршења права ужитка безначајна, сем у случају нарочите погодбе о супротности.

Кад уживалац не може за живота располагати својим правом ужитка, он не може њиме ни на случај смрти располагати. Ужитак не прелази на наследнике сем у случају нарочите погодбе (§ 339 и 392).

Што се тиче уступања права вршења ужитка, оно се врши махом у облику закупа или кирије. Право закупца или киријације траје само дотле, докле траје и право ужитка. У случају престанка ужитка важе у немачком праву иста правила у погледу закупаца, као и да је добро отуђено. Наиме сопственик има право да у законском року откаже закуп или кирију. Ако би пак ужитак престао услед одустанка уживаоца од свог права, право на отказ не би имао сопственик добра све док не би наступио онај догађај, који би учинио крај ужитку, да није раније изјављен одустанак од права. Исто важи и за случај престанка ужитка стицајем и својине и ужитка у личности уживаочевој.

Што се тиче српског права, пошто не постоје нарочити прописи код ужитка, има се применити опште правило, да закуп престаје, чим престане и право онога лица, које је закуп одобрило. Уживалац може само онолико права да уступи, колико сам има. И зато по престанку ужитка закуп по правилу престаје и зависи од воље сопственика добра, хоће ли пристати на даље трајање закупа или не. Изузимају се наравно случаји престанка ужитка, кад се уживалац одрекне свог права, као и онда, кад наступи консолидација у личности уживаоца. Овако решење стоји

у сагласности са правилима о престанку закупа у случају отуђења добра (§ 704). Осим права да изда добро под закуп или кирију, уживалац може непокретне ствари, које су предмет ужитка, хипотековати, наравно у толико у колико је могуће један ужитак хипотековати. Хипотекарни поверилац има право не да изложи продаји ужитак као такав, — сем изузетних случајева већ може једино узети у попис и изложити продаји овлашћење на вршење ужитка.

4. Заштита ужитка.

Ужитак је по својој садржини једно право врло слично са правом својине и зато је потребно да уживалац има државинску заштиту исто онако, као и сопственик добра. У немачком праву уживалац се сматра као држалац у техничком смислу те речи и зато ужива све оне бенефиције и користи, које даје државина. У српском праву уживалац се може појавити као држалац права ужитка и по том основу тражити заштиту у случају узнемиривања и одузимања ствари. Како је пак питање о државинској заштити у опште недовољно и нецелисходно решено у Грађанском Законнику, то ова заштита неће много помоћи уживаоцу добра.

На другом месту титулар ужитка има право на особену тужбу *actio confessoria*, која се по свом циљу и по условима, под којима је допуштена, изједначаје са својинском тужбом *rei vindictio*. Циљ је те тужбе повраћај ужитка, управо повраћај државине ствари, да би се ужитак могао вршити. Услови су исти као и код својинске тужбе: 1. да се докаже постојање права ужитка и 2. да се утврди државина ствари код туженога. О овој тужби говори врло лаконски § 386 став 1.

5. Престанак ужитка.

1. Право ужитка престаје по правилу смрћу уживаоца (§ 392 реченица 1). У француском праву ово је принудан пропис тако да ужитак мора престати по смрти уживаоца и ни у ком случају не прелази на наследнике (art. 617 став 1).¹ Исто тако правило постоји и у немачком праву (§ 1061). Српско право сматра смрт као један од редовних узрока, који чине да ужитак престаје, али том правилу не даје карактер једног принудног прописа. Време трајања ужитка могу странке и друкчије одредити према изречном пропису у § 339, који допушта такво одступање.

¹ *Planiol*, t. I, p. 565—566.

Према томе може се утврдити, да ужитак прелази и на наследнике. Кад постоји такав споразум, Грађански Законик је поставио неколико интерпретативних правила у § 392 реченица 2. и 3. По том пропису, ако би се уговорило само то, да ужитак прелази и на наследнике, у сумњи се под тим наследницима разумеју само први законски наследници. По смрти тих првих наследника ужитак би престао важити и својина би добила свој потпуни облик. Ако ужитак гласи на целу породицу, онда прелази редом на све чланове породипе, док сви не изумру, када он престаје важити и враћа се сопственику добра.

Код правних личности приватног или јавног права ужитак траје све дотле, докле и правна личност. Српско право је у § 392 последња реченица, поставило то правило у погледу задруга и општина, па се оно аналого има применити и на остале правне личности. Тако је и у немачком праву (§ 1061). Овде је модерно право одступило од римског права, које није допуштало трајање ужитка у бесконачност, већ је прописивало да ужитак у корист правних личности траје свега 100 година, без обзира на то, да ли то правно лице и даље постоји. Ако би оно престало раније постојати, наравно да са тим престаје важити и право ужитка (I. 56, D, VII. 1). И нови швајцарски грађ. законик (§ 749 став II) усвојио је то правило, да ужитак у корист правних лица може трајати најдуже 100 година. У француском праву (art. 619) траје ужитак правних лица само 30 година; у црногорском праву 50 година (чл. 169).

2. Ужитак престаје кад истекне време, за које је ужитак био уговорен. И права која сматрају да ужитак неминовно мора престати важити по смрти уживаоца, допуштају да се уговори и краће време трајања ужитка. Тако је у француском праву допуштено да се ужитак заснује за одређени број година, с тим да у случају смрти уживаоца престане важити, и ако одређени рок још није истекао. У српском праву међутим уговарање нарочитог рока докле траје ужитак, не само да је могуће у смислу што краћег трајања ужитка, већ је оно допуштено и у циљу што дужег трајања. Према томе сама смрт уживаоца не би повлачила у сваком случају престанак ужитка и ако је његово трајање утврђено било споразумом. Али исто тако не може се поставити ни обратан правило, да смрт уживаоца нема никаквог утицаја на време трајања ужитка, ако је то време споразумом странака било утврђено. Све зависи од посебних прилика сва-

ког конкретног случаја, тако да се опште правило које би важило за све случајеве, не може поставити. Ако се ни по чему не може одредити, шта су странке желеле, треба узети да ужитак траје све до протеча одређеног времена, без обзира на евентуалну смрт лица, у чију корист ужитак постоји. Овако решење је у складу са правилима Грађ. Законика о праву ужитка.

Аустриско право садржи у § 528 одредбу, према којој лична службеност не престаје у случају кад је тако одређена, да има трајати све док неко не достигне извесну старост, и ако би односно лице умрло пре него што је ту старост доживело. Она тада траје све до дана, кад би то лице доживело утврђену старост, да није умрло. Српски Грађански Законик у § 391 садржи исту одредбу, само је омашком редактора изостављена речница *не*, већ стоји да службеност престаје. Из другог одељка (и ако би он умро...) види се да законодавац говори о *нейресџанку* службености.

3. Ужитак престаје даље кад ствар која је предмет ужитка, сасвим пропадне. Код непокретних ствари је пропаст ствари један од ретких случајева, док код покретних ствари пропаст може чешће да наступи. У случају делимичне пропасти ужитак се простире на остатак од ствари, ако он има карактер економског добра. Ако ствар, која је предмет ужитка, буде експроприсана, ужитак се простире на суму добивену од експропријације. У случају осигурања од пропасти, ако би ствар пропала, ужитак не се простирати на суму добивену осигурањем.

Ако би се ствар понова васпоставила у пређашње или слично стање, самим тим би и ужитак понова важио (§ 388 Г. 3.).

4. Као особени случај престанка ужитка је одустанак од права, изјављен противној страни или и пред судом, ако је предмет ужитка једна непокретна ствар. За престанак ужитка потребна је предаја ствари сопственику (код покретних ствари), или испис из баштинских књига код непокретних добара. Све до исписа из књига ужитак постоји и даље у погледу трећих лица. Ако је ужитак оптерећен правима трећих лица, одустанак нема утицаја на престанак ужитка.

5. Право ужитка престаје и у случају консолидације, стицаја права својине и права ужитка у једној истој личности. Доследно римском принципу *nulli res sua servit*, кад год се стекну право ужитка и право својине у једној личности, ужитак престаје материјално постојати и може се на захтев интересованих

лица исписати из књига. Консолидација не наступа само у случају, кад би се тиме штетила лица, која су прибавила какво право на ужитку. Тада се у њихову корист сматра, да ужитак постоји и даље, и ако би он строго узев требао престати.

6. Право ужитка престаје и у случају неупотребе за пуних 24 године (§ 930а). Ужитак престаје у овом случају тек исписом из књига. Пропис § 948 примењује се и овде: да губитак ужитка не би наступио у погледу оних лица, која би уписом у књиге прибавили какво право на ужитку.

II. Ужитак на потрошним стварима (*quasi-ususfructus*).

Књижевност: *Bürkel*, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch (1864); *Hanausek*, Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch (1879).

Потрошне ствари по својој природи не допуштају једно-времено постојање права ужитка и права својине. Потрошне ствари не могу давати принос, а да не измене своју суштину, своју основну вредност. Са употребом једне потрошне ствари уништује се и троши и њена субстанца, тако да би право својине сопственика добра приликом прве употребе ствари од стране уживаоца било уништено. Али ни римско право није хтело да се повуче пред овом тешкоћом и да искључи ужитак на потрошним стварима, већ је код ужитка на потрошним стварима конструисало један нарочити правни институт, назвавши га *quasi-ususfructus*, *неправн ужитак*. Једним сенатусконсултом из доба царства (l. 1, D. VII, 5) наређено је, супротно дотадањем праву, да све ствари могу бити предметом ужитка, само да правне форме нису исте. Та особена правна форма код ужитка на потрошним стварима састојала се у томе, што је уживалац прибављао својину на стварима и могао је с њима по вољи да располаже, а обавезивао се, да по престанку ужитка врати ствари исте врсте у истој количини. Исту ту идеју примило је и модерно право, јер и оно допушта заснивање ужитка на потрошним стварима у тој форми, да уживалац прибави својину на ствари и да има сва она овлашћења, која има један сопственик.

Према томе са привредног гледишта може се говорити о ужитку на потрошним стварима, и то о ужитку на вредност потрошних ствари. У том смислу § 510 аустриског грађанског законика изречно вели, да је код потрошних ствари само вредност њихова предмет ужитка. Међутим са правног гледишта не може се говорити о праву ужитка. Правна конструкција је сасвим

друкчија, него код редовног ужитка. На првом месту досаданѝ сопственик потрошних ствари престаје то бити. Он нема више никакво стварно право на ствар, већ једино има тражбено право на повраћај ствари исте врсте, или на повраћај њихове вредности. Титулар ужитка има у ствари својину, а не право ужитка. Док код редовног ужитка постоје на истој ствари два стварна права: право ужитка и право својине, дотле код *quasi-ususfructus*-а само једна страна има стварно право (својину), а друга страна има тражбена права.

Грађански Законик предвиђа у § 375 ужитак на потрошним стварима и прописује, да ужавалац прибавља својину на тим стварима, с обавезом да по престанку ужитка врати *њихову вредност*. Исту оваку одредбу има и немачко право (§ 1067) и аустриско право (§ 510). У овом питању се модерно право разликује од римског права, које је захтевало да се врате ствари исте врсте у истој количини, а само изузетно, кад је то нарочито било уговорено, имао је титулар *quasi*-ужитка право, да врати вредност ствари у новцу по процени.¹ Српско право даје титулару ужитка изречно право, да врати вредност потрошних ствари разуме се ону вредност, коју су ствари имале у тренутку заснивања ужитка (§ 375). Да ли уживалац има и право, да врати ствари исте врсте и количине, а не њихову вредност? Он то право нема, сем ако нарочито није уговорено, јер не би право било да се уживалац користи разликама у цени, које су врло могуће.

Грађански Законик не тражи од уживаоца потрошних ствари никакве специјалне гаранције, да ће он вредност ствари доиста и вратити. Уживалац је у опште, према § 383 само изузетно дужан да да обезбеђење, да ће ствар, која је предмет ужитка бити и враћена, али се мора признати, да код *quasi ususfructus*-а постоји много већа опасност и много већи ризик, тако да је обезбеђење много потребније. По аналогiji § 383 уживалац ће бити дужан да да обезбеђење увек кад његове имовинске прилике буду такве, да постоји бојазан, да ли ће се моћи вратити вредност ствари. Ако та опасност постоји у самом тренутку заснивања ужитка, ако је већ тада право на повраћај вредности потрошних добара, услед рђавих имовинских прилика уживаоца, доведено у питање, сопственик може одмах тражити

¹ Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 1045.

обезбеђење и није дужан предати ствари, док му се не да потребно обезбеђење.

Ова правила о ужитку на потрошним стварима примењују се и на ужитак на готовом новцу, сем у случају кад је новац дат под интерес и кад се ужитак своди практички на ужитак тражбине. Тада важе нарочита правила, која су прописана за ужитак на правима (§ 375).

III. Ужитак на правима.

Књижевност: *Mansbach*, Der Niessbrauch an Forderungen (1880); *Stammeler*, Der Niessbrauch an Forderungen (1880); *Hartmann*, Zur Lehre vom Niessbrauch an Rechten (Kritische Vierteljahrsschrift, XXII, S. 518 ff); *Heymann*, Der Niessbrauch an Forderungen (1896); *Brandus*, Ueber den Niessbrauch an Inhaberpapieren (1893).

1. На првом месту ужитак је допуштен и могућ на таквим правима, која дају одређени принос без повреде своје суштине, своје основне вредности. Таква права су предмет ужитка исто онако, као и непотрошне телесне ствари. На пример: право на ренту, право књижевне својине, право патентско. Сви приходи од тог права припадају уживаоцу по самом закону, а само право као такво припада титулару права.

За прибављање ужитка на правима ове врсте важе у начелу иста правила, која и за пренос права. То значи, како се прибавља право једно путем преноса на друго лице, тако се прибавља и ужитак на овим правима. Ово је правило изречно предвиђено у § 1069 немачког грађ. законика, али како оно стоји у сагласности са природом ужитка на правима, то се може усвојити и за српско право и ако у Грађанском Законику нема о томе изречне одредбе. Према томе за прибављање ужитка довољан је и неформални уговор. Ако је право констатовано једним папиром, потребна је осим споразума и предаја папира прибавиоцу. Наравно да се и овде аналого примењује § 383 односно давања обезбеђења.

2. Особена правила постоје за ужитак на тражбеним правима или на тражбинама. Код тог ужитка прво питање које се истиче и које је у пандектном праву било спорно, јесте питање, да ли се ужитак на тражбинама има сматрати као неправи ужитак (*quasi ususfructus*) тако да титулар ужитка прибавља тражбину, а обвезује се да по престанку ужитка поврати вредност њену; или се ужитак на тражбинама има третирати као прави

ужитак, тако да уживалац нема право на саму тражбину, већ једино на њен евентуални принос. За пандектно право вероватније је, да је уживалац имао право да наплати тражбину као цесионар, уз давање обезбеђења да ће по престанку ужитка вратити вредност тражбине.¹ То значи да је ужитак на тражбинама у ствари био *quasi ususfructus*. Пруско право сматрало је међутим ужитак на тражбинама као прави ужитак, тако да је уживалац имао једино право на интерес и принос за време трајања ужитка (Pr. All. L. I, 21, § 101 ff).

Модерно право покушало је да нађе средње решење у овом питању. Тако је немачко право поделило све тражбине у две групе: у тражбине на неко чинење или давање једном за свагда, и у тражбине код којих се поред главнога има да прими и нешто споредно, у првом реду интерес. Код ужитка на тражбинама прве групе титулар ужитка има право да тражи испуњење тражбине, као и право на отказ тражбине. Друго неко овлашћење у погледу самог тражбеног права, које је предмет ужитка, он нема. Са испуњењем тражбине од стране дужника уживалац прибавља на предмету, који је дат, право ужитка, а онај коме је тражбина припадала, или поверилац, прибавља својину. И прибављање ужитка и својине врши се по правилима, која важе за ту врсту добара.

Али ако су предмети тражбеног права потрошне ствари, онда се заснива на тим стварима *quasi ususfructus*. То значи, да титулар ужитка прибавља својину на потрошним стварима, а поверилац добива право, да по престанку ужитка тражи повраћај вредности тих ствари (§§ 1074 и 1075).

Ако је међутим предмет ужитка једна тражбина, која носи интерес, онда је однос између уживаоца и сопственика тражбине друкчије регулисан. На првом месту дужник може пуноважно испунити тражбину само обојици заједнички. И уживалац тражбине и титулар њен имају право да траже, да се обавеза испуни т.ј. да се дуг плати обојици заједнички, или да се депонује на име обојице. Отказ морају обојица заједнички извршити, а ако дужник отказује, он мора учинити изјаву о отказу и пред титуларом ужитка и пред титуларом тражбине. Оба ова лица дужна су да се старају о благовременој наплати капитала и о пласирању његовом на начин прописан за пласирање новца пупила и лица под старалаштвом. Што се тиче пак интереса и у опште приноса

¹ *Dernburg*, Bd. II, S. 630.

који тражбина даје, тај ће интерес као плод тражбине припадати наравно уживаоцу. Ако би се уз интерес давао и један део капитала, као отплата, тај додатак мора да се депонује за обојицу заједнички (§§ 1077 — 1079).

Грађански Законик српски предвидео је прочито правило само за тражбине, које вуку интерес. Према § 375 последња реченица, титулар ужитка има само право на интерес, а не и на капитал. Ако би дужник исплатио дуг, та би се сума имала понова дати под интерес и то по споразуму обе стране. Ако се оне не би сложиле, онда се новац има пласирати код Управе Фондова као и новац пупила. Из овог правила може са *argumento a contrario* извести, да за остале тражбине, т.ј. такве тражбине, које имају за предмет давање једне суме новаца без интереса, важи противно правило, т.ј. да титулар ужитка има на исплаћеној суми иста права, која има онда, кад је од самог почетка једна сума новаца била предмет ужитка. Он прибавља на тој суми новаца, или ако је предмет тражбине друга нека потрошна ствар, на тој ствари, својину с обавезом да по престанку ужитка врати исту толику суму. У прилог овога може се навести и пропис § 766 Г. З. по коме муж као титулар ужитка на жениним миразним добрима, има право да „устуиљене дугове“ потроши. Овде се мисли јамачно на дугове, који не носе интерес, јер за дугове друге врсте важи правило из § 375 по коме уживалац има само право на интерес. Ако би се усвојило супротно мишљење тиме би се знатно проширило право мужа на жениним добрима.

Из правила српска права, да код тражбина са интересом титулар ужитка има једино право на интерес, а не и на износ тражбине, мора се извести да сопственик тражбине има од своје стране сва она права која су у немачком грађ. законнику изречно предвиђена за заштиту оних лица, којима тражбина припада. То су у главном: право да се тражбина само обојици исплати, да се само обојици откаже, или обојица само да могу пуноважно отказ чинити; и најзад право, да се по заједничком споразуму сума пласира, иначе да се депонује код Управе Фондова.

Из правила Грађанског Законика, да код тражбина без интереса, ако су оне управљене на давање једне суме новаца или извесне количине других каквих потрошних ствари, титулар ужитка прибавља *quasi ususfructus* на тим потрошним стварима, проистиче, да у случају кад је предмет тражбине давање једне непотрошне ствари, уживалац стиче на тој ствари прави ужитак.

То значи: са испуњењем тражбине уживалац постаје титуларом ужитка на предмету, који је дат, а досадашњи поверилац или ималац тражбине постаје сопствеником ствари, које су дате. Према томе код оваких тражбина и у српском праву титулар ужитка има једино право да откаже тражбину и да тражи њено испуњење, да би са тим испуњењем прибавио ужитак на предмету који је лиферован. Друга нека права у погледу тражбине он нема, нарочито пак нема право да располаже тражином ма у ком виду.

3. Немачко право прописало је нарочита правила за ужитак на папирима (хартијама) од вредности, који гласе на доносиоца, или пак гласе на наредбу, али су снабдевени бланко преносом, индосаментом. На првом месту државину на том папиру и на талону имају заједнички сопственик папира и уживалац. Што се тиче каматних купона, они прелазе искључиво у државину уживаоца (§ 1081). У место заједничке државине може свака страна захтевати, да се папир и талон депонују код власти, с тим да се могу издати само обојици збједнички (§ 1082). Ако се капитал наплати поступа се као и при наплати тражбина са интересом. Грађански Законик нема специјалних одредаба о ужитку на оваким папирима од вредности. За те папире прописује Грађански Законик, да чим се предаја изврши, они прелазе у својину прибавиоца (§ 866). Из овога правила, у вези са прописом § 375, по коме титулар ужитка има право само на интерес од тражбина, које вуку интерес, а не и право на тражбину, може се са сигурношћу закључити, да уживалац папира од вредности, који би гласили на доносиоца или на наредбу, нема право на искључиву државину тих папира, јер би тиме они прешли у његову својину, већ се мора папир и талон депоновати код власти за обојицу. Што се тиче каматских купона, они се морају дати уживаоцу у државину.

Иначе се и са овим папирима, ако вуку интерес, поступа као и са тражбинама у опште, које вуку интерес.

IV. Ужитак на целом имању.

Књижевности: Strauss, Der Niessbrauch an einem Vermögen (1902); Jacusiel, Das Nutzungsrecht an einem Handelsgeschäft (1903); Simon, Der Niessbrauch an einem Vermögen (1903).

Немачко право прописало је и особена правила за ужитак на целокупном имању нечијем. Таква правила су потребна и

српском праву нарочито с тога, што оно познаје установу ужитка на целом имању код удовичког ужитка, тако да су ови случајеви врло чести у животу.

Ужитак на целом имању третира се на првом месту као ужитак на свима појединим деловима имања, што значи, да се он има за сваки део имања прибавити на начин, који је прописан са прибављање ужитка на стварима те врсте. На непокретним добрима уписом, на покретним предајом, на правима оним начином, како се права преносе. Ово правило несумњиво важи и у српском праву за ужитак на имању нечијем. Разуме се да код законских ужитака прибављање ужитка бива на основу самог закона, и без неких особених начина прибављања. Према томе и правна овлашћења која проистичу из ужитка на имању, свде се на збир овлашћења која има уживалац у погледу појединих предмета ужитка. Ужитак на целом имању рашчлањује се на скуп ужитака у погледу појединих делова имања.

Али поред овог правила, да се ужитак на имању нечијем има сматрати као збир ужитака на појединим деловима тога имања, постоје и друга правила о извесним односима у погледу тог ужитка, из којих се види, да се овај ужитак третира и као целина, као један особени правни институт. Та правила се нарочито односе на одговорност уживаоца за дугове сопственика имања. У немачком праву могу повериоци сопственика имања, ако су им тражбине постале пре заснивања ужитка, без обзира на право ужитка намиривати се из предмета на којима постоји ужитак. Ако је уживалац прибавио својину на потрошним стварима, онда у место ствари ступа право сопственика на накнаду вредности и повериоци могу ту накнаду одмах тражити да би се из те суме они намирили (§ 1086). Овим се хтело да се обезбеде трећа лица, што је сасвим умесно и правично. Да ли би и у српском праву такво решење могло да се прими? Питање је сумњиво зато што изгледа да је стварно право ужитка јаче од тражбених права, па се у недостатку изречне законске одредбе тешко може повериоцима уступити право да се и мимо ужитка наплаћују. Међутим боље је овако аргументисати: да ужитак постоји на ономе, што остане по одбитку дугова, да је то право имање. Овако правило у српском праву постоји за ужитак удовице. По његовој аналогiji могло би се оно усвоити и за уговорни ужитак на целом имању. Даље је у немачком праву титулар ужитка на целом имању дужан да врати сопственику све

предмете, који би били потребни ради испуњења једне тражбине управљене против сопственика имања, а постале пре заснивања ужитка. И сам уживалац може давањем дугованог предмета измирити тражбину, и евентуално отуђити један предмет имања да би био у стању тражбину измирити. Само ако би уживалац већ имао обавезу да накнади вредност примљених потрошних ствари, не сме отуђивати нове ствари за подмирење тражбина (§ 1087). Повериоци сопственика имања, чије тражбине носе интерес, могу од уживаоца и интерес наплаћивати. Уживалац је према сопственику обавезан да тај интерес плати. Ако би уживалац био у доцњи у погледу исплате ових давања, сопственик може тражити повраћај извесних предмета ради подмирења поверилаца (§ 1088). Оба ова прописа могу се и у српском праву примити као правични и у сагласности са општим начелима, специјално са правилом, да ко једно имање ужива, дужан је и терете његове да сноси (§ 24 Г. З.).

II. ПРАВО УПОТРЕБЕ (USUS).

Књижевност: *Bechmann*, Ueber den Inhalt und Umfang der Personal servitut des usus (1861); *Praun*, Die quellenmässige Darstellung der Servitut des Usus (1890).

Право употребе по своме појму је право на употребу туђе ствари за циљеве, који се дају постићи без узимања плодова. (l. 2, pr. D. VI, 8: cui usus relictus est, uli potest, frui von potest). Право употребе разликује се од права ужитка по свом првобитном појму не само мањим обимом, већ у томе, што је оно управљено на употребу ствари као такву, док је ужитак управљен на уживање ствари, које обухвата и употребу. Отуда се право употребе не може ни у облику преноса самог вршења пренети на друго лице, јер преко другог употребљавати не значи употребљавати, док се уживати може једно добро и на тај начин, што се другоме поверава на руковање.

Ова разлика између права употребе и права ужитка није међутим ни у самом римском праву тако строго схватана, да не би била допуштена никаква одступања. И само римско право изречно је допуштало код права употребе једног пољског добра, да се титулар права користи и плодовима, који би њему и породици били потребни. (l. 12, D. VI, 8). Ову идеју прихватило је у главном и модерно право, тако да је данас право употребе у ствари право ужитка са ограниченом садржином. Тако art. 630

француског законика допушта имаоцу права употребе да прибавља плодове „autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de la famille“. Исто тако и § 1091 немачког законика. „Der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bestimmt sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten“ (§ 504 аустриског законика). Исти овакав принцип садржи и Грађански Законик у § 372, који одговара аустриском §§ 504 до 507 и који гласи: „Ко има право једну ствар употребити, онај може према своме стању без призрења на своје остало имање истом ствари користити се по потреби, која се узима од онога времена, кад је право почело. Но саму ствар такви не може изменити, нити на другога пренети“. Овај пропис обухватио је четири параграфа аустриског грађанског законика и зато га треба рашчланиити на саставне делове. На првом месту види се, да је право употребе и у српском праву изгубило карактер чистог права употребе и да се приближило праву ужитка. То је ужитак са ограниченом садржином. Употребилац има право да извлачи све користи из ствари, које су њему лично потребне. Право употребе чисто је лично право и заснива се готово редовно изјавом последње воље. То је једна врста милостиње и зато му је обим ограничен на личне потребе титулара права. Што се тиче пак мере тих потреба њих не треба узети као строго личне потребе, већ их ваља проширити и на потребе породице, ако је употребилац наравно у тренутку заснивања права употребе био отац породице. Јер потреба употребљивца одређује се према времену, кад је право употребе засновано, према оном стању које је тада постојало.

Из овога правила проистиче, да накнадна промена у стању титулара права употребе не даје му овлашћење на пространију употребу, ни обратно. Ово изречно предвиђа § 506 став II, који је испао из српског § 372, као по себи разумљив, кад се обим употребе одређује према стању у времену заснивања права употребе.

Грађански Законик по угледу на аустриско право прописује да се право употребе може вршити и онда, кад употребилац има другог имања, којим би исту потребу могао задовољити. Без обзира на то имање употребилац може да се користи са ствари онако, како то одговара његовом друштвеном положају (§ 372).

Право употребе је и у српском праву непреносиво. То је изречно предвиђено у § 372 последња реченица, само што је тај

пропис незгодно стилизован и по њему изилази да употребилац не може саму ствар пренети („Но саму ствар такви не може изменити, *нијети на другога пренети*. В. § 507 аустр. грађ. зак.: *er darf auch das Recht an keinen anderen übertragen*“). Да употребилац не може ствар пренети то је сасвим разумљиво, јер ствар не припада њему. Он не може ни *право употребе* пренети. Осим тога он не може ни само вршење права поверити некоме другоме, јер је то право строго лично право, чији обим зависи од личних потреба титутара права.

Из правила да употребилац може само за своју потребу прибирати плодове, изилази да остали плодови припадају сопственику ствари. Грађански Законик то изречно прописује у § 373 реченица 1: „У осталом сва друга корист принадежи господару ствари...“ Та околност, што господар ствари има право на све плодове и користи од ствари, у колико оне не би припале употребиоцу, чини да је и промењен правни положај употребиоца и сопственика ствари у погледу трошкова око одржања ствари, као и у погледу сношења терета ствари. Према § 373 све трошкове око одржања ствари и све терете сноси сопственик ствари, а не употребилац. Код права ужитка постоји, као што је познато, супротно правило. Грађански Законик не прави разлику између редовних и изванредних трошкова, већ све трошкове намеће сопственику добра. Једино у случају, кад би трошкови премашали ону корист, коју сопственик има од добра, кад би се другим речима употребилац користио стварју у таквом пространству, да сопственику мало користи од ствари остаје, сопственик добра није дужан да сноси тај вишак трошкова. Он ће пасти на терет употребиоцу, који мора те трошкове сносити или одустати од права употребе (§ 373 *in fine*.) Да ли је овако стање, то је фактичко питање, које се по потреби решава на основу вештачког мишљења.

За прибављање права употребе, као и за престанак његов важе аналого правила, која су изложена код ужитка. Исто тако и права и дужности употребиоца за време трајања употребе одређују се по правилима која постоје за ужитак, у колико горе не би оступање какво било наређено, као на пример код обавезе сношења терета и трошкова.

Што се тиче права употребе на потрошним стварима, оно се изједначаје са правом ужитка на таквим стварима, тако да не постоје никаква особена правила. Овако је било и у римском праву (l. 5 § 2 D. v.l., 5).

III. ПРАВО СТАНОВАЊА (HABITATIO).

Право становања је у ствари једна подврста права употребе. То је право употребе на једној згради за становање. Грађански Законик назива то право у § 384 „право обитавања“ у нечијој згради. У римском праву одступило се од првобитног строгог принципа, да се кућа као предмет права обитавања има једино лично употребљавати, већ је допуштено и издавање куће под закуп (l. 12 C. III, 33). Француско право међутим није примило то приближавање права обитавања праву ужитка, већ је у art. 634 прописало, да ко има право обитавања не може то право ни дати под закуп, ни уступити га другоме. Српски Грађански Законик није то питање расправио и изгледа да треба усвојити оно што постоји код права употребе, т. ј. да се оно у сумњи не може ни у ком облику пренети на друго које лице (§ 372). То одговара и природи тог права и основи његовог постанка. Супротан споразум странака је допуштен.

Обим права обитавања тако је одређен, да се у начелу право овлашћенога лица простире једино на оне просторије, које служе становању, а не и на дућане, магаци и сличне просторије (§ 384). Ако се хоће, да се право обитавања простире на целу зграду, потребно је да се утврди то споразумом странака. Иначе тим просторијама користи се сопственик добра (§ 385). Даље је ограничење у томе, што се собе могу употребити само за своју потребу. Преостатак соба припада сопственику. И ако о овоме ограничењу не говори изречно § 384, ипак се оно мора аналочно усвојити као и код редовног права употребе (§ 372).

За све остале правне односе важе аналочно прописи о праву употребе и о ужитку. Једно специјално наређење садржи § 385 реченица I, да и ако је кућа у државини онога, који је обитава, сопственик добра има право кућу да надгледа и у њу долази.

ЧЕТВРТИ ОДЕЉАК.

ЗАЛОЖНО ПРАВО.

1. У опште о заложном праву.

Заложно право је такво право на једној ствари дужниковој, које се даје повериоцу ради обезбеђења извесне тражбине, да се он, ако тражбина не буде испуњена, може баш из те ствари наплатити. Свака пуноважна тражбина даје повериоцу овлашћење да се наплати из имовине дужникове. Безбедност повериоцевог права не подлежи сумњи, док се у рукама дужниковим налази толико имовинских објеката, да се тражбина сигурно може наплатити. Али реализање права из тражбине може доцније дужник отежати или учинити немогућим тиме, што би своју имовину или један део њен отуђио. Истина, ако је дужник позната и исправна личност повериоци ће бити донекле сигурни, да ће и без нарочитих гаранција добити свој новац натраг. Код таквих познатих лица лични кредит игра велику улогу. Али лични кредит по својој природи претпоставља уски круг лица, која се познају. Он није за велики, развијенији саобраћај. Осим тога личним кредитом се не могу добити ни веће суме, ни на дуже рокове. На место личног кредита долази зато реални кредит, којим се слабе стране и недовољност личног кредита отклањају. Реални кредит потребан је баш и онда, кад би дужник био најсавеснији и кад не би имао намеру да отуђењем свог имања осујети исплату тражбина. Могуће је, да и без учешћа дужникова, други неки повериоци исцрпе сву његову имовину реализањем својих тражбина, тако да за једног повериоца, који се није благовремено постарао за наплату своје тражбине, ништа не остане. Да све то отклони, био је задатак реалног кредита. Он се састоји у

томе, што се повериоцу даје право, да се у сваком случају, без обзира на евентуална отуђења, може намирити из једне одређене ствари, ако дужник не би испунио своју обавезу. Једна ствар се издваја из имовине дужникове и у напред одређује као предмет из кога ће се поверилац намирити, ако дуг не буде на време враћен.

Као што се види, имовинска гаранција, коју имају повериоци, може бити *општи* и *специјална*, т.ј. повериоци или имају неку врсту *опште* залоге на имовини дужниковој, и наплаћују се из ње конкурентно, у размери својих тражбина, ако имовина не би била довољна да их све намири; или се пак извесним повериоцима уступа једно стварно, према свима важеће право на одређеном имовинском предмету, такве садржине, да се они из те ствари имају наплатити првенствено и у сваком случају; што значи, да и ако би ствар пре намирења повериоачевог прешла у туђу својину, ипак тиме не би престало право повериоачево, да се баш из те ствари наплати.

Ствар на којој се уступа повериоцу такво једно право назива се *залога*. Грађански Законик у § 304 дао је дефиницију залоге и зал. права: „Ствар она, на којој зајмодавац такво право има, да ако дужник по обавези њега на време измирио не би, он себе из ње намири, зове се залога“. Реч „Gläubiger“ из аустриског § 447 превели су редактори са „зајмодавац“ док она означава у опште повериоца. Тражбина која се обезбеђује не мора потицати из зајма. Даља је разлика између српског и аустриског прописа, што овај последњи одвојено дефинише заложно право, а одвојено залогу, и при томе за заложно право изречно тврди, да је то једно стварно право („ein dingliches Recht“), док Грађански Законик то не спомиње у § 304. Али у § 197 речено је већ за заложно право, да је оно једно стварно право.

Заложно право је једно стварно право особене природе, тако да се у знатној мери разликује од осталих стварних права. Тако, на првом месту заложно право је једно споредно, акцесорно право, које постоји уз друго неко главно право и има за циљ и задатак, да обезбеди реализање тога права. Док су остала стварна права самостална права, јер дају једно самостално правно овлашћење, једну одвојену и независну правну власт на ствари, дотле је заложно право само пандан једног главног, тражбеног права. Титулар заложног права нема ниједног атрибута права својине, ни *jus utendi, fruendi, neque abu-*

tendi, већ једино има право на евентуално намирење из продајне цене заложног добра. Док су остала стварна права у суштини права на делимично уживање ствари: она пружају користи из физичких особина ствари, дотле заложно право има управо за предмет вредност ствари, дакле једну правну особину. Али је заложно право ипак управљено непосредно на саму ствар и везано је за њу нераздвојно, тако да је готово несумњиво, да је то једно стварно право.

Заложно право разликује се на другом месту од осталих *jura in re aliena* својом обимном и пространом садржином. Кад заложно право развије своју потпуну садржину, оно уништује право својине. Реализати заложно право, значи уништити право својине, док код осталих стварних права на туђој ствари никад не наступа случај, да она апсорбују право својине. Та су права намењена да по извесном времену престану важити, ако им је садржина тако пространа, да се њима паралише право својине. Иначе су она, као на пример стварне службености, у поређењу са својином споредна права, којима се својина у незнатној мери ограничава.

Предмет заложног права може бити свака ствар у правном смислу те речи (§ 182). У § 305 став I налази се изречан пропис о томе: „Свака ствар, која год међу људима пролази и овима на потребу јесте, може служити као залога“. Према томе не само телесне ствари, већ и нетелесне, као на пример *права*, могу бити предметом залогa. Грађански Законик као и сва модерна права разликује заложно право на непокретним стварима или *хипотеку*, *интaбулацију* (§ 305 у вези са §§ 307 и 326), од заложног права на покретним стварима (горњи §§). Како се права сматрају по правилу као покретне ствари (§ 190), сем у случају кад су скопчана са непокретним стварима, то ће заложно право на непокретним стварима обухватити и заложно право на правима, у колико она не би прешла у категорију непокретних ствари.

На првом месту изложиће се заложно право на непокретностима или хипотека, па онда заложно право на покретностима.

I. ХИПОТЕКА.

Књижевности: *Dernburg und Hinrichs*, Preussisches Hypothekenrecht (2 Bände); *Exner*, Das oesterreichische Hypothekenrecht (2 Bände); *H. Oberneck*, Das Reichsgrundbuchrecht (1904); *Neuhold*, Das oesterreichische Grundbuchwesen (1904); *De Loynes*, Du nantissement, des privilèges et hypothèques (2 vol. 1899); *Guillouard*, Traité des privilèges et hypothèques (4 vol. 1896—1899); *Б. Павловић*, Хипотекарно право (1868); *Dr. Лазар Марковић*, Хипотекарно право (1911).

I. Општа разматрања о хипотеци.

1. Историја хипотеке.

Свој првобитни облик хипотека је добила у римском праву.

Први и најстарији облик римског заложног права био је један правни посао назван *fiducia cum creditore contracta*. Дужник је преносио на повериоца право својине на извесној ствари, с тим да тај пренос важи само *fiduciae causa* т. ј. да је поверилац, чим дуг буде исплаћен, дужан вратити ствар натраг дужнику. Док дуг не буде исплаћен, ствар је остајала код повериоца. Поверилац је постајао пуноважним сопствеником, али није имао овлашћење да залогу прода и из продајне цене се намири. Незгоде оваквог система залагања који је представљао опасност за залагача, биле су у брзо уочене, тако да је место фидуције усвојен други један правни посао под именом *pignus* или залагање државине ствари. Положај и повериоца и дужника био је сличан као и код фидуције, с том разликом, што је код *pignus*-а поверилац добивао као залогу за испуњење тражбине не *својину*, већ *државину* ствари. Са гледишта сигурности своје тражбине поверилац није овом приликом ништа изгубио. Добра страна *pignus*-а нарочито се огледала у томе, што поверилац није имао сада правне могућности да ствар отуђи, пошто је он био само држалац, а не сопственик.

Оба ова облика заложног права примењивала су се на покретне и непокретне ствари. Њихова заједничка слаба страна била је у томе, што је дужник у сваком случају био лишен државине ствари, коју је давао у залогу, и према томе за све време трајања залоге губио је ону корист, коју би иначе имао од употребе ствари. Тек пред крај Републике почео се у Риму овакав начин залагања, давање ствари у државину, напуштати, и појавио се други систем: стварање заложног права и без предаје залоге у државину, односно својину повериочеву.¹

¹ Видети о томе *Dr. Л. Марковић*, Хипотекарно право, стр. 11.

Прво су закуподавци стекли по самом закону право залогe на стварима закупчевим унетим у закупљено добро (*actio Serviana*). Доцније је у опште допуштено заснивање заложног права и без давања ствари у државину повериоцу (*hypotheca*). У хипотеци добило је римско заложно право онај облик, који је за оно време најбоље одговарао потребама промета. Кад је затим сваки хипотекарни поверилац, и без нарочитог споразума са дужником, добио право да залогу изложи продаји и да се наплати из продајне цене zaloженог добра (*jus distrahendi*), завршен је развитак римског хипотекарног права, и оно је добило било ону садржину, коју у главном има и данас: постало је наике право на вредност ствари.

Услед рецепције римског права у Немачкој примљени су сасвим природно и принципи римске хипотеке, али се нису могли лако примењивати из тог разлога, што је германско право имало сасвим друкчије идеје о заложном праву, које су већ биле ухватиле чврстог корена, тако да их није било лако потиснути.¹ Главна карактеристика германске хипотеке огледа се у установи нарочитих књига, познатих под именом баштинских књига, у које је свако заложно право морало бити уписано, да би на тај начин било учињено јавним.

Германска хипотека учињена је јавном, што је пружало велику безбедност имовинским трансакцијама са непокретним добрима. Она је била ограничена само на непокретна имања и прибављала се једино уписом у књиге, док је у римском праву хипотека била могућа и на покретним и непокретним стварима, а заснивала се обичним уговором тако да је остајала скривена и тајна. Што се тиче правне природе хипотеке у римском и германском праву, ту постоји такође осетна разлика између ова два права. Она се огледа у томе, што је хипотекарно право у римском праву увек било једно акцесорно право. Хипотека је увек служила као гаранција за испуњење друге неке главне обавезе дужникове. У германском праву међутим познат је био и укорењем принцип чисто реалне обавезе. За извршење једне обавезе гарантовала је само ствар и нико други. Тек изузетно, ако се залагач нарочито на то обавезао, ја мчио је он за евентуални недостатак у своти, која би се добила продајом залогe, кад она не би била довољна да се измири заложни поверилац. У германском праву заложно право је било сасвим самостално стварно

¹ Видети о томе детаљније код *Dr. Л. Марковић*, Хипотекарно право, стр. 13.

право, док је у римском праву заложно право било акцесоријум једног тражбеног права.

Што се тиче француског права, ту се хипотека развијала под утицајем идеја римског права. Одлика је француског права што уговор о хипотеци мора бити писмено закључен пред судом или нотаром. Из римског права се пак и у Француској задржао принцип, да за пуноважност хипотеке није потребно, да је она учињена јавном. Хипотека француског права била је тајна и скривена, као и у римском праву. Рђаве стране тог система су се осећале и у Француској, али је реформа изведена тек за време Револуције. Међутим како се односни закони нису готово ни примењивали, услед бурних и променљивих политичких прилика, може се узети да је Code Civil први дефинитивно утврдио принцип публицитета и принцип специјалности хипотеке; али не безусловно, пошто је допустио три изузетка код законских хипотека.¹

Историја српског хипотекарног права врло је кратка. Прва наређења о хипотеци су доста проста и несавремена, али су она за оно време корисно послужила за ширење кредита путем залагања непокретних добара. Та прва наређења налазе се у Уредби о интабулацији од 14. септембра 1839 године. У уводу у Уредбу излаже се, како законодавац сматра кредит као велику потпору сваке корисне радње и трговине, па је тако обратио пажњу на средства, којима би се дугови могли сигурно обезбедити. Ради тога законодавац је, уводећи нарочите књиге код судова, у које се права сопствености имају уписати, прописао и особене књиге за терете на имањима. У те књиге имале су интабулације да буду уписане. Кад се ова прва уредба о интабулацијама проучи, види се да је она у неким питањима била доста интересантна. Тако у чл. I било је прописано, да сваки поверилац има право на интабулацију, која се стављала без обзира на то да ли дужник пристаје или не. При томе се правила разлика, да ли је тражбина, која је требала бити обезбеђена хипотеком, била констатована приватном или јавном исправом. У првом случају је суд, кад је примио молбу за хипотеку, позивао дужника и саслушавао га о томе, да ли признаје дуг за свој или не. У случају признања одмах се стављала хипотека, док се у случају непризнања одобравала само прибелешка, а поверилац је био упућен на редован спор. У другом случају интабулација је би-

¹ О покушајима за реформу француског права видети *Planiol*, t. II, p. 811.

вала одмах одобрена, а дужник се само извештавао, да би се евентуално могао жалити.

Ова уредба била је два пута допуњена, односно измењена. Први пут је указом од 6. марта 1842 год. чл. 13 у толико измењен, што је прописано, да у случају кад истог дана буде захтевано неколико хипотека на једном истом непокретном имању, на суд не може позитивно да одреди, којим су редом молбе подношене, све те хипотеке треба уписати под истим бројем и дати им исти ранг. Даље је законодавним објашњењем од 23. новембра 1849 год. члан 6 Уредбе о интабулацији тако протумачен, да се интабулација само онда може одобрити, ако је дуг тачно одређен и доказан.

Уредба од 1839 године, у којој се налазе само елементарни појмови о хипотеци, и то у основном питању сасвим погрешно („сваки поверилац има право на хипотеку“), била је замењена Уредбом о интабулацији од 29. новембра 1853 године (Зборник Vll, стр. 121), која се у главном ослања на ранију уредбу, али се од ње ипак разликује у једној важној тачци. Наиме, у чл. 3 нове Уредбе прописано је, да се хипотека може уписати само по одобрењу дужника; да дакле нема сваки поверилац право на специјалну залог, већ само онај, коме је то право дужник изречно одобрио. Новина је и у томе, што се постојање дуга, за који се имала ставити интабулација, могло доказивати једино писменом исправом. Поступак око уписа хипотеке био је исти, као и по ранијој уредби.

Обе уредбе имају тај недостатак, што не познају принцип специјалности хипотеке, већ допуштају упис генералних хипотека. Осим тога оне су и непотпуне у многим другим питањима, тако да се убрзо осетила потреба за новом уредбом. То је Уредба о интабулацији од 19. новембра 1854 године, која је додана §-у 326 Грађанског Законика. Она је ступила у важност 1. јануара 1855 године, а важи и данас. Једним расписом Министра Правде од 17. јануара 1855 године дато је упуство судовима, како ће поступати при примени нове Уредбе о интабулацијама. Од 1855 године до данас, Уредба о интабулацијама измењена је само једанпут у једном спореднијем питању (чл. XVI Уредбе), тако да је она и данас, поред одредаба Грађанског Законика од 1844 године (§§ 326 - 330) једини закон, којим је хипотекарно право регулисано.

2. Природа хипотеке и правне особине хипотеке.

Реч хипотека грчког је порекла, као што је и установа римске хипотеке узета вероватно из грчког права. Реч хипотека постала је спајањем двеју речи $\delta\pi\acute{o}$ — под и $\tau\acute{\epsilon}\theta\eta\mu\acute{\iota}$ — стављам. По етимологији значи дакле подставити, оптеретити, дакле у опште хоће њоме да се означи терет неки на непокретном добру.¹ Хипотека је дакле терет на непокретном добру у том смислу, да у место личне одговорности за извесан дуг долази реална одговорност, где је тако рећи ствар одговорна за исплату дуга. Ову реалну одговорност ваља тако схватити, да онај, ко има ствар хипотековану, одговара за тражбину, али одговара само са том ствари, на којој лежи хипотека.

Особине хипотеке су ове:

1. На првом месту хипотека је једно стварно право. Хипотекарни поверилац нема истина ни једног атрибута права својине на хипотекованом добру, али то још не значи, да хипотекарно право није стварно право. Хипотекарни поверилац нема на ствари ни *jus utendi*, неке *fructu* неке *abusu*, већ једино има право на евентуално намирење из продајне цене хипотекованог добра. Суштина хипотеке је у власти лица, да се наплати из хипотекованог добра, а таква власт на ствари долази под појам стварног права. Сопственик хипотекованог добра не сме исто ни од чести ни сасвим уништити, јер би се тиме и право хипотекарних поверилаца уништило. Сопственик може са добром у опште само тако располагати, да се тим располагањем не доведу у опасност интереси хипотекарних поверилаца. Па не само да сопственик није властан тако се понашати према добру, да се тиме штете хипотекарни повериоци, него у опште ниједно треће лице не сме такве радње предузимати. Хипотекарни поверилац има право на тужбу према сваком лицу, које би каквом радњом учинило, да хипотековано добро изгуби од своје вредности. О том праву истина нема одредбе у Грађанском Законику, али оно постоји у немачком праву (§§ 1193—1195), и требало би га и у српском праву признати. Ово је најбољи доказ, да је хипотекарно право стварно право.

2. Хипотекарно право је, као и свако заложно право, једно акцесорно право. Оно не постоји самостално, већ уз друго неко, обично тражбено право, које се сматра као главно право. Хи-

¹ Ђ. Павловић, стр. 6.

потека је у српском праву акцесорно право. Тај систем акцесорности хипотеке узело је српско право, преко аустриског права, из римског права. Француско право сматра хипотеку такође као споредно право, којим се има да обезбеди реализацију другог једног главног права. Немачко право међутим познаје и такве облике хипотекарног права, при којима се хипотека појављује као самостално право независно од тражбине.¹

Да српско право сматра хипотеку увек као споредну ствар, види се из § 306 став 1 у коме изречно стоји: „Свака залога претпоставља дуг“. Последице те несамосталности хипотекарног права су ове:

а) Хипотека се у опште не може засновати, док се не утврди постојање главног права, које се хипотеком има да обезбеди (Тач. III Инт. Ур.).

б) Једном прибављена хипотека постоји само дотле, докле и главно право. Њена је егзистенција условљена егзистенцијом главног права, тако да чим престане главно право, престаје важити и споредно право.

в) Пошто је споредно право тесно везано за главно право, то оно увек прелази на онога, који буде прибавио главно право. *Accessorium sequitur principale*. И тако, ко постане имаоцем једне тражбине путем куповине, наслеђа, поклона и т. д., њему припада и хипотека, којом је та тражбина обезбеђена, и без нарочитог уговора о томе. Међутим ово правило о преносу хипотеке заједно са тражбином не треба схватити тако, да се тражбина у опште не може пренети без хипотеке. Такав би пренос био могућан, што би било на пример у случају, кад се поверилац прво одрекне свог права на хипотеку и исту испише из књига, па затим пренесе тражбину.

г) Споредно право по правилу се не може једнострано одвојити од главног права, па привезати за друго које самостално право. Хипотека се не може пренети сама за се, без личне тражбине. Међутим хипотекарни поверилац може уступити само вршење споредног права, и то под истим претпоставкама и са истом важношћу, као и кад би он био вршилац. То би било у случају, кад поверилац одобри надинтабулацију или пропусти ког доцнијег интабуланта на своје место.

3. Као даљу особину хипотеке ваља споменути њену неде-

¹ Видети *Др. Л. Марковић*, Хипотекарно право, стр. 29.

љивост. Хипотека је по својој природи недељива, и то недељива у погледу дуга и у погледу залогa, или оних добара на којима лежи хипотека. Недељивост у погледу залогa значи, да за сваки део тражбине, ако би она била подељена, одговара цела залога. Исто тако, док се не исплати цела тражбина, сва хипотекована добра, или цело хипотековано добро одговара за остатак дуга. Недељивост у погледу дуга значи, да и ако хипотековано земљиште буде подељено, ипак сваки део одговара за цео дуг. У случају да је за један исти дуг хипотековано више добара, свако добро одговара за целу тражбину, пошто је хипотека недељива.

О недељивости хипотеке говори изречно француско право у art. 2114. И аустриски законик, одређујући обим залогa, вели, да се она простира на све делове, на прираштај и припадак ствари. Српско право нема изречне одредбе о томе, али се ипак мора узети, да је хипотека и у српском праву недељива, пошто је овај институт унет у српско право из иностраног права и зато га треба разумети онако, како га разуме то инострано право.

Недељивост хипотеке намеће се у извесним случајевима сама по себи. Тако, ако се непокретност, која је хипотекована, не може поделити, а да знатно не изгуби од своје вредности. природно је да ће цело добро гарантовати и за најмањи остатак дуга. Ово је случај код зграда, које се не могу по правилу делити. Иначе хипотека се сматра, да је по својој природи недељива, а не по својој суштини. То значи, да недељивост хипотеке није битни елемент у појму хипотеке.¹ Недељивост хипотеке је дакле редовна појава, која се изводи из намере уговорача. То значи, да се дејство принципа недељивости може ограничити вољом странака. Споразум о томе, да би био пуноважан и важио и према трећим лицима, треба да је унет у баштинске, односно хипотекарне књиге.

4. Као важна особина модерне хипотеке истиче се и њена способност да буде предмет промета и циркулације добара.² У српском праву, које је задржало још и данас принцип акцесорности хипотекарног права, хипотека нити је погодна нити фактички служи као прометно добро. Пренос хипотеке, чак и кад би био могућ независно од тражбине, не би оспособио хипотеку за лаку циркулацију зато, што се пренос врши у форми која отежава имовинске трансакције. С друге стране у недо-

¹ *Planiol*, t. II, p. 800; *Baudry -- Lacantinerie*, t. III, p. 717.

² *Gierke*, Bd. II. S. 844 ff.

статку баштинских књига правни промет с хипотекама није обезбеђен и зато је у Србији онемогућено онако искоришћење хипотекарног кредита, какво постоји на пример у Немачкој.¹

5. У вези са горњом особином модерне хипотеке, да је постала прометно добро, које лако циркулише у саобраћају, истиче се и капиталистички тип, који данас хипотека има како у погледу садржине, тако и у погледу саме обавезе заложног објекта.² Садржина хипотекарног дуга је увек једна одређена сума новаца, са или без интереса. Рокови су обично велики, да не би сопственик имања дошао у опасност, да мора изненада да исплаћује велики дуг. Хипотекарне банке дају обично зајмове са амортизацијом, тако да се уз интерес радовно даје и извесна мала отплата, којом се цео дуг у току времена исплати. У таквим случајевима је право отказа обично искључено. Установом амортизације добила је хипотека у неколико карактер рентног дуга. По немачком грађанском законнику може се заложно право на непокретности конституисати као чисто рентни дуг (*Rentenschuld*). Он је подврста земљишног дуга (*Grundschuld*), при којој је обавеза сопственикова управљена на давање периодичних сума или рента. Међутим и код рентног дуга мора увек бити уписана и сума, којом се рента може откупити.

Капиталистички тип модерног хипотекарног права огледа се и у томе, што хипотековано земљиште одговара за извесну суму не као једно привредно добро, већ као објекат, који се може претворити у новац. Прави предмет залог је вредност земљишта. Поверилац може тражити намирење једино путем принудног извршења, тако да је ништаван сваки уговор о намирењу на други који начин, закључен пре него што је рок тражбини дошао (§ 843 став II). Да поверилац није овлашћен, да се користи плодовима ствари, да ужива ствар, то је већ напред поменуто.

3. Предмет хипотеке.

1. Предмет хипотеке могу бити само непокретне ствари. С обзиром на поделу непокретних ствари може се рећи да се једино земљишта и права на земљиштима могу хипотековати. Што се тиче непокретних ствари из друге групе, у којој има четири категорије непокретних ствари, оне су само *припадак* или *прирашћај* земљишта и могу бити предмет хипотеке једино

¹ О промету хипотека видети *Dr. H. Markowich*, Хипотекарно право, стр. 33.

² *Gierke*, Bd. II, S. 847.

у случају кад је и главна ствар, чији су они припадак, хипотекована. Према томè кућа једна не може се хипотековати сама за себе, већ једино као припадак земљишта. Хипотека на земљишту и кући простире се, по самом закону, на ствари које се сматрају као припадак земљишта или куће, и то наравно само дотле, докле траје веза између главне и споредне ствари.

II. Што се тиче права на непокретностима ту долазе у обзир: право ужитка, право употребе, право становања, право службености и право залоге на непокретностима.

1. Право ужитка је истина једно лично право, које смрћу уживаоца престаје важити и не прелази на наследнике, али оно ипак може бити предмет хипотеке. Наиме, пошто се вршење права ужитка може пренети на другога теретним или добротиним уговором, природно је, да се оно може дати и у залог, т. ј. хипотековати. Хипотека у таквом случају обухвата само вршење права ужитка и траје дотле, докле и право ужитка.

2. Право употребе и право становања су личне службености, које су непреносиве. Чак ни вршење њихово не може се пренети на друго које лице, тако да је очигледно, да хипотека на тим правима не би могла довести ни до каквог резултата (§§ 372 и 384 Г. З.).¹

3. Право стварне службености на непокретним добрима. Ово право не може се хипотековати *principaliter*, т. ј. одвојено од добра, са којим је везано. Али стварне службености сматрају се као акцесоријум добра, у чију корист постоје, и зато се хипотека стављена на само добро, простире и на службености, које су са добром везане.

4. Хипотекарно право. И хипотекарно право може се хипотековати. У српском праву то је изречно допуштено. Уредба о интабулацијама назива такву хипотеку, која је стављена на хипотекарно право, надинтабулацијом. (Вид. § 311 Г. З.; § 454 аустриског и § 876 немачког законика). Интересантно је, да у француском праву није допуштено ставити хипотеку на хипотеку.²

III. Хипотека се може ставити и на заједничко добро, тако добро, на коме имају право својине два или више лица (§ 215 Г. З.). Поједини сувласници имају, одвојено посматрани, само

¹ О изузецима за право становања видети *Dr. Ј. Марковић*, Хипотекарно право, стр. 50.

² *Planiol*, t. I. p. 822.

право на одговарајући идеални део ствари. Тим идеалним делом поједини сувласник може по слободном нахођењу располагати. Да ли он може тај део и хипотековати? Немачко право допушта изречно, да се део сувласника на једном непокретном добру може хипотековати (§ 1114). Ни српско право не забрањује хипотековање идеалног дела једног непокретног имања, и ако оно не садржи изречну одредбу о допуштености такве хипотеке. Јер ко може више, тај може и мање. Кад сувласник може да отуђи свој идеални део, може га и оптеретити. Наравно да се таквом хипотеком не смеју штетити интереси других сувласника. Онај сувласник, који конституише хипотеку на свом делу, биће дужан да приликом уписа означи, да хипотекује само један идеални део непокретног имања. Пошто се хипотека у ствари не може ставити на један део непокретности, јер он није одвојен, она се има уписати на цело добро, с напоменом да терети један део имања. Питање је међутим, шта ће бити у случају кад дуг не буде плаћен о року, па хипотекарни поверилац приступи реализацију свога права из хипотеке. Тада се врши деоба, сем ако не пристану и остали сувласници, да се целокупно имање продаје. Хипотекарни поверилац има у таквом случају само право на вредност оног дела, који је хипотекован био.

4. Обим хипотеке.

I. Обим хипотеке не мора да остане исти у току времена. Хипотека је екстензивна, што значи да се даје проширити и на оне ствари, на које се првобитно није односила. Тако, вредност непокретног добра, које је предмет хипотеке, може порасти, било из социјалних узрока, било природним путем, било пак радом самог сопственика или другог ког лица. Једном имању може скочити цена зато, што се просеку нове улице, саграде у близини какве јавне зграде. Или се сагради железница баш поред имања, тако да се вредност његова увећа услед везе са гвозденим путем. Даље, само добро може да се увећа наносом, ако се налази поред реке, тако да му и вредност порасте. То су све узроци, који независно од људског рада повећавају вредност добру. Међутим може се и самим радом сопственика или закупца добра подићи цена његова. На пример, ако се кућа преправи тако да изгледа као нова.

У свима овим случајевима појављује се питање, које је од велике практичне вредности, да ли ова побољшања иду у корист

хипотекарних поверилаца, и ако је добро у моменту кад је хипотековано било у лошијем стању, или се пак њима користи само сопственик. На то питање није тешко одговорити. Свима тим побољшањима користиће се и хипотекарни поверилац пошто та побољшања у првом реду користе сопственику имања, а хипотека се простира на све оно, што је обухваћено правом својине. Ово је опште правило, које увек треба применити без обзира на начин, како су се десиле промене у вредности имања, да ли вештачким или природним путем. Грађански Законик не говори изречно о екстензивности хипотеке, али се из појединих наређења, која се односе на увећања и побољшања добара, може са сигурношћу закључити, да кад она иду у корист сопственику, морају се њима користити и хипотекарни повериоци. Побољшања и увећања сматрају се као споредне ствари, као *accessorium*, а за споредне ствари важи правило: *accessorium sequitur principale*.

Од природних побољшања долазе у обзир сви *прираштаји* (§§ 262 — 266).

II. Случајеве побољшања хипотекованог добра и увећања његове вредности треба одвојити и разликовати од случаја, кад сопственик прибави и споји једно ново добро са хипотекованим добром. Шта ће бити са хипотекама на ранијем самосталном добру? Шта ће бити пак са хипотекама које су постојале на добру, коме је додато сад још једно парче земљишта? Грађански Законик није ово питање предвидео ни расправио, и зато га ваља решити по општим принципима хипотекарног права. Модерно хипотекарно право заснива се на принципу специјалности и на принципу публицитета. По начелу специјалности свако хипотековано добро мора бити прецизно одређено, а по начелу публицитета свака хипотека у погледу суме и предмета свог мора бити уписана у хипотекарне књиге. У случају спајања два добра у једно, хипотека је специјализирана само у погледу једног или другог добра, као што и упис гласи само на једно или друго добро. Према томе фактичко спајање два добра у једно не утиче ни у колико на обим хипотека, које постоје на тим добрима. Свако добро остаје у погледу хипотекарних поверилаца и даље као засебна јединка, чији су правни односи независни од односа другог добра. Измене може бити тек по пристању односних лица. Према томе, ако би од два спојена имања само једно било хипотековано, та хипотека се неће проширити и на други део, сем ако на то не пристане дужник и у том смислу

се унесе забелешка у хипотекарне књиге. Изузима се наравно случај, кад је досадашњем добру придружен сасвим незнатан део другог добра, у ком ће случају хипотека обухватити и тај део.

У немачком праву међутим у случају спајања једног добра са другим у нову целину, врши се и спајање правних односа и то на овај начин: Ако је једно добро уписом у књигама учињено саставним делом другог неког добра (§ 890), онда све хипотеке, које су биле уписане на последњем добру, простиру се и на ново, дописано добро. Али не и обрнуто. Хипотеке које су већ постојале на дописаном делу земљишта, остају и даље на том делу и имају пречи ранг од хипотека на главном добру, без обзира на време уписа. Ако се пак више добара уједине у једно добро и оно се упише у баштинске књиге као сасвим ново земљиште, и у том случају врши се изравнање између хипотека и то овако: Изравнање је формално, јер се све хипотеке са појединих делова простиру на цело добро, али не и материјално, пошто се сваки хипотекарни поверилац може намиривати првенствено једино у сразмери цене онога дела, на коме је хипотека првобитно постојала. У случају реалисања једне хипотеке биће цело земљиште изложено продаји, али ће се односни поверилац моћи наплатити првенствено само из оног дела цене, који одговара првобитном предмету хипотеке.

III. Хипотека се простире на плодове земљишта, закупну цену и кирију, као и на суме добивене од осигурања. Према § 315 право залоге на ствар садржи у себи и право на плодове ствари и све што из ње произлази. Према ставу II истог прописа ово не важи за већ сабране и одвојене плодове. Хипотека се дакле простире и на плодове ствари, у колико они не би били одвојени од земљишта у тренутку реалисања заложног права. Пре тог момента одвојени плодови припадају сопственику земљишта као неограниченом господару, и на њих се хипотека ни у колико не односи.

У случају кад је хипотековано добро дато под закуп или кирију, хипотека се простире и на закупну цену, наравно од дана кад је добро узето у попис ради продаје. Пре тога момента дужник је овлашћен да прима закупну цену и кирију, јер он и после хипотековања задржава право да се користи својим имањем. О овоме говори се у § 315 који обухвата не само природне већ и грађанске плодове, ако не директно, а оно по аналогiji

(§ 10).¹ Грађански Законик нема ни прописа о томе, за које време у напред може власник добра да располаже киријом и закупном ценом, тако да кирајџије и закупци знају за које време могу да му плате у напред. Немачко право одређује само текуће и идуће тромесечје (§§ 1123 и 1126).

Српско право нема одредбе о томе, да ли се хипотека, у случају кад предмет хипотеке (зграда) изгори или иначе пропадне, простире и на тражбине из уговора о осигурању. Питање је врло важно и у суштини својој изгледа да је врло просто. Правичност захтева да се осигуране суме не издају дужницима, већ или да се употребе за подизање нове зграде, или да се депонују за хипотекарне повериоце. Међутим тешко је наћи одредбу, на којој би се овако решење засновало, и зато је потребно српско право допунити што пре у овом питању.² Немачко право је овде изречно. По § 1127, ако је предмет хипотеке био осигуран, хипотека се простире и на тражбину према осигуравајућем друштву. При томе се не чини разлика, ко је закључио уговор о осигурању, да ли сопственик или држалац, или уживалац, у смислу § 1045. Осигуранику се не сме исплатити осигурана сума, пре него што се јави хипотекарним повериоцима за штету, и ови у року од месец дана се не успротиве исплати.

5. Тражбине које се могу хипотеком обезбедити.

Код овог питања постоји правило, да се у опште свака тражбина, која је по закону допуштена и пуноважна, може обезбедити хипотеком. Једино ограничење састоји се у томе, што се тражи, да се тражбина може у новцу проценити, или да се накнада штете услед неиспуњења тражбине може у новцу одредити. Данас је хипотека добила тип једног капиталистичког правног института и зато се, према принципу специјалности хипотеке, тражи, да тражбина буде увек одређена једном сумом новаца. И условне тражбине могу се гарантовати хипотеком. Један пример за условне тражбине је, кад банкар отвори кредит извесном лицу т. ј. закључи такав уговор, којим се он обвезује да том лицу на сваки његов захтев издаје поједине суме новаца до извесне суме, колики је цео кредит. Такав уговор закључује се обично на неодређено време. Банкар и имају према

¹ Противно мишљење имали смо у свом делу „Хипотекарно право“ (стр. 57), али смо се уверили да није било тачно.

² О прописима осигуравајућих друштава код овог питања видети *Dr. М. Марковић*, Хипотекарно право, стр. 58.

кредитованим лицима евентуалне тражбине на повраћај кредитованих сума, а за обезбеду тих тражбина њима је допуштено да ставе хипотеку на непокретно имање власниково.

Примењујући ово правило о допуштености хипотеке за обезбеду условних и будућих тражбина на поједине случајеве, долази се до закључка, да се и тражбине, које проистичу из предузете управе над чијим имањем, а у корист властодавца, могу такође осигурати хипотеком. Ту долазе у главном тражбине на евентуалну накнаду штете за упропашћене ствари или за несавесну управу имањем. Исто тако се и обавезе, које проистичу из јемства, и ако су условне и евентуалне, могу обезбедити хипотеком. У свима таквим случајевима хипотека има исти правни карактер, као и тражбина. И хипотека је условна и евентуална, као што је и тражбина условна и евентуална.

Прибављање хипотеке.

1. У опште о прибављању хипотеке.

Из појма заложног права изилази, да је циљ заложном праву, да извесне тражбине што боље обезбеди. Самим тим чини се ограничење права својине сопственика заложеног предмета. То ограничење, према природи својине, треба да потиче од његове воље, да је дато са његовим пристанком. И ако сваки поверилац има право да тражи наплату из имовине дужникове, и ако је свакој залози неопходна претпоставка извесна лична тражбина — бар то је случај у српском праву — свака тражбина не даје право на залог. У § 306 Г. З. стоји изречно: „Свака залога претпоставља дуг, но сваки дуг не води за собом право на залог“.

За стицање заложног права потребан је нарочити правни основ, који у начелу лежи у вољи дужниковој. Тај правни основ сам по себи још не заснива заложно право на непокретном добру или хипотеку. Потребан је још и упис у хипотекарне књиге, али је то формалност, која постоји ради другог нечег, а не ради дужника. Међутим без основа, без пристанка дужниковог, не може бити у опште хипотеке, па према томе не може се ни упис извршити. Правни основ прибављања хипотекарног права лежи дакле у изречно изјављеној вољи дужниковој. То је *редовна* или *вољна хипотека*, која може бити или *уговорна*, кад се заснива на уговору између дужника и повериоца, или *ипсис*

ментарна, кад је заснована тестаментом или изјавом последње воље од стране дужника. Осим те редовне хипотеке постоје и изузетне хипотеке, засноване у корист извесних лица, за које закон сматра да нису у стању да штите довољно своје интересе. Такве хипотеке постоје без обзира на пристанак или непристанак дужников, и заснивају се или на самом закону (законска хипотека) или такође на закону али због извршне судске одлуке о тражбини (судска хипотека).

I. УГОВОРНА ХИПОТЕКА.

Редовна хипотека заснива се на *уговору*. Уговорна хипотека назива се и *вољном*, јер основ њеног прибављања лежи у вољи дужниковој. У ствари пак вољна хипотека представља један уговор, на који треба да пристане и друга страна. поверилац. Редован је случај, да поверилац захтева хипотеку, па је тим захтевом онда обухваћен и пристанак на њу. Међутим ако сам дужник захтева, да се стави хипотека на његово добро за рачун неког повериоца, сматра се да је поверилац прећутно пристао и не тражи се његов изречан пристанак (тач. VII Уредбе о интабулацији). Немачко право тражи увек уговор између повериоца и дужника, тако да сам дужник не може без пристанка повериоцевог да упише хипотеку (§ 873). Уговор о заснивању хипотеке је свечан или формалан уговор, који мора да буде закључен у нарочитој форми, да би био пуноважан.

За пуноважно прибављање хипотекарног права потребно је да буду испуњена два реда услова: материјални услови, који се односе на опште претпоставке, под којима се хипотека може прибавити; и формални услови, који се односе на формалности приликом прибављања, специјално на упис у хипотекарне књиге.

а) Материјални услови.

1. Лице које одобрава хипотеку треба да је сопственик добра.

Пошто је хипотека ограпичење права својине, природно је да онај, који конституише хипотеку, мора имати право својине на односном добру. Хипотека води евентуалном отуђењу па је разумљиво, што је само сопственик овлашћен да одобрава хипотеке на своја добра. У § 314 стоји изречан пропис: да сваки може само *своју сопствену ствар* заложити.

Како ће лице, које одобрава хипотеку, доказивати право

својине и какве гаранције има хипотекарни поверилац, да је односно лице доиста сопственик? Те гаранције треба дати хипотекарном повериоцу, да би његово хипотекарно право било потпуно обезбедјено. Без таквих гаранција може се десити, да хипотеку одобри лице које није сопственик добра, тако да ће та хипотека морати да падне. Хипотекарни поверилац биће у таквом случају оштећен, јер неће моћи да добије наплату тражбине из оног имовинског објекта, на који је он рачунао и ради кога је можда и дао зајам. Питање о легитимисању лица, које одобрава хипотеку, и о гаранцијама, које имају хипотекарни повериоци, регулисано је различно у правима појединих држава, а с обзиром на целокупни систем права на непокретностима. У немачком праву, које има модеран баштински систем, питање о легитимацији лица које одобрава хипотеку, решено је на врло повољан и погодан начин. Хипотеку може одобрити само оно лице, које је у баштинским књигама уписано као сопственик. Та околност пак, што је лице које одобрава хипотеку уписано у књигама као сопственик, важи према хипотекарном повериоцу апсолутно, тако да ће хипотека важити и онда, кад је одобрена од привидног, али у књигама уписаног сопственика, под условом само да је хипотекарни поверилац био савесан, и да у књигама није био забележен протест против права својине оног лица, које је одобрило хипотеку (§ 892). Ово је последица раније поменуте фикције, да се садржина баштинских књига у погледу трећих лица, која прибављају какво баштинско право, сматра као тачна. Ова фикција је хипотекарном повериоцу од неоцењиве користи. Хипотекарни поверилац је сигуран да је прибавио пуноважну хипотеку, само ако одобрење потиче од онога који је у књигама записан као сопственик. Лице пак које буде оштећено тиме, што ће морати да трпи хипотеку одобрену од несопственика, може да тражи накнаду од државе у смислу § 12 Уредбе о баштинским књигама. Сличан систем постоји и у аустриском праву, као што је напред изложено (стр. 364).

У француском праву легитимација се врши помоћу транскрипционих књига. Ко преговара са таквим сопствеником, који је извршио формалност транскрипције уговора приликом прибављања права својине, биће донекле сигуран да преговара са правим сопствеником. То важи и за хипотекарног повериоца, кад прибавља хипотеку од таквог лица. Али та сигурност није апсолутна, већ зависи од тога, да ли је транскрипција пуноважна

или не. Ако је транскрипција погрешно извршена, она ће се поништити и извршити нова транскрипција у корист правог сопственика. У француском праву не постоји фикција о апсолутној тачности књига, тако да и они прибавиоци, који су се ослонили на транскрипцију, могу бити оштећени, јер ће морати да врате добро правом сопственику. Сукоб између материјалног и формалног права француско право решава увек у корист материјалног права. Према томе и хипотекарни поверилац, и ако је прибавио хипотеку од сопственика, чије је право сопствености путем транскрипције уписано у својинским књигама, ипак није сигуран да је прибавио једно необориво право. Чим падне транскрипција, пашће и хипотека која се на тој транскрипцији посредно заснива.

У српском праву легитимисање сопственика непокретних добара врши се помоћу тапија. Какав је правни значај тапија напред је изложено. За хипотекарно право важно је, да систем тапија не даје прибавиоцима хипотека потпуну сигурност, да је лице које одобрава хипотеку, и ако је снабдевено тапијом, доиста сопственик тог имања. Ако та тапија из буди којих разлога падне, ако се дакле утврди, да односно лице ипак није сопственик, и ако има тапију која гласи на његово име, самим тим престаје и хипотека да важи. Српско право не зна за фикцију о апсолутној тачности тапија у погледу савесних прибавилаца. Оно даје у случају сукоба материјалног права са формалним правом у сваком случају превагу материјалном праву. О томе постоји изречан пропис у § 314 који гласи: „Сваки само своју сопствену ствар заложити може. Залога на туђу ствар не важи ништа и уништава се на тужбу господара ствари, коме припада право на повраћај ствари, коју онај издати мора, имајући право накнаде од заложивоца тражити.“ Као што се види, § 314 не допушта никакав изузетак од правила, да само сопственик може хипотековати своје добро. Међутим српски систем тапија даје могућности несопственицима, да одобре хипотеку на једно имање, и ако им то имање не припада. На првом месту Грађански Законик није прописао, да лица, која одобравају хипотеку, морају тапију поднети као доказ свога права сопствености. Право својине може се у суду и другим начином утврдити, тако да је могућност хипотековања једног добра од стране несопственика очигледна. Али и да се узме, да свако лице, које одобрава хипотеку, мора да поднесе и тапију као доказ свога права својине, ипак се

може десити да та тапија падне, тако да се хипотека појави као једно право конституисано од стране неовлашћеног лица, и као таква престане важити.

Што се тиче питања, да ли једна хипотека, која је одобрена од сопственика и која зато не важи, може бити валидирана накнадном ратификацијом од стране правог сопственика, на то питање француско право одговара негативно. Хипотека на туђој ствари неће ни у српском праву моћи бити ратификована са повратним дејством, и то зато, што се таквом ратификацијом не могу штетити они повериоци, који су прибавили хипотеку од правог сопственика после уписа хипотеке, коју је одобрио *non dominus*, а пре ратификације од стране сопственика. Према томе ратификована хипотека имала би у ствари ранг од дана ратификације и зато је боље у општем интересу захтевати, да се место ратификације изврши нов упис хипотеке са одобрењем сопствениковим.

Исто тако у случају да се сувласници раније поделе, хипотека ће остати на делу дужниковом, а не на свима добрима, на којима је првобитно била уписана. Ту исправку дужан је суд да изврши на захтев интересованих лица.

б) Особене случајеве заједничке својине познаје српско заједничко право (§§ 510 и 515).

2. Изречан пристапак дужников на хипотеку.

Свака хипотека мора бити нарочито одобрена од стране дужника. Поверилац један не мора да учини зајам или иначе да ступи у тражбени однос, ако налази да опште гаранције, које дужник пружа, нису довољне. Међутим, чим уговор о зајму буде закључен, он не може бити више мењан једностранним актом једног уговорача, а на штету другога. Ако се поверилац задовољио општом залогом, не тражећи као гаранцију неку специјалну залог у облику хипотеке, сасвим је природно што му се не допушта, да накнадно тражи такву специјалну залог, ако дужник неће својевољно да му је да. Кад би се повериоцу дало право, да у свако доба може тражити специјалне гаранције у облику хипотеке, тиме би се положај дужников знатно погоршао, противно ономе што је првобитно било уговорено. Зато је за конституисање хипотеке у редовним случајевима потребан изречан пристапак дужников. За прибављање хипотеке или специјалне, нарочите залог мора дакле поверилац да има и осо-

бени основ поред своје тражбине, коју хоће хипотеком да обезбеди. Тај нарочити основ прибављања хипотеке је код уговорне хипотеке изречан пристапак дужников, дат у нарочитој форми.

Модерно право сматра уговор о хипотеци као формалан, свечан уговор, који мора бити закључен у нарочитој форми, да би био пуноважан. Из овог правила проистиче та последица, да поверилац неће моћи прибавити хипотеку, ако и утврди да је дужник пристао на упис хипотеке, али није дао пристапак у форми, која се тражи Уредбом о интабулацијама.

Једине форме, у којима је пристапак дужников на хипотеку пуноважан, су:

а) Писмена исправа. Пристапак дужников мора бити изражен у писменој исправи, и то било у оној истој исправи, којом је констатован главни дуг, ради чије безбедности се ставља хипотека, било у одвојеној исправи. У тачки VIII став 1 Уредбе о интабулацијама спомиње се само пристапак дужников на хипотеку, изражен у истој исправи, која се односи на главни дуг, али из тога не треба закључити, да дужник не може одвојеном исправом одобрити упис хипотеке. Кад дужник може усмено да изјави пред судом да одобрава хипотеку, несумњиво је да може то и писмено да учини. У прилог овога може се навести и тачка VII Уредбе о интабулацијама где је изречно допуштено, да дужник и поверилац заједнички траже упис хипотеке путем писменог акта упућеног суду. Какав би разлог онда постојао, не допустити самом дужнику да таквом одвојеном писменом исправом одобри хипотеку и тражи њен упис?

Што се тиче ближе форме једне исправе којом се одобрава упис хипотеке, не прави се разлика између приватне исправе и јавне исправе, или исправе потврђене код полициске власти или суда. Неопходни услов је, да се на исправу налази својеручан потпис оног лица, које одобрава хипотеку. Грађански Законик не тражи да у исправу, у којој дужник одобрава стављање хипотеке, буде изречно означен и датум, кад је исправа издана, док је код облигације означање датума један од битних услова за важност обавезе (§ 191 став III Грађ. Суд. Поступка). Па ипак је за препоруку тражити означање датума и на тој одвојеној исправу, јер се према датуму оцењује, да ли је односно лице имало тада и пословну способност, да конституише хипотеку. Ако дужник не зна да пише, онда ће према § 542 неписмено лице свој крст или печат ставити, а два сведока имају својим

потписима да утврде, да је уговор доиста закључен са вољом неписменог лица. Овде не важи § 192 Г. С. П. који прописује форму *облигација*.¹

б) Усмени пристапак дужников пред судом. Место писмена у коме одобрава хипотеку, може дужник лично да се појави пред судом и да одобри, односно да тражи упис хипотеке у корист једног повериоца (тачка VII Уредбе о интаб.). Усмену изјаву дужникову суд ће узети на протокол и прикључити актима као доказ о одобрењу хипотеке од стране дужника.

в) Изјава о одобрењу хипотеке може се учинити и у акту последње воље или тестаменту (т. IV Инт. Ур.). У том случају за форму њену вреде општи прописи о форми тестаamenta.

Осим ових форма никакав други пристапак не важи. Тако усмени пристапак дужников, дат ван суда пред сведоцима, пошто није предвиђен као нарочита форма, у којој се може одобрити хипотека, не би важио, нити би поверилац на основу таквог пристапка могао издејствовати упис хипотеке. Хипотека се не би могла прибавити чак ни у том случају, кад би сам дужник признао, да је доиста био некада одобрио хипотеку усмено, али да је сада не одобрава. Исто то важи и у погледу главне заклетве, коју поверилац не може понудити дужнику у погледу питања, да ли је хипотека одобрена или не.

Пристапак дужников на хипотеку не мора потицати лично од самог дужника. Хипотека се може одобрити и преко пуномоћника са специјалним пуномоћством. Кад се за мање важне послове, као што је, на пример, задужење са општом имовинском гаранцијом, тражи изречно одобрење властодавчево, онда се тим пре оно мора тражити за конституисање хипотеке. Зато треба § 613 тако схватити, да он под задужењем разуме и одобравање хипотеке за један већ постојећи дуг, и да и за тај правни посао пуномоћник треба да има особено овлашћење.

б) Формални услови.

1. О начелу публицитета у опште.

Материјални услови морају бити испуњени, да би поверилац у опште могао прибавити хипотеку. Поред тих материјалних услова постоје међутим и нарочити формални услови, који треба да буду испуњени, да би се хипотека дефинитивно

¹ Противног мишљења били смо у свом „Хипотекарном праву“ стр. 91—92.

прибавила. Хипотека се прибавља једино уписом у баштинске књиге, или у друге какве сличне јавне регистре. У српском праву је као и у осталим модерним правима за постојање хипотеке неопходан услов упис њен у јавне књиге. Упис хипотеке у јавне књиге тражи се поглавито у том циљу, да се хипотека учини *јавном*. Начело публицитета је установа модерног права, које тежи за тим, да све односе на непокретним добрима, у првом реду све терете, учини јавним и сваком приступачним. Корист од начела јавности у баштинском праву, и специјално у хипотекарном праву је врло велика. Кредит се увећава и даје се безбедност онима који дају зајмове на залог непокретних добара.

Начело публицитета води порекло из германског права. У римском праву хипотека је имала ману, што није била јавна. Тиме је био веома отежан кредитни саобраћај. Зајмови на залог непокретних добара врло су нерадо одобравани у земљама где је владао римски хипотекарни режим, услед несигурности коју је тај режим собом повлачио. Узалуд је дужник могао уверавати зајмодавце, да на његовом добру нема терета, та изјава била је без стварне вредности за повериоце, пошто они нису имали начина да се увере о њеној истинитости. Остало је да верују на реч дужнику, или другим речима, да дају лични кредит, којим се свако не може да послужи. Модерно право је, под утицајем идеја германског права, отклонило тај недостатак римске хипотеке установом баштинских или хипотекарних књига, таквих јавних књига, у којима свака хипотека мора бити уписана.

Код питања о публицитету, о јавности хипотеке и њеном упису постоје у главном два основна система у погледу организације те јавности. Једно је систем баштинских књига, који постоји у Немачкој и Аустрији, и према коме сва права на непокретним добрима морају бити уписана у баштинске књиге. Други систем имају романска законодавства, која немају баштинске књиге, већ познају само хипотекарне књиге, у које се уписују једино хипотеке. Такав систем хипотекарних књига има француско право, које истина предвиђа и нарочите својинске књиге, у које се уписују преноси права својине на непокретностима, али које се књиге не могу ни поредити са баштинским књигама. Хипотекарне књиге у Француској налазе се у нарочитом једном надлештву, које се зове *bureau d'hypothèques*, и којим управља један чиновник, који се зове *le conservateur des*

hypothèques. За сваки срез постоји засебан хипотекарни биро, у чије се књиге уписују хипотеке на имањима из тог среза. Хипотекарне књиге се воде по именима сопственика оних земљишта, која су предмет хипотеке. Да би се дознало, који терети постоје на једном добру, потребно је знати имена свих сукцесивних сопственика и код тих имена видети уписане хипотеке. Да је то доста несигуран начин, очигледно је. Код уређених баштинских књига, заснованих на техничком премеру, не може бити никакве тешкоће при изналажењу терета, јер су они сви концентрисани на листу, који је посвећен тој парцели. У баштинским књигама су главно парцеле, док су у хипотекарним књигама француског права главно сопственици земљишта.

Што се тиче српског права, оно има сличан систем са системом француских хипотекарних књига. У српско право је пренета из аустриског права установа баштинских књига, али је она остала на папиру, пошто баштинске књиге нису ни до данас израђене. У замену за баштинске књиге задржане су за хипотеке хипотекарне или интабулационе књиге, у које се све хипотеке морају уписати. Ове хипотекарне књиге уређене су слично француским књигама. То су у ствари прости спискови свих власника, чија су имања оптерећена хипотекама. Све мане, које има француски систем, те мане има и српски систем хипотекарних књига. Нарочито у погледу тачности и прегледности књига интабулационе књиге не могу се ни поредити са баштинским књигама немачког права.

Правни значај принципа публицитета састоји се у томе што се хипотека не може прибавити на други начин, до уписом у књиге. То је основни принцип, који важи у српском праву безусловно за уговорне хипотеке. Дејство принципа публицитета огледа се даље и у овим двама правилима:

1. За свако право, које је уписано у баштинске књиге, па према томе и за хипотеку уписану у хипотекарним књигама, важи правна претпоставка, да она пуновожно и постоји у корист уписаног лица. Али уписи у баштинске књиге не црпе обавезну снагу из себе самих. Они се у начелу заснивају на материјалном праву, тако да у случају сукоба између материјалног и формалног права, превагу треба дати материјалном праву. Тек изузетно даје модерно баштинско право превагу формалном праву у случају, кад титулар једног стварног, у књигама уписаног права, располаже тим правом у корист трећих, савесних лица. Тада се

замишља, да су баштинске књиге апсолутно тачне. Прибавилац постаје пуноважним титуларом хипотеке, и ако је та хипотека са гледишта материјалног права била неважећа. Што се тиче српског система хипотекарних књига, он даје увек превагу материјалном праву. Фикција о апсолутној тачности баштинских књига, која се налази у немачком баштинском праву, није нигде изречена у српском праву, тако да не може ни бити говора о прибављању права само на основу формалног права из књига. То значи, да је горња претпоставка, да је право, које је у књигама уписано, и пуноважно, у ствари једна оборива претпоставка, која се у сваком моменту може уништити. Чим се утврди, да она факта и оне околности, које су довеле до уписа права, у ствари не постоје, наравно да ће и хипотека, и ако је уписана, морати пасти.

2. Садржина хипотекарних књига важи као исправна према сваком прибавиоцу непокретног добра. То значи, да у погледу прибавиоца важе само она ограничења, они терети или хипотеке које су у књигама записане. Ово правило у овако негативном смислу има пуну важност и у српском праву. Али услед тога, што је прекинута веза између права својине и осталих стварних права на непокретностима, тако да за прибављање својине вреде једни прописи, а за прибављање стварних права други прописи, појављују се сумњиви случајеви када није сигурно како их треба решити. Тако су чести случајеви сукоба тапија са хипотеком где се не може увек поуздано решити, коме праву припада првенство. При преносу по тапијама оних добара, која су оптерећена хипотекама, суд мора, пре него што тапију купцу изда, у интабулациони протокол исто добро на име купца да пренесе, а у исто време и купца да извести, да ли и какви терети постоје на добру. При томе је могуће, да суд погрешно извести прибавиоца о теретима добра, тако да се јавља питање, ко ће сносити евентуалну штету, да ли купац, који је примио имање слободно од сваког терета, па сад мора или да исплати једну хипотеку, за коју није знао кривицом суда, или да пусти да се добро прода ради исплате те хипотеке, или хипотекарни поверилац, који је редовним путем стекао право залоге на односном добру. Са гледишта правичности не може се дати одређени одговор на то питање, пошто није право ни један ни други да снесе штету. Претежност интереса није овде меродавна. Питање се има решити према принципима правне логике, с обзиром на општа

начела баштинског права. Са тога гледишта колизију између права својине и права хипотеке треба решити на штету доцнијег прибавиоца, у овом случају на штету сопственика, који је добио имање са тапијом као слободно од терета, а у ствари терети постоје. По § 301 сви терети на ствари, који су уписани у књиге прелазе на новог господара заједно са ствари. Зато се у истом пропису препоручује прибавиоцу, да се претходно тачно извести о теретима, да не би после какву штету од тога трпео. Истина у горњој хипотези претпоставка је, да је суд погрешно обавестио прибавиоца добра, а не да је сам прибавилац био небрижљив, али је ипак и у том случају правилније применити § 301 по принципу *prior tempore potior jure*. Прибавиоцу остаје наравно да од државе тражи накнаду штете.

Овако решење сукоба између права својине и права хипотеке у сагласности је са основним начелом баштинског права о рангу појединих стварних права. Ранг се одређује према времену уписа права у баштинске књиге. Оно се може бранити и аналогијом са овим несумњивим случајем: Кад сопственик једног добра извади две тапије за исто имање, што је сасвим могуће с обзиром на поступак, како се тапије издају, па сукцесивно отуђи исто непокретно добро два пута, двама разним лицима, и преда и једном и другом лицу и тапију по процедури прописаној за пренос својине на непокретном имању. У таквом случају преноса права својине путем тапије на два разна лица, правна логика даје првенство првом прибавиоцу, т. ј. ономе, ко је тапију први добио (§ 298). При томе се овако резонује: да преносилац, пошто је већ продао добро и пренос по тапији извршио, није више сопственик и не може према томе односно добро ни пренети другом прибавиоцу у својину. Сукоб се овде решава по принципу првенства. Исти тај принцип ваља применити и у горе изложеном случају сукоба тапије са хипотеком.

У горњем случају претпоставка је била, да је на име преносиоца једног непокретног добра била уписана хипотека, да интабулациони протоколиста није хипотеку нашао, већ је ставио у извештај, који се имао саопштити купцу, да је добро слободно од терета, тако да је купац прибавио имање као слободно од терета. Да ли исто решење треба применити и у случају, кад је хипотеку интабулациони протоколиста погрешно исписао, па се доцније утврди, да је испис погрешан и да је требало исписати

другу неку хипотеку. Пошто је хипотека била избрисана и према томе није више правно постојала, она неће важити према прибавиоцу добра. Према прибавиоцу важе само оне хипотеке, које су *уписане* у моменту прибављања својине. Једна исписана хипотека сматра се као да није била ни уписана.¹

Један нарочити случај, који најчешће може да наступи у пракси је овај: Прибавилац једног непокретног добра добије тапију и приликом преноса имања увери се лично, или га и сам суд извести, да на име преносиоца не постоје никакви терети. Међутим у ствари постоји хипотека једна на том добру, али је суд приликом преноса имања на садашњег преносиоца пропустио да упише хипотеку на његово име. Тако је прибавилац био у уверењу, да на добру не постоје никакви терети, међутим терета је у ствари било. Коме ће се дати првенство у овом случају? Питање је било сумњиво зато, што изгледа, да хипотека у сваком случају преноса имања на новог прибавиоца треба да се упише и на његово име, да би и даље важила. Суд је према горе поменутом законодавном решењу донста дужан, да постојећу хипотеку упише на име новог сопственика, али је велико питање, да ли тај препис хипотеке на новог власника има тај значај, да одржи хипотеку у важности. Са гледишта природе хипотекарнога права мора се узети, да хипотека лежи на добру као његов реални терет, а не да лежи на сопственику. Према томе битно је, да је хипотека уписана у опште у књигама да би имала важности. Што се она уписује на име сваког новог сопственика, то је последица рђавог система хипотекарних књига. Прибавилац једног непокретног добра мора да види, да ли има терета и на име ранијег преносиоца, ако хоће да буде апсолутно сигуран. Да је то незгодна ствар, очигледно је, али је по закону тако. Кад би у Грађанском Законику стајало, да према прибавиоцу једног непокретног добра хипотекарне књиге, у којима садрже податке о теретима *код имена преносиоцевог*, важе као апсолутно тачне, онда би тапија имала првенство, али како такве одредбе нема, мора се дати превага хипотеци на основу правила *prior tempore potior iure*.²

¹ Противног мишљења били смо у „*Хипотекарном праву*“, стр. 102, али смо се уверили да је ово садање мишљење боље.

² Овај случај био је предмет начелне одлуке опште седнице Касационог Суда од 2-XII-1906 год. бр. 11.327, која даје првенство тапији, а не хипотеци у сваком случају, кад суд изда прибавиоцу тапију без терета, па и ако су терети постојали и били уписани у бантинским књигама. *Dr. Аранђеловић*, који је ту одлуку саопштио (Архив III, I, стр. 65—70) изјаснио се против ње, док је *Спа-*

2. Поједини формални услови при упису хипотеке.

1. О органима државним који врше уписе.

Хипотеке се уписују код првостепених судова. Из тачке VI Уредбе о интабулацијама, која гласи: „Интабулација се може издејствовати само код првостепеног суда, и то онога, у ком се налазе непокретна добра дужникова, на која се интабулација потврђује, и мора захтевана бити“ излази ово:

а) За стављање хипотеке једино су надлежни првостепени судови (само не београдски трговачки суд), а сви остали судови су ненадлежни, нити могу вршити упис хипотеке. Хипотекарне књиге налазе се само код првостепених судова. Не гледа се дакле ни на природу тражбине, ни на вредност њену, које околности иначе одређују надлежност суда, већ у сваком случају ваља тражити упис хипотеке код првостепеног суда.

б) Упис хипотеке треба захтевати специјално код оног првостепеног суда, у чијем се ресору налази добро, које се хипотекује. За хипотековање добара у Београду надлежан је београдски првостепени суд; за остала места у Србији надлежни су њихови окружни првостепени судови. Правило, да се упис хипотеке има тражити код суда оног округа, у коме се хипотековано добро налази, сасвим је разумљиво, кад се има на уму принцип публицитета који доминира модерним хипотекарним правом. Једна хипотека, која би била уписана код ненадлежног суда, биће ништавна. Ништавност њена је апсолутна, тако да би њу могла истицати сва трећа лица, а не само хипотекарни повериоци.

2. Молба за упис хипотеке.

У тачки VI Интаб. Ур. *in fine* вели се да интабулација мора „захтевана бити“. Према томе упис хипотеке у српском праву врши се само на захтев или молбу појединих поверилаца или и самог дужника. Ако сам дужник захтева, да се стави хипотека на његово добро, тај захтев може бити двојак: усмено пред судом, или пак писменим актом, упућеним суду. Усмена изјава дужникова има се узети на протокол, при чему ће се од дужника тражити сви они податци, који су потребни ради специ-

соје Радојичић, у врло лепо документованом чланку (Архив III, 2, стр. 158—164) покушао да одбрани одлуку Касационог Суда од замерака, које су јој у јавности биле учињене. Против одлуке Касационог Суда изјаснио се и *Ж. Перих* у свом исцрпном чланку „О првенству између интабулације (хипотеке) и ташје (убастињенија“) (Архив X, стр. 1—19), где су изнети и други разлози, који говоре у прилог првенства хипотеке над ташњом у оваком случају.

јалности хипотеке и који би морали бити садржани у писменој молби, кад би се хипотека тражила писменим путем.

Ако упис хипотеке тражи поверилац, он мора да поднесе и писмену исправу, којом се утврђује тражбина (тачка IV Интаб. Ур.) као и писмено, у коме је садржана изјава дужникова, да одобрава хипотеку. Та изјава може се налазити у истој исправи, којом се констатује главна тражбина, а може и накнадно одвојено бити дата.

3. Начело специјалности хипотеке.

Да би молба за упис хипотеке, под претпоставком да су сви остали услови испуњени, имала за последицу одобрење хипотеке од стране суда, потребно је да она садржи све податке, који се траже ради специјализања хипотеке. Начело специјалности хипотеке поред начела публицитета, је врло важна творевина модерног хипотекарног права. Тим се начелом постиже тачно одређивање имовног стања дужниковог у погледу реалних терета на његовом имању. У општем је интересу, да се имају тачни извештаји о имовном стању свога дужника, а тај извештај треба да дају хипотекарне књиге, у којима су прецизно одређена и добра, која су хипотекована, и износ свих хипотека. Захтев, да се тачно одреди и предмет хипотеке и сума која се хипотеком обезбеђује, последица је принципа специјалности хипотеке, на супрот старијем систему генералних хипотека. Принцип специјалности хипотеке усвојила су сва модерна права. Та се специјалност тиче с једне стране дуга, који се гарантује хипотеком, а с друге стране онога добра, које се хипотекује.

а) *Специјалност у погледу дуга.* Поверилац при тражењу хипотеке мора тачно да одреди тражбину, коју хоће да обезбеди, као и њен износ (т. V Ин. Ур.). Исто то важи и за дужника, кад он захтева упис хипотеке.

Ако тражбина постоји, али тачан износ њен није одређен, и она се може обезбедити хипотеком с тим да се одреди максимална сума за коју хипотека одговара.

Ако би се десило, да је у хипотекарне књиге унета мања сума од оне, која се дугује, хипотекарни поверилац моћи ће се само за ту уписану суму наплатити као хипотекарни позерилац, а за остатак биће хирограферни поверилац и наплаћиваће се конкурентно са осталим простим повериоцима. Ако би била унета

већа сума од суме која се дугује, хипотека ће вредети само за суму дуга.

Специјалисање тражбине и по природи и у погледу износа њеног мора бити извршено и у акту, којим се одобрава хипотека, и у молби упућеној суду за упис хипотеке. Ако тражбина носи интерес, онда треба и то означити, пошто ће иначе поверилац у погледу интереса бити прост, хирограферни поверилац. При томе се прави разлика између неколико врста интереса. Сав до дана уписа хипотеке протекли интерес мора особено у свом износу да се упише, ако се хоће да и он буде обухваћен хипотеком. У француском праву постоји изречан пропис у том смислу (art. 2148), али се без сумње тако има поступити и у српском праву, и ако нема изречног наређења. Што се тиче интереса за време од дана уписа па до исплате хипотеке, тај је интерес обухваћен хипотеком, ако је изречно означено, да тражбина носи и интерес. Наравно да обична напомена, да тражбина вуче и интерес, није довољна да хипотеку специјалише, и зато треба означити и интересну стопу, као што се то изречно тражи у немачком (§ 1115) и аустриском праву (§ 14 аустр. баштинског закона).

Питање о томе, да ли хипотека обухвата сав интерес све до исплате тражбине, није подједнако расправљено. Тешкоћа постоји нарочито због тога, што тражбине интереса подлеже краћој застарелости. По § 928д Грађанског Законика интерес застарева за три године, док главне тражбине по правилу застаревају за 24 године. Овде се поставило питање, да ли трогодишњи рок застарелости важи и за оне интересе, који су интабулисани, т. ј. који су обухваћени хипотеком за главни дуг. Питање се зато појавило, што се у § 928д говори о интересима у опште, па се мислило, да се тај пропис не односи на интабулацијом обезбеђене интересе. У пракси је горњи пропис различно био тумачен, док није Касациони Суд одлуком опште седнице од 17.-XII.-1902 бр. 894 протумачио § 928д овако: „Кад § 928д Грађ. Законика у колико се застарелости интереса тиче, износи опште наређење, да потраживање годишњих интереса на позајмљене капитале застарева за три године од дана, кад га је требало платити, те по томе да се и питање о застарелости интереса по овом пропису ценити има“.¹ Рок од три године ра-

¹ Против мишљења К. Суда износио је значајне разлоге *Dr. Мих. Полићевих* („Архив“ II стр. 39 и 374) сматрајући да је застарелост интереса по

чуна се од дана тражења наплате па у назад. Исти систем има и немачко право, само што тамо интерес застарева за четири године (§ 197). Што се тиче интереса од дана тражења наплате до коначне исплате, тај интерес био уговорни или законски, обухваћен је у целој суми хипотеком, пошто приватна лица не могу сносити штету од спорог рада власти на извршењу судских одлука (вид. § 1118 немач. грађ. законика).

б) *Специјалности у погледу хипотекованог добра*. Као што тачно треба одредити износ тражбине, која се гарантује хипотеком, тако исто се мора тачно и прецизно одредити, специјалисати добро, на које се ставља хипотека. Тачка IX Интаб. Ур. говори о специјалности добра, које се хипотекује. Она гласи: „У захтевању мора опредељиво назначено бити оно добро непокретно, на које се интабулација захтева. Ако ли је више оваквих непокретних добара, на која се захтева једна иста интабулација, онда сва та непокретна добра морају редом опредељиво назначена бити. Захтевање без опредељивог назначења непокретног добра има се одбити“. При том специјалисању и индивидуалисању добра, које се хипотекује, прави се разлика између изјаве самога дужника, да одобрава хипотеку, и захтева упућеног суду, било од стране дужника било од стране повериоца, да се хипотека упише. Кад дужник одобрава хипотеку, он може одобрити хипотеку на свима својим добрима. То право дужниково, да одобри хипотеку на свима добрима, не одређујући их поименце, садржано је у тач. VIII став 3 Интаб. Уредбе, која гласи:„Дужнику стоји на вољу, или назначити поименце своја непокретна добра, на која интабулацију дозвољава, или само у опште рећи, да је дозвољава на своја непокретна добра“.... У овом последњем случају, кад се ради обезбеде једне тражбине ставља хипотека на више добара, постоји т. зв. *генерална хипотека*. Међутим пошто је законодавац усвојио начело специјалности хипотеке, морао је горњу одредбу допунити захтевом, садржаним у тач. IX Интаб. Уред., да поверилац приликом уписа хипотеке поименце означи сва добра, на која се хипотека односи. Српско право не тражи безусловно специјалисање добра

§ 928д изузетак од општег правила и да се односи само на оне интересе, који су изречно поменути, а то су обични, нинтабулисани интереси. Хипотековани интереси су пак особени интереси и иду за главном тражнином по начелу *accessorium sequitur principale*. И зато и они застаревају за 24 године. При свем том нама изгледа одлука К. Суда правилна. У прилог те одлуке и *Марко Стојановић* („Архив“, II, стр. 116).

у исправи, којом се одобрава хипотека, али поставља као неопходан услов за прибављање хипотеке то, да се добра наброје у молби повериочевој, тако да се упис неће извршити, док добра не буду индивидуалисана. Ако пак сам дужник тражи, да се стави хипотека на његово имање ради обезбеђења једне тражбине, и он је дужан поименце да означи свако добро, на које хипотека треба да се односи.

Што се тиче начина, како ће се индивидуалисати поједина добра, која су предмет хипотеке, о томе се не налазе никакве ближе одредбе у Интабулационој Уредби. У тачки IX став 1 и 2 захтева се само, да добро буде „опредељиво означено“ а не каже се, како ће се то учинити, и кад ће се сматрати, да је тај услов испуњен. Према томе остављено је суду, да приликом сваког уписа хипотеке утврди, да ли је добро „опредељиво“ означено или не. У Интабулационом Протоколу налази се само једна општа рубрика за означање хипотекованог добра, а нема посебних рубрика, у које би се уносили поједини податци о добру, који су у стању да га индивидуалишу. У пракси пак траже се у главном ови податци: На првом месту има се означити, где се добро налази, у ком месту, вароши, варошици или селу. У овом последњем случају означаје се и општина, којој то село припада. Даље се редовно означају и границе имања и имена суседа. Ако се добро налази у вароши са уређеним улицама и тачно нумерисаним кућама, може се навести само улица и број куће, а није неопходно потребно наводити и границе имања и имена суседа. Овим податцима одређује се у главном положај добра. Осим тога потребно је означити и природу добра, да ли је под шумом, или је ливада, или воћњак, или плац у вароши, са или без куће. У селима је нарочито уобичајено, да се појединим имањима дају особена имена, по којима се она познају. Ако постоји и такав назив, треба га споменути, да би се избегла свака сумња о идентичности добара.

У земљама са баштинским књигама у којима је свако добро специјално уписано и тачно индивидуалисано, траже се само они податци, који одређују где се добро налази у баштинским књигама да би суд могао баш код тог добра да упише хипотеку.

4. Остали подаци који се морају навести приликом уписа хипотеке.

При упису хипотеке има да се означи име и презиме дужника, као и његово место становања. Исто тако и име и пре-

зиме повериоца и његово место становања. Ово је потребно, да би се хипотека што боље индивидуалисала. За повериоца постоји у интабулационим књигама и нарочита рубрика, у којој се има забележити његово место становања.

Односно означаења дужникова ваља знати, да ту суд треба да буде тачнији и обазривији. Појединци се обавештавају обично о дужницима, а не о повериоцима. Поверилац као лично заинтересован постараће се и сам, да себе индивидуалише, док се код дужника тај нарочити труд не може претпоставити. Начело публицитета захтева, да о личности дужниковој не буде никакве сумње, зато суд нарочито мора обратити пажњу на тачно означаење и имена и домицила дужниковог. Хипотекарне књиге у Србији нису ништа друго до спискови сопственика — дужника, тако да се по њиховим именима и тражи, кад се хоће да зна, да ли постоје на добру какви терети. Према томе очигледно је, колико је важна ствар тачно индивидуалисање хипотекарног дужника. Зато треба означавати и занимање — професију — и дужника и повериоца. Несумњиво је, да и означаење професије знатно доприноси бољем индивидуалисању личности, које су у питању.

Ако би се десило, да се при означању имена и презимена као и занимања било дужника, било повериоца, учини случајна омашка, хипотека зато неће бити ништавна, само ако се иначе о дотичној личности не сумња. Нарочито у случају, кад је у исправи којом се утврђује тражбина, јасно означено име дужника и повериоца. Такве омашке може суд и по званичној дужности, а и на захтев интересованих лица да исправи.

5. *О времену уписа хипотеке.*

Питање о времену уписа важно је са гледишта поверилаца у толико, што се према времену уписа одређује и ранг хипотеке. Раније уписана хипотека има и бољи ранг, тако да ће се хипотекарни поверилац наплаћивати пре осталих поверилаца, који су хипотеку уписали после њега. О томе није реч. Овде се има да расправи питање, да ли је у свако доба допуштено уписивати хипотеке. Напред је већ истакнуто да се уписи хипотека врше само на захтев интересованих лица. Ко има право на хипотеку тиме што је у начелу испунио све материјалне услове, још није постао хипотекарним повериоцем, докле год не буде извршен упис. Тај упис, кад ће се извршити, то зависи од воље самог повериоца.

Али упис се може извршити само до извесних момената. Чим ти моменти наступе, поверилац нема више могућности да издејствује упис своје хипотеке и остаје и даље прост поверилац, без специјалне залогe. Има три случаја, кад поверилац нема више правне могућности, да упише хипотеку. То су ови случајеви:

1. На првом месту хипотека се може само дотле уписати, докле је лице, које одобрава хипотеку, сопственик хипотекованог добра. Ако би поверилац пропустио да упише хипотеку за времена, а дужник буде у том отуђио добро, хипотека неће више моћи бити удејствована, пошто дужник у том моменту није више господар добра. Хипотека би била стављена на туђу ствар и била би ништавна. У земљама где постоје уређене баштинске књиге, из којих се у свако доба може поуздано сазнати, ко је сопственик у даном моменту, биће ређе колизије између хипотекарних поверилаца и прибавилаца непокретног добра. По германском баштинском праву допушта се упис ма ког стварног права само против оног лица, које је у том моменту означено у баштинским књигама као сопственик. У српском праву нема баштинских књига и преноси се врше путем преноса тапија код суда. Све док не буде и тапија пренета, преносилац остаје власником и може се тражити упис хипотеке. Чак и оног дана кад преносилац у смислу § 294 учини изјаву о преносу својине и тога дана још може се уписати хипотека. После тога момента није допуштен упис, јер је добро од тог момента прешло у својину прибавиоачеву.

2. Поред случаја отуђења, који је сасвим разумљив, постоји други један случај, у коме дужник остаје сопствеником добра, па ипак није допуштен упис хипотеке. Тај је случај предвиђен у § 24 Закона о стечишном поступку, наиме кад се над имовином једног лица отвори стечај. По том пропису, чим се отвори стечиште, никаква се интабулација не може више ставити на имање стечајног дужника.

Шта ће бити у случају, да је молба за упис хипотеке дошла код суда истог дана, кад је и стечај над имовином дужниковом отворен? У Грађанском Законику као ни у Закону о стечишном поступку ово питање није расправљено. Изгледа да је правилније узети да је хипотека, уписана истог дана кад је и стечиште отворено, пуноважна. Решење овако можда није практично, али одговара боље законском тексту.

3. Трећа околност, која у извесним случајевима спречава

упис хипотеке, јесте смрт дужникова. У начелу смрт дужникова нема никакве везе са његовим имовинским обавезама, пошто његова имовина одговара за све обавезе. Али има случајева, кад услед смрти дужникове престаје право поверилаца, да већ одобрену хипотеку упишу. То ће бити онда, кад се отвори стечај над имовином умрлог лица. По § 3 тач. 3 Зак. о стец. поступ. кад наследници изјаве, да се примају наслеђа са пописом, има се отворити стечај и извршити ликвидирање по прописима, који важе у опште за стечајни поступак. Тада је, као и у случају под 2), упис хипотеке допуштен све до отварања стечаја, а после не. Према томе овде се у ствари због стечаја забрањује упис хипотеке, а не због смрти дужникове.

6. *Поступак судски приликом уписа хипотеке.*

Кад молба за упис хипотеке буде предана суду, истог дана председник суда, или ако је он спречен, онда један члан суда који га заступа, мора на њој забележити дан кад је примљена, и својеручно се потписати (Тач. XII, став 1). Тај се дан сматра као дан уписа хипотеке и по њему се одређује ранг и првенство хипотекарног права према другим хипотекарним повериоцима. У случају да је на молби заведен други који дан, било познији или ранији, а не тачно дан пријема молбе, заинтересована лица имају право на исправку датума.

Потписом председниковим снабдевена молба заводи се у деловодни интабулациони протокол, који постоји одвојено од општег деловодног протокола и намењен је једино увођењу молба за упис хипотеке или прибелешке. Молба се мора увести у интабулациони деловодни протокол истог дана кад је била предана суду. Да би се пак тачно знало, колико је уписа захтевано ког дана, или другим речима, колико је молба, односно да ли су све молбе заведене, прописано је да председник са интабулационим протоколистом закључује сваког дана протокол, и својим потписом и потписом протоколисте утврђује, да тога дана није предата ни једна молба више за упис хипотеке (тачка XII став 2). Да не би пак судски органи било из немара, или ма из каквог другог разлога пропустили, да поступе по законским наређењима, даје се повериоцу право, „уверити се лично о дејствителном и исправном стављењу дана примљења, и на захтевање даће му се писмено уверење, да је његова дотична молба примљена“ (тачка XII став 3).

Пошто се молба заведе у интабулациони деловодни протокол, предаје се општем протоколисти судском, да је он заведе у општи деловодни протокол, па се упућује једном судском одељењу на рад. О свакој молби за упис хипотеке доноси одлуку судски колегијум, и то у облику решења. Само изузетно за време судског одмора, од 16 јуна до краја јула, надлежан је дежурни судија за одобравање или неодобравање хипотеке (§ 511 тач. 1 зак. о поступку).

Кад суд приступи решавању о једној молби за упис хипотеке, дужан је да се увери, да ли су испуњени сви материјални и формални услови, који се траже за прибављање хипотеке. У том смислу постоји изречна одредба у тач. XIII Интаб. Уредбе, која гласи: „Суд ће при расуђењу предмета иследити, да ли су услови горњим параграфима прописани, испуњени или нису, и према томе ће решење издати, којим захтевање интабулације одобрава или одбија“. То се решење у изводу заводи најпре у интабулациони деловодни протокол, и то на оном месту, где је молба била заведена, па се затим у препису доставља интересованим странама т.ј. дужнику и повериоцу (тач. XIV став 1). Али ако је интабулација одбијена, није потребно извештавати дужника, нарочито кад је упис тражен и без његовог учешћа. Достављање решења врши се по општим прописима за достављање судских одлука. Ти су општи прописи допуњени само у толико, што се захтева, да се решење предаје увек лично странкама, или њиховим пуномоћним заступницима, а никако другим, ма колико блиским и сродним лицима (тачка XIV Инт. Ур. in fine).

Противу решења првостепеног суда имају странке право жалбе Касационом Суду, и то дужник се може жалити не само онда, кад је хипотека одобрена, већ и онда, кад хипотека није одобрена, а он то тражи, док поверилац има наравно право жалбе само у случају кад молба за упис хипотеке буде одбијена. Грађански Законик не тражи за упис хипотеке као битан услов и пристанак повериоцев, тако да се хипотека може уписати на једностран захтев дужников. Отуда је сасвим логично, што поверилац нема право жалбе у таквом једном случају. За жалбу важе општи прописи о жалбама Касационом Суду на решења првостепених судова.

Кад хипотека дефинитивно буде одобрена извршним судским решењем, даљи поступак састоји се у упису хипотеке у

хипотекарне књиге, или како стоји у Интабулационој Уредби, у „интабулационе протоколе“ (тач. XI, став 2). Упис хипотеке врши се на име сопственика хипотекованог добра. Да би се олакшало истраживање и испитивање, да ли има хипотека на једном добру, израђен је нарочити интабулациони регистар, у који се азбучним редом заводе имена свих хипотекарних дужника. Код сваког имена означена је књига, у којој се налази рубрика тог лица, као и њен број. У овај регистар заводе се само они дужници, на чијим добрима су дефинитивно одобрене хипотеке или прибелешке.

Што се тиче исправа, које поверилац поднесе суду приликом тражења уписа интабулације, у смислу тац. X Интаб. Ур., суд ће, према тачки XVI, на тој исправи назначити, да је тог и тог дана, под бројем тим и тим, на добро дужника Н, а на страни тој и тој, стављена хипотека, па ће то назначење својим потписом оверити и исправу прикључити актима. Ако је пак поверилац поднео исправу и у копији, суд ће копију задржати, а оригиналну исправу предаће молиоцу. Ова потврда од стране суда, да је интабулација стављена, потребна је повериоцу, да приликом преноса тражбине може уверити прибавиоца, да је тражбина обезбеђена хипотеком. Али она не даје апсолутну сигурност прибавиоцу тражбине, јер ако хипотека буде поништена и из књига избрисана, ни прибавилац неће имати хипотеку, и ако је на исправи потврђено, да хипотека постоји. Зато прибавилац треба и из књига да се увери, да ли хипотека постоји, ако хоће да буде потпуно сигуран.

3. О генералној хипотеци.

Раније је дужник могао да одобри хипотеку на свима својим добрима садањим и будућим, и за све тражбине, које би неко имао према њему. Таквих генералних хипотека више нема. Оне су или сасвим напуштене, или су, знатно модификоване, задржане у оним правима, која још познају установу законске и судске хипотеке, као што је француско и српско право. О тим хипотекама говори се у засебним одељцима. Што се тиче уговорних хипотека, оне могу бити само специјалне. И то у погледу дуга хипотека је увек специјална, док је у погледу добра задржана у неколико установа генералне хипотеке, тиме што је допуштено да за један исти дуг буде хипотековано неколико добара. У том облику показује се данашњи генерална хипотека,

кад за једну исту тражбину одговара неколико заложних добара. Та хипотека има и добрих страна. У земљама са распарчаним земљиштем често пута је врло потребно, да се за један исти дуг ставе хипотеке на неколико добара. Осим тога генерална хипотека заснива се по самом закону и у случају, кад се добро, на коме постоји хипотека, парцелише тако да у место једне парцеле постоје неколико парцела. Првобитна јединачна хипотека простира се сад на сваку парцелу и за целокупну суму дуга.

Код оваке генералне хипотеке треба приликом уписа на поједине парцеле означити и то, да је хипотека генерална, т. ј. да за једну тражбину одговара неколико добара. Сва хипотекована добра одговарају међутим нераздељиво за целу тражбину, свако добро одговара за целу тражбину свом својом вредношћу, а не само по извесној размери. Према томе поверилац са генералном хипотеком има право да се намири из продајне цене ма кога добра, или и свих добара једновременно. Јединство генералне хипотеке огледа се даље у томе, што се таква хипотека може само у целини уживати. Исто тако се њома само у целини може располагати.

Услед одговорности појединих, генералном хипотеком обухваћених парцела за цео дуг, појављују се сукоби између сопственика појединих парцела и других хипотекарних поверилаца с једне стране, и поверилаца с генералном хипотеком с друге стране. Кад такав поверилац са генералном хипотеком не мора имати никаква обзира према осталим, у рангу једнаким, или пак доцнијим повериоцима, истиче се питање, како се други повериоци могу сачувати од штете, коју би евентуално имали услед безобзирног вршења права од стране повериоца са генералном хипотеком. Да је тако оштећење повериоца са доцнијим рангом сасвим могуће, види се из овог примера: Ако на имању лица А, и то ливади, винограду и плацу с кућом, постоји генерална хипотека у корист лица Б у суми 20.000 динара; а осим тога само на плацу с кућом хипотека на име лица В у износу 5000. Ако се Б наплаћује из сва три заложена објекта, онда ће се он намирити по размери вредности тих објеката. На јавној продаји добије се за кућу 15000, за виноград 9000, а за ливаду 6000 дин. Размера њихових вредности је 5:3:2. Према томе Б ће узети од цене првог добра 10000 дин., од другог 6000 дин. а од трећег 4000 дин., свега 20000 дин. Ако се Б намирује по овој размери,

онда остаје повериоцу В свих 5000 дин. ради намирења његове хипотеке. Али ако се поверилац са генералном хипотеком намири само из вредности куће, а за остатак из вредности винограда, повериоцу В не би ништа остало. На тај начин безбедност тражбине В-ове зависила би просто од воље лица Б, да ли ће се намиривати сразмерно из свих хипотекованих добара, или само из неких. Да би се то отклонило, прописано је законом од 14. априла 1861 год.¹ да доцнији поверилац, који би био оштећен генералном хипотеком, ступа на место тог повериоца у погледу осталих добара, а за суму којом је оштећен зато што се онај није наплаћивао из свих добара. Ово је прописано у првом реду на случај да држава наплати порез из само једног имања за све имање, али се аналого може применити на све случајеве генералне хипотеке.²

II. ЗАКОНСКЕ ХИПОТЕКЕ.

Законске хипотеке су такве хипотеке, које се заснивају не на вољи хипотекарног дужника, већ на самом закону. Правни основ једне законске хипотеке није пристанак дужников већ изречан законски пропис, који и без учешћа странака даје право на специјалну залогу. Законске хипотеке су једна изузетна појава, пошто се свака хипотека, као ограничење права својине, треба да заснива тек по пристанку сопственика хипотекованог добра. Правно политички разлог за установу законских хипотека лежи у релативној неспособности извесних поверилаца, да сами заштите и обезбеде своје тражбине. Сматра се, да је целисходно законом заштитити оне повериоце, који било по својим интелектуалним особинама, било по свом социјалном односно породичном положају, било пак по важности својих тражбина, или нису у стању да се сами старају о својим интересима, или пак услед општих интереса, који су у питању, треба да имају могућности, да се обезбеде и против воље дужникове.

У српском праву признате су изречно и законске хипотеке. У § 306 стоји, да се заложно право може заснивати и на законском пропису (в. и § 776 и т. II Инт. Ур.). Поједине законске хипотеке разликују се у извесним погледима једна од друге, тако да не-

¹ Саопштио га *Дим. С. Калајџић* у свом чланку „Један заборављен закон“ „Полицијски Гласник“, VI, стр. 232).

² О иностраном праву, како је оно решило овај сукоб видети *Dr. II. Марковић*, Хипотекарно право, стр. 127 и даље.

мају много заједничких особина. Док једне вреде и без уписа у хипотекарне књиге, дотле друге морају бити уписане, да би имале хипотекарно дејство. Заједничка им је црта, што су све махом генералне хипотеке.

1. Законска хипотека женина ради обезбеђења мираза.

Према § 776 и 766 муж гарантује целим својим имањем за исправан повраћај мираза у случају престанка брака. По тим прописима жена има законску хипотеку на добрима мужевљевим, а за обезбеду мираза.

Разлог жениној законској хипотеци лежи у моралној тешкоћи жене да уговори специјалне гаранције за обезбеду свога мираза. Та тешкоћа сматра се да постоји и пре брака и за време трајања брака. Тако, пре брака једна женска не може да вређа осетљивост свог будућег супруга уговарањем нарочитих гаранција у погледу свог имања. То би често пута сметало и самом закључењу брака. С друге стране пак, за време брака жена у опште не може да обезбеди своју тражбину на повраћај мираза, пошто се налази под мужевљевом влашћу, коју јој је закон наметнуо.

По § 776 Грађанског Законика само тражбина на повраћај миразних добара обухваћена је хипотеком, и ниједна друга тражбина женина према мужу. Шта је мираз и које се ствари сматрају као мираз, о томе се говори у Породичном Праву.

У српском праву законска хипотека женина за обезбеду мираза није прелутна. Према § 776 жена има само правни основ да упише хипотеку за обезбеду мираза и без одобрења свога мужа. Жена је у том специјалном случају овлашћена, да сама, и без одобрења свога мужа, тражи упис хипотеке. Та је хипотека даље генерална. Ранг хипотеке одређује се не од дана закључења брака, већ од дана, кад је упис извршен.

Међутим српско право није изједначило женину тражбину на повраћај мираза са тражбинама осталих обичних поверилаца мужевљевих, у случају да жена није извршила упис хипотеке. Кад жена упише хипотеку, она има првенствено право наплате и према доцнијим хипотекарним повериоцима, док у погледу обичних, хирограферних поверилаца, жена има првенствено право наплате и пре сваког уписа хипотеке. Женино право првенства у овом случају је једна привилегија, која се жени даје из разлога, из којих се у опште даје жени право на законску хипотеку. О тој привилегији првенствене наплате пре осталих хиро-

граферних поверилаца говори § 776 и његова допуна решењем од 28. марта 1850 год. (Збор. V стр. 153), који прописи нису довољно јасни и изазвали су у пракци различно тумачење. Ако би се ти прописи дословно тумачили, дошло би се до погрешног закључка, да се према жени мужевљеви повериоци деле у две групе, према времену постанка њихових тражбина, тако да би жена имала првенствено право наплате само према оним незаложним повериоцима мужевљевим, који су то постали пре брака, а не и према доцнијим повериоцима. Према тим доцнијим повериоцима имаће жена првенствено право наплате само ако прибави хипотеку уписом у хипотекарне књиге. Међутим, овако сватање горњих прописа је погрешно. У опште нема се разлога правити разлику између поверилаца пре брака и после брака, јер жена има привилегију првенствене наплате према свима обичним повериоцима мужевљевим.¹

2. Законска хипотека у корист лица под старатељством на добрима старалаца.

Разлози, са којих се даје жени право на законску хипотеку, постоје још у већој мери код малолетника и осталих лица под старатељством. Та се лица налазе у немогућности, да се сачувају од штете, коју би им тутор могао нанети несавесним управљањем имања. И зато је по чл. 62 Закона о старатељству, старатељски судија дужан, да у сваком случају неуредне и несавесне управе масеним имањем тражи интабулацију на непокретно имање стараочево, а за обезбеду евентуалне штете. У ставу II чл. 62 стоји изречно, да ће суд уписати хипотеку на прост захтев старатељског судије, и без пристанка туторовог. Хипотека се може ставити не само на имање главног већ и на имање споредног стараоца, у смислу чл. 31. зак. о старатељству.

3. Законска хипотека у корист државе за наплату пореза и приреза.

У закону о непосредном порезу предвиђена је законска хипотека на добрима пореских обвезника ради сигурности наплате пореза, приреза и осталих трошкова око пописа и продаје добара. По чл. 108 закона о непосредном порезу држава је у

¹ О ближним разлозима видети *Dr. Л. Марковић*, Хипотекарно право, стр. 137 и *Л. Марковић*, О дужности трговаца да објављују добијени мираз („Архив“, IV, стр. 437) где су наведени још неки разлози у корист овде заступаног мишљења. Противно мишљење имају *Ђ. Павловић*, Хипотекарно право, стр. 111 и *Dr. Драг. Аранђеловић*, О миразу и удомљењу по нашем Грађанском Законику, стр. 13.

погледу неплаћеног пореза првенствени поверилац и искључује све друге приватне повериоце, без обзира на њихова обезбеђења. Овај члан налази се у општим одредбама закона о порезу и важи према томе за све врсте пореза. Државино право првенствене наплате у ствари је једна привилегија, пошто држава има првенство и према хипотекарним повериоцима, и ако су њихове хипотеке раније прибављене но што је постала државина тражбина за порез. Да је ово право државино доиста привилегија, види се и по томе, што оно важи и у случају кад се имовина пореског дужника састоји у покретностима. Овде је пак државино право првенствене наплате увршћено у законске прећутне хипотеке, пошто оно са тим хипотекама има све особине заједничке, сем питања о рангу. Да се примети ваља још и ово, да државина хипотека важи само у погледу пореза на оном земљишту, које је у питању, а не и у погледу целокупног пореза хипотекарног дужника.¹

4.) Законска хипотека у корист државе на непокретним добрима рачунопологача

Ова хипотека је предвиђена у закону о устројству Главне Контроле од 1. маја 1892 године. По чл. 46. тач. 2 тога закона, ако рачуноиспитач приликом прегледа рачуна утврди неправилности и злоупотребе, којима би држава била оштећена, дужан ја одмах да поднесе извештај о томе заједно са доказима. Тај извештај износи председник пред седницу Главне Контроле, па ако га она прими као исправан, Контрола се по званичној дужности има да постара да обезбеди евентуални недостатак имањем рачунопологачевим. Како ће Контрола извршити обезбеђење види се из чл. 49, који прописује, да ће судови уважити прибелешку на имање односног лица, захтевану од Главне Контроле, и без испуњења оних услова који се Закоником о поступку траже за стављање прибелешке.

Контрола не подноси првостепеном суду тужбу за правдање прибелешке. Она сама, пошто испита свестрано ствар, доноси одлуку у облику пресуде, која кад постане извршном, оправдава забрану и претвара прибелешку у хипотеку. Главна Контрола има само да извести првостепени суд о томе.

Исто тако по чл. 88., кад комесар Главне Контроле нађе

¹ О овој законској хипотеци постоји исцрпна расправа Ж. Перућа: О првенственом праву наплате између државе и хипотекарних поверилаца (из Финансијског Прегледа) Београд 1901.

при прегледу неисправне рачуне, има право да стави забрану на покретности, а прибелешку на непокретности рачунополагачеве. Суд је дужан да ову прибелешку упише, као да то захтева сама Главна Контрола (чл. 43). Комесар је у таквом случају дужан да извести Контролу о предузетим мерама безбедности. Према чл. 89 не тражи се ни овде правдање прибелешке, већ се поступа као и у случају, кад Главна Контрола својим решењем захтева обезбеђење.

III. СУДСКА ХИПОТЕКА.

Под судском хипотеком разуме се таква генерална хипотека, на коју има право сваки поверилац, чија је тражбина утврђена извршном судском одлуком. У крајњој линији и судска хипотека је једна врста законске хипотеке, пошто се и она прибавља на основу одредбе законске, али како је њен непосредни правни основ једна извршна судска одлука, то се она назива особеним именом судска хипотека. Кад један поверилац добије извршну пресуду, којом се дужник осуђује да положи дужну суму, та извршна пресуда сматра се по закону као правни основ за стицање хипотеке на дужниковом непокретном имању, а ради обезбеђења тражбине, односно ради обезбеђења извршења пресуде. Чим извршном судском одлуком буде утврђено, да дужник има да плати повериоцу дужну суму, поверилац прибавља право да упише и без пристанка дужникова хипотеку на његово непокретно имање, а за обезбеду суме, на коју гласи извршна пресуда. Таква хипотека назива судском хипотеком.

Данас судска хипотека постоји у свима готово позитивним правима. У Грађанском Законику предвиђена је судска хипотека у § 306 који вели, да хипотека може имати свога основа и у пресуди судској. Ово наређење могло би се истина двојако разумети. Може неко имати право на хипотеку на основу уговора са дужником, који после тај уговор одрекне и не пристане да конституише хипотеку. Кад се путем спора утврди, да је дужник доиста по уговору обавезан, да одобри хипотеку, поверилац ће добити пресуду, којом се дужник осуђује на конституисање хипотеке. На основу те пресуде он може да захтева упис хипотеке и без пристанка дужниковог. Пропис § 306 не односи се на тај случај, који је у ствари случај уговорне хипотеке. Интаб. Уредба (т. IV) и § 306 мисле на хипотеку којом се обезбеђује извршење једне судске одлуке.

Извршне пресуде свих врста судова су правни основ за прибављање судске хипотеке. То важи и за пресуде општинских судова у границама њихове надлежности. Исто тако и за пресуде изборних судова. Реч пресуда треба узети у ширем смислу, тако да она обухвата и осудна решења по кратком поступку у смислу §§ 449 и др. Законика о поступку судском. Да би пак једна пресуда могла бити правни основ за прибављање хипотеке, потребно је: 1. да је *извршна*, и 2. да гласи на давање извесне суме новаца. О овом услову не говори се изречно, али се он мора испунити, јер оговара природи хипотеке, пошто се хипотеком увек гарантује једна сума новаца.

Поред пресуде подједнаку важност имају и цоравнања учињена под условима § 145 Грађ. Суд. Поступка.

Судска хипотека да би произвела хипотекарно дејство мора бити уписана у хипотекарне књиге. Извршна пресуда судска само је правни основ за прибављање хипотеке уписом у баштинске или хипотекарне књиге. Ранг тој хипотеци одређује се од дана уписа. Кад ће се хипотека уписати зависи искључиво од воље самог повериоца.

Својинска или власничка хипотека.

Установа својинске хипотеке или хипотеке на сопственом добру (*hypotheca in re propria*) творевина је модерног немачког хипотекарног права. Римском праву тај облик хипотеке био је непознат. У римском праву хипотека је имала чисто акцесорни карактер. Њом се гарантовало испуњење једне личне тражбине, па како нико није могао имати тражбине према себи самом, разумљиво је, што није могао имати ни хипотеку на свом сопственом имању. Даља последица оваког схватања хипотеке била је та, да у случају престанка главне тражбине, дефинитивно је престајала и хипотека. Доцнији хипотекарни повериоци померали су се у рангу, тако да је престанак једне хипотеке у првом реду њима користио. Сопственик хипотекованог добра није имао овлашћење, да у таквом случају ступи на место досадашњег хипотекарног повериоца и да прибави његову хипотеку. При свем том има и данас правника, који се труде да порекло власничкој или својинској хипотеци утврде у римском праву. И један српски правник¹ покушао је да докаже, како власничка хипотека

¹ Др. Никола Огорелица у својој студији *Хипотека на сопственој ствари*, стр. 16 и даље. (Прештампано из „Правника“ 1893 год.).

има корена у римском праву. По његовом мишљењу ни у римском праву није било битно обележје хипотекарног права његова акцесорна природа, већ је оно могло имати и своју сопствену и самосталну садржину. Разлози у прилог тог мишљења наведени заснивају се у главном на извесним текстовима римског права, из којих се види доиста, да је и у римском праву хипотека узимала каткада форму, која је врло блиска данашњој својинској хипотеци, али се из тога никако не може закључити, да између римског права и данашње својинске хипотеке постоји каузална веза.¹ Напротив, са поузданошћу се може казати, да је порекло својинској хипотеци у германском праву и да она стоји у тесној вези са установом баштинских књига, које омогућавају заснивање самосталних стварно правних односа.

У хипотеци на сопственој ствари огледа се најсавршенији облик самосталног заложног права. Германско право било је пак у извођењу те идеје о самосталности појединих хипотекарних права врло скрупулозно. Сваки хипотекарни поверилац прибављао је оно право, које му је с обзиром на ранг хипотеке припадало. Ако је хипотека била на другом месту, дакле друга по рангу, сматрало се да лежи само на оном преостатку вредности непокретног добра, по исплати прве хипотеке. Како пак поверилац са хипотеком на другом месту има неповољнији положај од онога са хипотеком на првом месту, то ће свакојачко и услови његовог зајма бити тежи за хипотекарног дужника. Зато се у случају, да прва хипотека буде исплаћена, не допушта да се други поверилац тиме користи и да се помакне у рангу. Кад би се допустило да се доцнији повериоци померају у рангу, учинило би се да они добију једну корист, коју нису заслужили и за коју нису дали никакав еквивалент. У место тог померања ступа сопственик на место досадањег хипотекарног повериоца и прибавља његову хипотеку као власничку хипотеку.

Својинске хипотеке постају у немачком праву или *првобитно, оригинално*, тако да се хипотека од самог почетка заснива као својинска хипотека, или пак услед *преласка* једне поверилачке хипотеке на сопственика хипотекованог добра. Изречно конституисање својинске хипотеке на свом добру допуштено је само у облику *земљишног* или *ренџног* дуга (Grundschuld und Rentenschuld). То су такве хипотеке, које се заснивају

¹ Видети о тим римским облицима Windscheid—Kipp, Bd, I, S. 1149 ff.

без личне тражбине и које дају само овлашћење на наплату из хипотекованог добра. Грађански законик немачки допушта, да се земљишни и рентни дуг упишу првобитно на самог сопственика, да се у писмену, којим се тај упис констатује (Grundschuldbrief, Rentenschuldbrief) означи као титулар права сам сопственик, тако да он после може врло лако и брзо хипотеком да располаже путем располагања са тим писменим. Тиме се веома доприноси лакој и брзој циркулацији хипотеке, пошто је она у немачком праву изгубила свој карактер средства за обезбеђење и постала једно важно прометно добро. Накнадно заснивање својинске хипотеке бива у случајевима, кад лична тражбина престане услед исплате од стране сопственика. Хипотека прелази тада по самом закону на сопственика и претвара се у власничку хипотеку. Ако пак сопственик испише хипотеку, онда она дефинитивно престаје важити, а доцније хипотеке померају се у рангу.

Што се тиче садржине власничке хипотеке, она има исту садржину, као и остале хипотеке, само што сопственик не може да врши нека права, која би иначе имао, да није сопственик. Тако, он не може да изложи принудној продаји добро и тражи наплату, али при продаји, коју би захтевао други неки поверилац, појављује се наравно као пуноправни хипотекарни поверилац. Са власничком хипотеком може сопственик располагати и путем правних послова: продати је, поклонити је и т. д. у ком случају се таква хипотека претвара у редовну хипотеку.

О оправданости и умесности својинске хипотеке не може бити никакве дискусије, нарочито не у немачком праву, које сваку хипотеку сматра као једно особено право, доследно принципу „der festen Stellen“ т. ј. принципу, да свака хипотека има да задржи онај ранг и ону вредност, која јој припада према околностима, под којима је заснована. Зато немачко право не допушта померање хипотекарних поверилаца на штету сопственика добра, у случају кад једна тражбина буде исплаћена. Без установе својинске хипотеке сопственик би био у врло незгодном положају, у случају кад би прва хипотека била исплаћена на захтев хипотекарног повериоца. Кад би се доцнији повериоци по самом закону померали, онда би дужник био у немогућности да опет нађе новац, јер би све хипотеке са бољим рангом биле већ заузете и тешко би се нашао капиталист, који би хтео дати новац. У овако незгодан положај дошао би сопственик без ика-

кве своје кривице, простом вољом једног хипотекарног повериоца. Да ту евентуалност отклони циљ је установи својинске хипотеке. Она даје могућности сопственику, да одржи све хипотеке у досадашњем рангу.

И изложеног види се, да установа власничке хипотеке води порекло из германског права и да је према томе непозната оним правима, која имају хипотекарно право на темељима римске хипотеке. Такво је српско право, које познаје хипотеку као једно средство за обезбеђење тражбина, а не као неко ново, чисто самостално право. Према томе у српском праву не може се узети, да кад тражбина буде исплаћена или на други који начин измирена, да хипотека прелази по самом закону на сопственика хипотекованог добра у облику власничке хипотеке. На против, таква хипотека престаје материјално постојати и доцнији повериоци померају се у рангу. Српско право не познаје институт власничке хипотеке и зато се мора у оваким случајевима дати друкчије решење него у немачком праву. Са овим мишљењем не слаже се Др. Огорелица, који у горе поменутој студији долази до супротног закључка, наиме да и у српском праву постоји установа власничке хипотеке (стр. 46. и даље) и да у сваком случају спајања хипотеке и права својине у једној личности хипотека не престаје важити, већ прелази на сопственика и постаје својинском хипотеком. Главни аргуменат заснива се на § 911 који гласи: „Обавезе на непокретним добрима лежеће и у јавне књиге заложене уведене, не престају пре, док се не испишу баш да би на ону исту особу прешле, којој право припада.“ По Др. Огорелици овај пропис наређује, да кад тражбина буде исплаћена, да ће хипотека прећи на сопственика, ако се не испише. Даље, да испис може захтевати *само* сопственик, а да се доцнији повериоци не померају, све док се хипотека не испише. Да ли ће се она исписати или не, зависи једино од господара добра. Ваља признати, да овако решење не би било неумесно, али оно у Грађанском Законику није нигде изражено. Пропис § 911 само каже то, да хипотека престаје тек пошто буде исписана. Она у ствари материјално престаје постојати чим тражбина престане, али се због баштинског формализма захтева и испис из књига. Тумачити § 911 у онако широком смислу, значи не обзирати се на природу српског хипотекарног права. Разлози које Др. Огорелица наводи у прилог власничке хипотеке имају вредности *de lege ferenda*, позитивном праву српском они су непознати.

Надхипотека или надинтабулација.

У броју стварних права, која могу бити предметом хипотеке, налази се и само хипотекарно право. И хипотека се дакле може заложити и право залоге на једној хипотеци назива се *надхипотека*. Грађански Законик изречно допушта хипотековање хипотеке, што се види из § 311 који гласи: „Тако и на залогу испокретну може други безбедности ради за себе право заложно прибавати, ако својим путем исто у књигу судску уведе“. У истом је смислу и пропис тачке XVIII Интабулационе Уредбе.

Код надхипотеке истиче се на првом месту начелно питање о томе, шта је управо предмет њен, да ли тражбина, која је хипотеком обезбеђена, или само хипотекарно право, без тражбине, или пак и тражбина и хипотека. Ако се има једино у виду правна природа хипотеке у српском праву, изишло би као најлогичније, да је предмет надхипотеке у ствари оно тражбено право, које је хипотеком обезбеђено, а да се надхипотека простира и на хипотеку само као на акцесоријум главног права. Ово гледиште међутим не би одговарало правом стању ствари, јер је Грађански Законик баш код овог питања у неколико одступио од принципа акцесорности хипотеке, истичући у први ред само хипотекарно право као предмет хипотеке, т.ј. право хипотекарног повериоца, да из хипотекованог добра тражи намирење своје тражбине. Наравно да и право надхипотекарног повериоца зависи од егзистенције личне тражбине, и да је у крајњој линији надхипотеком прибављено заложно право на тражбини. Надхипотека постоји у колико постоји и хипотека, а ова је пак апсолутно зависна од личне тражбине. Српско право није у одвајању хипотеке од тражбине ишло тако далеко, да допусти залагање само хипотекарног права и без тражбине. Тако велику самосталност не ужива хипотекарно право као такво. Одредба у тач. XVIII Интабул. Уредбе, по којој је сама хипотека предмет надхипотеке, чисто је формалне природе. Са гледишта материјалног права предмет надхипотеке остаје у ствари тражбина а са њом и њен акцесоријум, хипотекарно право.

Ово питање о предмету надхипотеке има и свог практичног значаја у случају кад дође до јавне продаје хипотекованог добра, па из продајне цене један део хипотеке буде измирен, наравно у корист поверилаца са надхипотеком. Ако би се узело да је предмет надхипотеке само хипотекарно право, онда би то

значило, да надхипотекарни поверилац нема право залоге на остатку тражбине, који се није могао намирити из хипотекованог добра, али који се евентуално може намирити из осталог имања дужниковог. Таква солуција не би била правична, и зато је боље усвојити, да се надхипотека простире и на тражбину, и то у првом реду на тражбину, ма да се са формалног гледишта истиче хипотека, као објекат надхипотеке. Наравно да у случају намирења једног дела надхипотеке из продајне цене хипотекованог добра, надхипотека се претвара у заложно право на тражбини и добија карактер покретне залоге. Што се тиче прибављања надхипотеке, ту важе исти прописи, који и за прибављање хипотеке (тач. XVIII Интаб. Ур.). Главни и битни услов, упис у хипотекарне књиге, је и код надхипотеке неопходан. Код осталих формалних услова важно је то споменути, да се принцип специјалности примењује само у ограниченој мери, тиме што се описује хипотека, која се надхипотеком оптерећује, а не добро, које је првобитно било хипотековано.

Надхипотеком се знатно ограничава право хипотекарног повериоца. Дужник не може да исплати дуг без знања и одобрења надхипотекарног повериоца (§ 313). Хипотекарни поверилац пак може вршити своја права на основу хипотеке само са одобрењем надхипотекарног повериоца. На исту хипотеку може се ставити и више надхипотека, чији се ранг одређује према времену уписа.

Прибелешка.

Поред хипотеке, која представља једно дефинитивно прибављено заложно право, баштинско право познаје и привремено уписане, *условне* или само *прибележене* хипотеке. За упис једног стварног права потребно је испунити читав ред формалности, које често пута у даном тренутку није лако утврдити и зато је појединцима дата могућност, да своје право привремено упишу, с тим да накнадно испуне све формалности, које су потребне за редован и потпун упис, тако да се прибележено право претвара у уписано право. Установа прибелешке пружа оним хипотекарним повериоцима, који нису у могућности да одмах испуне све услове, који се траже за упис хипотеке, прилику да своје право прибележе и да га накнадно допуне и дефинитивно упишу. Такву прибелешку познаје у начелу и српско право. У § 309 Грађ. Законика прописано је: „Право на залог може се међутим и

прибележити у књиге, које бива као и при условној прибелешци права баштинског“. Тај пропис упућује на § 297 који допушта и привремено убаштињење. У место хипотеке може се дакле у недостатку свих услова, који су потребни за њено прибављање, уписати прибелешка, која има у у начелу исто дејство као и хипотека. Ближе одредбе о прибелешци не постоје, и то је осетна празнина у српском хипотекарном законодавству. Уредба о интабулацијама говори у тачки XX о прибелешци као среству обезбеђења и прописује, да се правила о хипотеци примењују на прибелешку, прибављену по прописима Грађ. Суд. Поступка. По тим прописима (§§ 393—397) прибелешка је једно срество, којим се повериоци, у случају кад су им тражбине у опасности, могу обезбедити. Она има у толико везе са хипотекарним правом, што се оправдана прибелешка претвара у хипотеку и односни поверилац има сва права хипотекарног повериоца. Излагање пак услова, под којима се може ставити прибелешка на имање једног дужника, спада у процесно право и није му место у делу, које се бави материјалним хипотекарним правом.

Ранг хипотека.

Пошто свака хипотека садржи у себи овлашћење, да се наплати извесна сума из хипотекарног добра и пошто је допуштено уписати неколико хипотека на исто добро, потребно је било одредити међусобни однос тих хипотека. Тај однос одређен је на тај начин, што је одређен ред, којим се имају исплаћивати поједине хипотеке. У место равноправности свих хипотекарних поверилаца усвојена је неједнакост, и одређен поступак, како се имају ређати поједине хипотеке. Положај, који једна хипотека заузима у том реду исплаћивања, назива се *ранг* те хипотеке. За одређивање ранга меродаван је упис хипотеке у баштинске или хипотекарне књиге. Раније уписано право прече је од доцније уписаног права. Ту се примењује принцип: *prior tempore, potior jure*. Као дан уписа сматра се онај дан кад је молба за упис хипотеке била поднета суду. Ово правило о рангу усвојено је у свима хипотекарним правима, а у српском праву изражено је у § 330 Грађанског Законика.

Првобитно стечени ранг једне хипотеке може се доцније и променити споразумом са интересованим лицима. Промена ранга наступа на првом месту у случају, кад хипотекарна тражбина буде подељена. Поједини делови тражбине имају по закону исти

ранг, али сопственик тражбине може и друкчије да одреди ранг појединим делимичним хипотекама. У таквом случају свака делимична тражбина снабдевена је са оним рангом, који јој је сопственик одредио. Наравно да је потребан упис тог ранга у баштинске књиге, да би важио према другим делимичним хипотекама. За промену ранга не тражи се и пристанак сопственика хипотекованог добра, јер се том променом ни у колико не тангирају његови интереси. Исто тако није потребно ни одобрење доцнијих хипотекарних поверилаца.

Ранг хипотека може се изменити и у случају, кад један поверилац има две или више хипотека на једном истом непокретном добру. Да ли један хипотекарни поверилац, који има две хипотеке на једном истом добру, може да промени ранг тим хипотекама и без пристанка сопствениковог? Пошто у српском праву сопственик не прибавља хипотеку у случају престанка тражбине, већ се та хипотека исписује и испис користи доцнијим хипотекарним повериоцима, који се померају у рангу, изилази да сопственик у ствари нема интереса, да спречи промену ранга, и да му зато не треба ни дати право, да се може успротивити тој промени. Питање о рангу хипотека у српском праву је питање, које интересује само хипотекарне повериоце, и зато се не тражи пристанак сопствеников, већ се гледа једино на то, да интереси других поверилаца не буду повређени. Они неће ни у колико бити повређени, ако поверилац, који мења ранг хипотекама, има две у рангу сукцесивне хипотеке. Ако пак између хипотека, које мењају ранг, постоје друге уписане хипотеке, онда је промена ранга допуштена само у толико, у колико се не вређају права тих трећих поверилаца. Наиме, право које се помиче у рангу, мора бити по обиму и вредности једнако или и мање од права, које се повлачи, а не сме бити веће, пошто би се тиме штетили интереси оних поверилаца, чије се хипотеке налазе између тих двеју хипотека.

Право на ранг је једно специјално право хипотекарних поверилаца и може се уступити независно од хипотеке. У српском праву нема истина никаквих одредаба о уступању ранга или првенства између два хипотекарна повериоца, али је несумњиво да су такви уговори допуштени. Питање је само у томе, да ли се такав уговор о уступању ранга може пуноважно закључити и без пристанка сопственика хипотекованог добра. Према ономе што је горе речено за промену ранга двеју хипотека, које при-

падају истом хипотекарном повериоцу, изилази, да ни у овом случају није потребно одобрење сопствениково. Питање о рангу појединих хипотека је за сопственика безначајна ствар, јер престанак једне хипотеке непосредно користи осталим хипотекарним повериоцима, и зато је сасвим умесно не дати сопственику право, да се противи промени ранга. Наравно, да права трећих хипотекарних поверилаца остају том променом недирнута. Зато што се у случају престанка једне хипотеке врши померање хипотекарних поверилаца, зато треба узети, да уговор о промени ранга, ако би и у хипотекарне књиге био унет, има само релативно дејство, т. ј. хипотека, која се помиче и добија бољи ранг, имаће право на то првенство само у случају, да и хипотека, која се повукла са рангом, буде у моменту реализања пуноважна. Другим речима, право из напред померене хипотеке, зависи од права из хипотеке, која се повукла, у колико је у питању првенство или ранг. Апсолутно дејство имао би један уговор о промени ранга само тако, ако би и повериоци, чије су хипотеке уписане између тих хипотекарних права, која мењају ранг, дали свој пристапак. Тада би хипотека добила дефинитивно право на бољи ранг, без обзира на судбину хипотеке, која је оступила.

Пренос хипотеке.

Код питања о преносу хипотеке види се врло јасно она разлика, која постоји између романске и германске хипотеке. Хипотека српског права по својој природи није намењена да се преноси са једног лица на друго, да циркулише као прометно добро, већ има за једини циљ, да осигура исплату главне, личне тражбине. Према томе пренос хипотеке врши се искључиво путем преноса тражбине, гарантоване хипотеком. Хипотекарно право је акцесорно право, које дели судбину главног права. Ко прибави личну тражбину, самим тим прибавља и хипотеку, којом је та тражбина обезбеђена. Што се тиче форме преноса хипотеке и тражбине не постоје никакви нарочити прописи, већ важе општа правила о преносу личних тражбина. За пренос тражбина пак није у начелу у Грађанском Законику предвиђена никаква форма и зато се и хипотековане тражбине могу преносити и неформалним уговорима. Уговор о преносу хипотековане тражбине може дакле бити закључен усмено и писмено. Пошто се за упис хипотеке захтева писмена исправа, којом се утврђује тражбина, то ће се махом пренос тражбине сводити на пренос

те облигације, који се лако и просто може да изврши на самој облигацији, изјавом повериоца, да право своје преноси на другог, и предајом облигације том другом лицу.

Правни положај прибавиоца хипотеке одређује се потпуно према положају преносиоцем. Прибавилац прибавља онолико права, колико је имао и преносилац. Сви приговори, које је хипотекарни дужник могао истаћи преносиоцу, сви ти приговори важе и према прибавиоцу.

Сасвим супротан систем влада код питања о преносу хипотеке у немачком праву, које у опште има друге идеје о хипотеци. Хипотека је у немачком праву једно самостално правно добро, које је по својој природи и својим особинама погодно за циркулацију. У случају преноса хипотека се ослобођава везе са тражбином и постаје независним правом, које се у односу према личној тражбини готово појављује као главно право. Ова самосталност и независност хипотекарног права постигла се у немачком праву на тај начин, што је јавно поверење, које уживају сва у баштинским књигама уписана права, проширено са хипотеке и на тражбину, која је хипотеком гарантована. Другим речима, у корист прибавиоца хипотеке сматра се и лична тражбина да постоји, без обзира на то, да ли она доиста постоји или не. Истина, ако је лични дужник испунио своју обавезу, хипотекарни поверилац неће моћи да тражи од њега исплату хипотеке, али ће моћи да се наплати из хипотекованог добра. Хипотекарни поверилац у немачком праву спасен је те евентуалности, да му сопственик добра каже, како је лична тражбина или неважећа, или иначе престала да постоји, и како према томе ни хипотека правно не постоји више. Та веза између хипотеке и личне тражбине прекинута је, тако да прибавилац само ако је пуноважно прибавио хипотеку, има право да се наплати из хипотекованог добра без обзира на то, да ли је лична тражбина престала или не. Немачко право поставља у оваком случају фикцију, да лична тражбина у корист савесног прибавиоца хипотеке и даље постоји, тако да њено стварно непостојање нема утицаја на право из хипотеке. Оваким системом немачко право је необично олакшало преносе хипотека, ослобођавајући их од разних личних односа, који би евентуално постојали међу првим уговорачима.

Самосталност хипотекарног права огледа се на другом месту и у томе, што се прибавиоцу једне хипотеке путем преноса могу истаћи само они приговори, који се из баштинских књига виде,

који су дакле у баштинским књигама уписани, или су му пак иначе били познати. Прибавилац хипотеке није дакле дужан да води рачуна о односима сопственика добра и оних хипотекарних поверилаца, који су исту хипотеку имали пре њега. Ти односи њега се ништа не тичу. Дајући такву природу хипотеци, немачко право учинило је, да она постане једним за промет и циркулацију необично погодним економским добром. Ко прибави хипотеку путем преноса, у формама законом прописаним, постаје титуларом једног самосталног права на наплату из одређеног земљишта, тако да ће капиталисти увек бити готови, да такве хипотеке прибављају.

Док се у српском праву, као и у романским правима, доследно начелу акцесорности хипотекарног права, овлашћење за наплату хипотекарне суме заснива на личној тражбини, која има да се утврди, дотле је хипотека немачког права независна од личне тражбине и даје имаоцу особено овлашћење на основу самога уписа. Ко је путем преноса хипотеке уписан у баштинским књигама као хипотекарни поверилац, има право да тражи наплату хипотековане суме на основу самог тог уписа, док је у српском праву право наплате из хипотекованог добра условљено постојањем главне или личне тражбине, ради чије је безбедности хипотека била конституисана.

Пренос хипотека олакшан је најзад и издавањем нарочитих *хипотекарних исправа* (Hypothekenbrief) које имају карактер папира од вредности и лако циркулишу из руке у руку. Садржина хипотекарне исправе равна се садржини баштинских књига и зато саобраћај радо прима такве исправе као новчане папире.

Права хипотекарних поверилаца.

1. Право на наплату из хипотекованог добра.

На првом месту хипотекарни поверилац има право да тражи исплату хипотековане суме из добра, на коме је хипотека постојала. То је главно право хипотекарног повериоца, према коме су сва остала права само модалитети, који служе његовом сигурнијем и успешнијем реализању. Ово право на наплату једне суме из хипотекованог добра не постоји у српском праву безусловно. Хипотека као таква не даје право на наплату из једног добра. Право на наплату заснива се на главној или личној траж-

бини. Сваки хипотекарни поверилац може се наплатити из хипотекованог добра само ако утврди постојање личне тражбине, која је хипотеком обезбеђена. У немачком праву међутим има и таквих хипотекарних облика, при којима је ималац хипотеке овлашћен да се наплати из хипотекованог добра већ по том основу, што је његово право било уписано у баштинским књигама, без обзира на постојање личне тражбине и на њену пуноважност.

Право хипотекарног повериоца, да тражи исплату тражбине из хипотекованог добра, је једино управљено на то, да се одређена сума плати. Поред тог права хипотека не даје повериоцу никакво друго овлашћење, ни државину добра, ни у опште право уживања хипотекованог добра ма у којој форми. Право хипотекарног повериоца ограничено је на овлашћење, да се из хипотекованог добра путем продаје наплати износ хипотеке. При томе се наравно претпоставља, да се добро продаје јавним путем, по свима правилима за извршење судских одлука. Поверилац који има хипотеку, дужан је путем спора да утврди обавезу сопственика добра, да исплати суму гарантовану хипотеком. Пресуда судска, кад постане извршном, извршује се продавањем добра на јавној лицитацији. Ако је добро продато на захтев једног хипотекарног повериоца, сматра се да је продаја извршена и на захтев осталих, па се и они измирују из продајне цене и без спора и пресуде, у колико њихове тражбине не би биле оспорене на рочишту пред судом (§§ 91—109 зак. о стеццишном поступку). Кад хипотекарни поверилац не може на основу хипотеке да тражи продају, док не издејствује и извршну судску одлуку, разумљиво је, да о праву хипотекарног повериоца да добро прода приватно, не може ни речи бити. Закон забрањује све уговоре о начину исплате хипотеке, док не дође рок хипотекованој тражбини (§ 843 став II). Такви су уговори ништавни, ако се закључе пре рока хипотеке. Према томе ништаван би био уговор, којим дужник одобрава хипотекарном повериоцу, да приватно прода исто добро, као и уговор, којим се хипотекарном повериоцу уступа право својине, ако хипотека о року не буде исплаћена.

Право на наплату из хипотекованог добра има сваки хипотекарни поверилац. То право имају у осталом и обични повериоци. Неограничена употреба овог права може да доведе до оштећења појединих поверилаца. Тако, ако се продајом добије

само толико, колико је довољно за једног или два хипотекарна повериоца, а за оног, који је тражио продају не остаје ништа, као ни за оне, који би евентуално имали прече право наплате, таква продаја је бесциљна и њу не би требало ни предузимати. Она би само лишила остале хипотекарне повериоце њихове залогe, пошто са јавном продајом сви терети престају постојати. (§ 489 став III Закон о суд. поступку). Да би се такве евентуалности отклониле, установљен је у немачком праву принцип *најмање понуде* (*das geringste Gebot*).¹ Тај принцип значи, да се приликом јавне продаје узима у обзир само она понуда, којом се измирују трошкови око продаје и све оне тражбине, које имају првенство према оној тражбини, ради чијег се намирења добро продаје. Све док се не постигне таква понуда, продаја се не врши. На тај начин поједини хипотекарни повериоци потпуно су заштићени од безобзирних поверилаца, који би им иначе могли уништити залог, а себе било намирити, било не намирити. У српском праву нема таквог прописа о *најмањој понуди*, ма да је ова установа врло добра и корисна. Што се тиче случаја, кад поверилац са бољим рангом тражи продају, повериоци са горим рангом могу да сачувају своја права на тај начин, што ће исплатити његову хипотеку и ступити на његово место. То им се право мора дати, и ако оно ни у Грађанском Законику, ни у Законику о судском поступку није изречно предвиђено.

2. Право првенствене наплате.

Хипотекарни поверилац има на другом месту право *првенствене* наплате из хипотекованог добра, пре обичних или хирограферних поверилаца. Ово право проистиче из појма заложног права у опште. Хипотекарни поверилац није се хтео задовољити општом залогом на целокупној имовини дужниковој, већ је тражио и добио специјалну залог. Та специјална залога састоји се у томе, што је том повериоцу дато право, да се из заложног, хипотекованог имања наплати пре осталих поверилаца. Вршење права првенствене наплате различно је у неколико према томе, да ли на добру постоји само једна или пак више хипотека. Сопственик хипотекованог добра може поред једне постојеће хипотеке да конституише још хипотека, јер му закон то ни у једној одредби не забрањује.

а) Ако на добру постоји само једна хипотека, намирење

¹ Видети § 44 Закона о принудним продајама (*Zwangsversteigerungsgesetz*).

појединих тражбина из продајне цене хипотекованог добра извршиће се на овај начин: Пошто хипотекарни поверилац има првенство то ће се из продајне цене прво намирити његова тражбина. Ако се продајном ценом не може да намири цела тражбина, хипотекарни поверилац има право да се за остатак намири из осталог имања дужниковог, али не као заложни поверилац, већ као обични поверилац.

Да би један хипотекарни поверилац имао право првенствене наплате, потребно је наравно, да има право наплате у опште (право под I) и да му је хипотека пуноважно уписана. То су два факта, која се једино могу обарати од стране обичних поверилаца, да би се право првенствене наплате искључило. За реализање права првенствене наплате сасвим је безначајна ствар, какве је природе тражбина, гарантована хипотеком. Исто тако је без значаја, кад је тражбина заснована, као и кад је хипотека одобрена и уписана. Хипотекарни поверилац има прече право наплате од обичних поверилаца и у случају, кад је тражбина његова доцнијег датума, само ако је хипотека уписана.

Право хипотекарних поверилаца, да се наплате првенствено из хипотекованог добра, није апсолутно. То значи, да се хипотекарни поверилац неће намиривати баш први, пре свих обичних поверилаца. Има наиме извесних тражбина, које се измирују из хипотекованог добра пре тражбина хипотекарних поверилаца. То су *привилегисане* тражбине, које по самом закону имају првенство, пре тражбина хипотекарних поверилаца. То право првенствене наплате дато је њима с обзиром на извесне моменте, као квалитет тражбине, важност њена и т. д., који чине, да те тражбине треба на првом месту измирити. Привилегије имају у том погледу извесне сличности са хипотекама, али међу њима постоје и знатне разлике. На првом месту привилегије ствара сам закон; њихов основ је законска одредба, док се хипотеке по правилу заснивају на уговору, а тек изузетно на закону. На другом месту привилегија даје своме имаоцу обично само право првенствене наплате, а тек изузетно и право следовања — у српском праву привилегије немају право следовања — док хипотека спаја у сваком случају и право првенствене наплате и право следовања.

Грађански Законик не садржи прописе о привилегијама, оне су побројане у другом једном закону, у § 8 Закона о стец. поступку.

б) Ако на хипотекованом добру постоји више хипотека, онда све те хипотеке треба да буду измирене пре обичних или хирограферних поверилаца. Што се тиче њиховог односа између себе, ту важи принцип првенства. Раније уписана хипотека исплаћује се пре доцније уписане хипотеке. *Prior tempore, potior jure* (§ 330 и т. XVII Интаб. Уредбе).

Шта ће бити у случају, кад су две хипотеке уписане истога дана, т. ј. кад су молбе за упис поднете истог дана? Како ће се одредити међусобни ранг тих хипотека? Пошто се у начелу као јединица времена сматра дан, јер се деловодни протоколи воде по данима, узеће се, да су те хипотеке уписане у исто време и да имају исти ранг. То значи, да се тражбине, осигуране таквим хипотекама, исплаћују једновременно, а ако не би достајало за обе тражбине, оне би се измириле у размери својих износа. Грађански Законик није био предвидео тај случај, па је накнадно он расправљен у горњем смислу Интабулационом Уредбом (тачка XVII, став 3.).

За међусобни однос хипотека у српском праву је меродаван дан уписа. Пређутне хипотеке не конкуришу у овом случају са уписаним хипотекама, пошто женина законска хипотека за обезбеду мираза, ако се не упише, даје право првенства само према обичним повериоцима, а не и према заложним повериоцима. Што се тиче државине привилегисане хипотеке за порез, она је без обзира на дан постанка преча од свих уписаних хипотека.

3. Право следовања.

Треће важно право, које има хипотекарни поверилац поред права првенствене наплате, познато је под именом *права следовања*. То је право повериоца, да се наплати из хипотекованог добра, без обзира у чију је сопственост оно прешло. Право следовања је један од битних елемената хипотеке. Без права следовања безбедност тражбине хипотекарног повериоца лако би могла доћи у питање. Дужник би могао отуђити добро и тиме уништити залог хипотекарног повериоца. Само право првенствене наплате није у стању да заштити тражбине хипотекарних поверилаца, и с тога је, у накнаду за то, што хипотековано добро остаје у државини дужниковој, повериоцу дато право да се наплати из хипотекованог добра увек, без обзира у чију је својину оно прешло.

Право следовања врши се према трећим лицима, на првом

месту према прибавиоцима непокретног добра. Док се добро налази у својини дужниковој, безбедност тражбине довољно је осигурана правом првенствене наплате. Али чим дужник буде отуђио добро, право следовање постаје од неоцењиве вредности за хипотекарног повериоца. Поред случаја потпуног отуђења хипотекованог добра, право следовања примењује се и кад само један део добра буде отуђен. Хипотека се простире на тај отуђен део већ и по томе, што је недељива. Право следовања примењује се даље и кад се не пренесе право својине, већ се конституише само право ужитка на хипотекованом добру. Таквим правом ужитка исцрпљује се садржина права својине и зато је несумњиво, да се никакав ужитак не може конституисати на штету већ прибављених хипотекарних права. Ово важи и за ограничене ужитке: право употребе и право становања. Сумње може бити у случају сукоба једне стварне службености са хипотекарним правом. Тада не треба применити строгог принципа првенства и решити, да према хипотекарним повериоцима све конституисане стварне службености не важе. Правичније је узети, да обичне службености, којима се не утиче на вредност хипотекованог добра, важе и према хипотекарним повериоцима.

Грађански Законик говори о праву следовања и последицама његовог вршења у §§ 327 и 328. Први пропис гласи: „Кад је дуг какав у књиге судске уведен, и на непокретно чије добро уписан или убаштињен (интабулиран), он је онда тако за оно непокретно добро везан, да ово свагда за подмиривање истог дуга служити мора, без призрења на особу, чије је или у чијим се рукама налази исто добро“. Други пропис гласи: „Ако се такво, под баштинском залогом налазеће се добро на другом пренесе, то оно и дуг уписани за собом носи. Ко такво добро исплати, а не мотри, да ли дуга на њему убаштињенога (интабулираног) нема, сам себи нека припише, кад исти дуг плаћати буде морао“. Из ова два прописа види се, да право следовања не утиче ни у колико на овлашћење сопствениково, да хипотековано добро отуђи. Право својине постоји и поред хипотеке и може се пренети на другог, али то право својине има сад мању вредност и мањи обим, но у случају, кад није било хипотека. Сопственик добра, на коме постоје хипотеке, неће приликом продаје добити ону цену, коју би добио, да добро није хипотековано. Од цене добра одбиће купац ону суму, на коју гласе хи-

потеке, јер ће сад обавеза исплате тражбина из вредности хипотекованог добра услед права следовања лежати на купцу.

Да би хипотекарни поверилац имао право следовања, није довољно само то, да је хипотека уписана и да је упис правилан, већ се захтева сасвим појмљиво, и да је упис извршен пре него што је добро отуђено. У немачком праву ово се по себи разуме, да се једном стварном праву могу истаћи само она стварна права, која су се пре њега уписала. И у српском праву, према §§ 327 и 328 очигледно је да право следовања претпоставља, да је хипотека уписана пре него што је извршен пренос својине. Није довољно за вршење права следовања, да је сопственик одобрио хипотеку и да је она у опште уписана, већ се тражи безусловно и то, да је упис извршен за време док је дужник био сопственик.

На основу права следовања хипотекарни поверилац има могућности да се наплати из хипотекованог добра, и ако се оно не налази више у својини првобитног дужника, а на основу тражбеног права, које је хипотеком обезбеђено, он може да тражи наплату и од личног дужника. У римском праву однос између та два овлашћења био је, услед потпуне зависности хипотекине од главне тражбине, тако уређен, да је поверилац на првом месту имао да тражи наплату од личног дужника, па тек онда од стварног. Јустинијан је у 4. новели, доданој кодексу, дао хипотекарном дужнику, кад је он био различан од личног дужника, т. зв. *beneficium excussionis personalis*, т. ј. право да захтева, да се наплата изврши из имања личног дужника. Тек у случају немогућности такве исплате био је дужан хипотекарни дужник, да исплати тражбину. У германском праву, услед самосталне природе хипотекарног права, владало је сасвим супротно схватање. За дуг је одговарало само заложено добро, тако да је тражбина престајала, ако се из заложеног објекта није могла намирити. За постојање заложног права није се тражио као услов то, да постоји и једна лична тражбина, која се залогом обезбеђује. Право на наплату из заложеног објекта постајало је самостално и имало је своју особену садржину. Тек услед рецепције римског права узело се да и лична одговорност постоји, али само за онај мањак (*Ausfall*), који би се појавио приликом наплате из добра. Интересантна је и одредба пруског права (*Preussisches Allgemeines Landrecht I, 20 § 46*), да хипотекарни дужник, ако је у исто време и лични дужник, има право да тражи, да се наплата тражбине врши прво из заложеног добра.

Данашње немачко право даје хипотекарном повериоцу овлашћење, да бира, од кога ће прво тражити наплату, од личног или стварног дужника, ако су то два разна лица. У српском праву није то правило нигде изречно изражено, али је ипак несумњиво, да право хипотекарног повериоца из §§ 327 и 328 Грађанског Законика, да тражи намирење тражбине из хипотекованог добра, ма у чијим се рукама оно налазило, није условљено тиме, да се од личног повериоца исплата није могла добити. О томе нема ни помена у горњим прописима, тако да је сасвим логично узети, да и по српском праву хипотекарни поверилац може да бира, да ли ће се користити одмах правом следовања и тражити наплату из хипотекованог добра, или ће прво покушати да се намири од личног дужника. Лични дужник и хипотекарни дужник појављују се према хипотекарном повериоцу као солидарни дужници, тако да хипотекарни поверилац има право избора, од кога ће од њих тражити наплату тражбине. Што се тиче самог односа између личног и стварног дужника, тај се однос у начелу не тиче ништа хипотекарног повериоца. На основу тог односа обично је један само од њих обавезан, да хипотекарни дуг плати, тако да ако случајно онај други буде принуђен да плати, услед избора од стране хипотекарног повериоца, он ће имати наравно право на накнаду штете од правог дужника.

У српском праву нема случајева, у којима би прибавилац једног хипотекованог добра могао избећи право следовања хипотекарних поверилаца. Услед јавности свих терета прибавиоци ће махом бити упознати са њима, па ће приликом прибављања добра одбити од продајне цене оне суме, које ће дужни бити да исплате хипотекарним повериоцима. Француско право међутим допушта један изузетак од правила, да се хипотека може у првом реду реалисати вршењем права следовања. Наиме у случају генералне хипотеке, кад је безбедност једне тражбине гарантована хипотекама на неколико добара, па једно од тих добара буде отуђено, прибавилац тог добра може у извесним случајевима избећи право следовања. То ће бити онда, кад хипотекарни поверилац затражи исплату хипотеке баш од њега. Прибавилац добра може таквом захтеву да истакне нарочити приговор, *exception de discussion*, т.ј. да изјави, да лични дужник има још добара, која се налазе још у својини личног дужника, па тек ако се не може измирити цела тражбина, тек тада се може тражити наплата и из отуђеног добра (art. 2170). У ствари ни

овде се не негира право следовања, јер оно и даље постоји, али се његово вршење у интересу правичности ограничава, тако да се практички долази готово до потпуног паралисања права следовања.¹

4. Права хипотекарног повериоца у случају квара и погоршања вредности хипотекованог добра.

Хипотекарно право у начелу не даје повериоцу никакво непосредно право на ствари. И после хипотековања добро остаје у државини дужниковој, који са њим управља и даље по својој вољи. Али право својине сад је у неколико ограничено. Сопственик може и даље извлачити привредне користи из добра, али мора водити рачуна о томе, да се његовим уживањем не доводи у опасност тражбина хипотекарног повериоца. Ову идеју највише је развило немачко прхво, које даје хипотекарном повериоцу нарочиту тужбу у случају погоршања заложног добра. Два су случаја предвиђена:

а) Ако је већ наступио квар ствари и услед тога је вредност веома смањена, тако да је сигурност хипотеке доведена у питање, хипотекарни поверилац има право да одмах тражи исплату хипотеке, и ако јој рок још није дошао (§ 1133). При томе се не пита, да ли је квар наступио кривицом сопственика или не. Поверилац је само дужан да претходно одреди сопственику извесан довољно одмерени рок, да изврши оправку и квар уклони, или иначе хипотеку обезбеди. По истеку тог рока он може да тражи исплату хипотеке.

б) Ако сопственик добра или неко треће лице тако неповољно утиче на хипотековано добро, да предстоји опасност оштећења, има хипотекарни поверилац, према § 1134 право, да нарочитом стварном тужбом тражи, да се престане са таквим радом. Тужба има за предмет забрану таквог рада са захтевом, да се по потреби он и влашћу спречи, односно да се одреди нарочита новчана казна у случају прекорачења забране.

У српском праву хипотекарни поверилац нема ово право под 2), већ има једино једно право слично оном под 1), а то је право, да у случају квара и умањења вредности добра тражи другу земљу, т. ј. допуну залоге. О томе говори § 316 који гласи: „Ко има право залоге, па би се показало, да је вредност залоге, т. ј.

¹ О другом сличном приговору, *exception de garantie*, који није од опште важности, видети *Planiol*, t. II, p. 961.

заложене ствари тако малена, да се дуг из ње намирити не може, онда тај има право искати од свог дужника другу довољну залогу за свој дуг“. У овом пропису не говори се о томе, услед чега је вредност залогa смањена, тако да у том погледу треба изједначити и случајни квар и погоршање без кривице дужникове, као и намерно тако руковање са добром, којим се вредност добра знатно смањује. Хипотекарни поверилац има само право, да тражи допуну залогa. Величину допуне по потреби одређује суд. Што се тиче права, тражити одмах исплату хипотеке, о том праву хипотекарног повериоца не говори Грађански Законик, па му се то право не може ни дати.

Престанак хипотеке.

Основни принцип данашњег хипотекарног права је, да се хипотека прибавља једино *уписом* у јавне књиге, и обрнуто, да се губи и да престаје тек *исписом* из истих књига. Тај принцип у погледу престанка хипотеке изведен је до крајности само у оним правима, која допуштају заснивање хипотеке као самосталног и од личне тражбине независног права, као што је то случај у немачком праву. У систему српског права, по коме је хипотека само једно споредно право, по својој природи одређено само да гарантује друго једно главно, тражбено право, у том систему горњи принцип има потпуну важност само код уписа хипотеке, док је код исписа хипотеке његов значај далеко мањи. Испис хипотеке је једини начин престанка хипотеке само у случају одустанка од хипотеке, кад се лична тражбина задржава, а одустаје се од специјалне залогa, дате у облику хипотеке. Иначе хипотека може да престане постојати и пре но што буде из књига исписана. Тај ће случај бити увек, кад тражбина, која је хипотеком огарантована, буде измирена. Према томе прописи §§ 329 и 911 Грађ. Законика, по којима хипотека постоји све док се редовним путем не испише из интабулационих књига, имају само формално правни значај. Они се никако не могу тако тумачити, да хипотека *увек* правно постоји све дотле, док се не испише из књига, специјално и онда, кад тражбина, која је хипотеком обезбеђена, престане постојати. Такво схватање било би противно природи српског хипотекарног права, које је кроз цео институт хипотеке спровело начело акцесорности.

Имајући у виду тај принцип акцесорности хипотеке, могу се сви случајеви престанка хипотека поделити у две групе: 1.

хипотека престаје услед престанка главне тражбине; и 2. хипотека престаје независно од тражбине. Трећи случај теориски могућ био би, кад би тражбина престала постојати, а хипотека да и даље важи. Овом трећом евентуалношћу није се забавио Грађански Законик, и правилно судећи изгледа да она није ни могућа у српском праву.

1. Престанак хипотеке услед престанка тражбине.

Редовни и најчешћи случај престанка хипотеке јесте, кад тражбина, која је хипотеком обезбеђена, буде измирена. Хипотека као споредно право везана је за судбину главног права. *Accessorium sequitur principale*. Испис хипотеке, који је према §§ 329 и 911 Грађ. Законика потребан за дефинитивни престанак хипотеке, има у случају, кад тражбина буде исплаћена, само формални значај. Материјално хипотека више не постоји и на то се може сваки поверилац позивати.

Нарочити случај престанка главног дуга је застарелост тражбине гарантоване хипотеком. Редовна застарелост износи за облигације према § 928 ж) двадесет и четири године, док за извесне обавезе постоје краће застарелости. Код питања, да ли хипотека престаје постојати, чим застари тражбина, код тог питања постоје два различна система: француски систем, заснован на идејама римског права о акцесорности хипотеке, и немачки систем у духу самосталности хипотекарног права. У француском праву, чим застари тражбина, самим тим престаје постојати и хипотека, којом је та тражбина била обезбеђена. Французи називају такав престанак *extinction par voie de conséquence*, и у опште не дискутују о томе, да ли хипотека може да преживи личну, застарелу тражбину.¹ У немачком праву застарелост тражбине нема утицаја на право заложног повериоца, да се наплати из заложног добра. „Die Verjährung eines Anspruches, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen“ (§ 223). Како се пак по немачком баштинском праву права у у баштинским књигама уписана у опште не могу изгубити застарелошћу, то је положај хипотекарних поверилаца врло повољан.

Што се тиче српског права, оно није нарочито предвидело ово питање и зато је правилније узети, да застарелошћу тражбине престаје и хипотека и да хипотекарни поверилац не може

¹ *Planiol*, t. II, p. 1012 et suiv.

тражити наплату из имања дужниковог. Српско право усвојило је, као и француско право, начело акцесорности хипотеке и зато је сасвим логично примити исту солуцију, коју је усвојило и француско право. Грађански Законик садржи истина једну одредбу, која као да говори против оваког решења. То је § 936 који гласи: „Докле поверилац залогу у рукама има, не може изгубити право, да своју залогу искупи. Но залога не спречава ток застарелости, у колико се поверилац не би могао из залогe намирити“. Као што се види из овог прописа, код заложног права на покретним стварима српско право сматра, да заложно право и даље постоји, пошто главна тражбина већ буде застарела, и не примењује строго начело акцесорности заложног права. У § 936 мисли се само на покретну или ручну залогу, и о томе не може бити сумње. За хипотеку не постоји сличан пропис, па како је ово један изузетак од општег начела о акцесорној природи заложног права, треба га тумачити лимитативно.

2. Престанак хипотеке независно од личне тражбине.

1. Један од ређих случајева престанка хипотеке независно од тражбине, која је хипотеком обезбеђена, је кад хипотековано добро сасвим пропадне, кад га тако рећи нестане.

2. Хипотека престаје независно од тражбине и онда, кад се поверилац одрекне свог права на хипотеку. Форму, у којој треба да буде учињена та изјава о одрицању, није прописао Грађански Законик, али је правилно узети, да се одустанак може изјавити само у оној форми, у којој се даје и пристапак на хипотеку.

3. Кад је хипотека стављена условно, па предвиђени услов не буде испуњен, онда и хипотека престаје важити и сматра се као да није ни била стављена. Исто тако, ако је хипотека била стављена за исвесно одређено време, по истеку тог времена престаће важити, и ако лична тражбина и даље постоји.

4. Хипотека престаје и онда, кад се добро експроприше и постане јавним добром, које се повлачи из приватно-правног саобраћаја. Наравно, да се право хипотекарних поверилаца простира у таквом случају на ону суму, која је одређена као накнада за одузето добро.

5. Хипотека престаје и онда, кад се хипотековано добро изложи јавној продаји за рачун приватних поверилаца. Купац добра на јавној продаји добија добро слободно од свих терета,

који се по званичној дужности исписују из интабулационих књига (§ 489 став III Грађ. Суд. Поступка).

6. Хипотекарно право може се изгубити и застарелошћу, независно од застарелости главног права. Грађански Законик говори о застарелости хипотекарног права у § 930а, по коме се сва права губе за двадесет и четири године, ма била и у књигама уписана, ако се само за то време не употребе. У пракци ће ретки бити случајеви, да хипотека застари независно од тражбине, јер и тражбина застарева за двадесет и четири године, односно за извесно краће време, тако да ће махом наступити застарелост и тражбине. Међутим сасвим је могуће, да тражбина, услед прекида застарелости давањем отплата не застари, а да само хипотекарно право застари.

II. ЗАЛОЖНО ПРАВО НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА.

А) Заложно право на стварима.

Књижевности: Dernburg, Das Pfandrecht, 2 Bände (1860, 1864); v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts (1899); Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach oesterreichischem Recht (1897).

1. У опште о заложном праву на покретним стварима.

Покретна залога или ручна залога постоји онда, кад се повериоцу уступи право, да се у случају неиспуњења тражбине може намирити из једне одређене покретне ствари, за коју се каже, да је дата у залогу. То давање у залогу покретних ствари вршило се у класичном римском праву¹ простим уговором без икаквог другог акта. Заложно право на покретностима, као и на непокретностима прибављало се на основу простог споразума странака о заснивању заложног права на одређеној ствари. Па не само то. Римско право је ишло тако далеко, да је, примењујући хипотеку и на покретне и непокретне ствари, допуштало заложним повериоцима и право следовања на основу само уговором стеченог заложног права. У германском праву, и поред рецепције римског права, није се могла одомаћити та практика, тако да се германско право држало верно свог принципа, који је у осталом постојао и у старијем римском праву, да је за прибављање и имање залоге потребна и државина ствари, да је другим речима потребно, да се ствар преда повериоцу. Си-

¹ Др. Л. Марковић, Хипотекарно право, стр. 8—12.

стем германског права знатно је ограничавао оне користи које се очекују од заложног права, пошто је залагач морао чинити велику жртву — одвојити се од државине ствари и предати ствар повериоцу. Залагач се тиме лишавао оне користи, коју даје државина ствари. Али је зато овака залога давала заложном повериоцу потпуну сигурност, да ће му тражбина на време бити измирена. Залога без државине ствари није могла пружити ту безбедност повериоцу, без које он није био вољан да свој новац, своје капитале повери другоме на руковање.

Пруско право је покушало да ублажи незгодну страну залог са државином ствари, па је у извесним случајевима допуштало само симболичку предају, т. ј. у место стварне предаје било је довољно ставити само неке знаке, којима би се обележавало, нарочито с обзиром на трећа лица, да је односна ствар заложена. Овај пут је донекле отклонио ону слабу страну германског принципа, али је то олакшање само до извесне границе могло ићи (Pr. All. L. I, 20, § 271).

Модерно право није могло ни смело, с обзиром на развијени саобраћај и на потребу обезбеђења тражбина, ићи тим путем и даље, већ се задржало на ранијем принципу, да је код покретних ствари заснивање залог везано за предају ствари. Сам уговор о залози, ма у којој форми он био закључен, није био довољан за прибављање заложног права. Такав уговор производио је само тражбене односе. Тек са предајом ствари заснивало се стварно заложно право. Ово начело изражено је и у српском праву, у § 307 Грађанског Законика.

Заложно право на покретним стварима је увек акцесорно право. Оно редовно претпоставља тражбину, која се заложним правом има да обезбеди. Док код хипотеке у модерном праву постоје и изузетни облици, при којима се заложно право истиче као главно и самостално право, дотле код ручне залог тих облика нема, не само у српском праву, већ ни у модерном праву. У § 306 прва реченица стоји: „Свака залога претпоставља дуг“. То начело значи не само то, да се заложно право не може засновати без тражбине, која се залогом има да обезбеди, већ и то, да је за даље постојање залог меродавна та околност, да ли постоји и тражбина. Изузетак из § 936 у ствари није изузетак и о њему ће бити говора у одељку о престанку залог.

2. Предмет заложног права.

Код залог на покретним стварима правило је, да свака ствар, која по својим особинама може да послужи оном циљу,

који се залогом хоће да постигне, може бити предметом залоге. Другим речима предметом залоге може бити свака ствар, која има имовинске вредности и која допушта трајно чување без опасности по егзистенцију ствари. Према томе издвајају се све доцбе, дипломе и такве исправе, које немају имовинске вредности за свакога. Оне могу бити предметом *jus retentionis* (Zurückbehalterungsrecht), *права задржавања*. Ово проистиче из природе залоге, како је она одређена у § 304, јер само тако се поверилац може намирити из залоге, ако ова има имовинске вредности.

И потрошне и замењиве ствари могу бити предметом залоге, у колико имају трајнију вредност. Збирне ствари (§ 191) могу такође бити предмет залоге. Немачко право допушта и залагање идеалног дела ствари, па не постоји никакав разлог за забрану такве залоге у српском праву. Заложни поверилац би у таквом случају добио судржавину ствари и имао би у главном сва она права из заједнице, која иначе припадају сопственику. Кад дође рок тражбини, заложни поверилац би имао да бира између ове две евентуалности: или да удео као такав изложи продаји и из продајне цене се намири, или да тражи раскид заједнице и издвајање сусвојинског дела, па онда да тај реални део изложи продаји.

3. О тражбинама које се залогом обезбеђују.

Пуноважност заложног права условљена је пуноважношћу тражбине, која се залогом обезбеђује. Сама тражбина може по својој природи бити или новчана тражбина, или таква тражбина, која се може у новац преобратити. Она може бити и *будућа* или *условна* тражбина, само што у таквом случају поверилац се може намирити из залоге тек од тренутка, кад се тражбина претвори у безусловну или садању облигацију.

Ако је тражбина ништавна, ништавно ће бити и заложно право. Ако је тражбина само оборљива, пуноважност заложног права зависиће од тога, да ли ће онај, који има право на то, тражити да се тражбина поништи или не.

Ако је тражбина једна *природна* тражбина (*obligatio naturalis*) — а такве су *застареле* тражбине — и она се може залогом обезбедити.

Што се тиче приговора, које би лични дужник имао према тражбини, ти се приговори наравно могу истицати и према за

ложном праву. Заложно право је само једно споредно право, на које се односи све оно, што важи за главно право. Те приговоре може да истиче сам лични дужник, или и реални дужник, ако је он различан од личног дужника.

У немачком праву има заложни дужник у случају кад је он једно лице различно од личног дужника, право на приговоре, које јемац према § 770 може истицати (§ 1211). То је право заложног дужника да одбије исплату тражбине зато, што лични дужник може ту тражбину као оборљиву (*anfechtbar*) да огласи за ништавну; или све док поверилац може да се намири пребијањем са дугом, који он има према личном дужнику. У српском праву се и ова два приговора могу слободно дати заложном дужнику, кад на њих има право и лични дужник.

У § 1211 став II немачког законика предвиђено је правило, да заложни дужник не губи право на приговор, ако би се лични дужник одрекао тога права. И ово правило као сасвим умесно може се примити за српско право, јер стоји у сагласности са општим начелима.

4. Прибављање заложног права.

а) Заложно право је по својој природи акцесорно право, које претпоставља увек егзистенцију једног главног, тражбеног права. Али свака тражбина у начелу не даје и право на залог. Самим тим што поверилац има тражбину према једном одређеном дужнику, самим тим он нема и право на специјалну гаранџију у виду залог. У § 300 је то правило изречно предвиђено, да сваки дуг не води за собом право на залог. Поред тражбине потребно је и постојање нарочитог правног основа за стицање заложног права. Ти су основи побројани у § 306 други део, који гласи: „Ово право (заложно) мора бити или већ законом опредељено, или на уговору или последњој вољи господара засновано, или тек пресудом судском добивено“. Као што се види, поред уговорног заложног права постоји и законско заложно право, као и пресудом судском прибављено заложно право. Што се тиче законских заложних права, она постоје као што и само име њихово показује, на основу закона. Пример за законско право залог пружају § 686, који говори о заложном праву закупадвца на стварима закупчевим или кираџијиним, унетим у добро, и § 59 Трговачког Законика о заложном праву у корист комисионара на еспапу датом у комисион, а за обезбеду

тражбина, које би комисионар имао према комитенту у погледу тог еспапа.¹

На пресуди судској засновано заложно право постоји у случају деобе путем изборних судова, кад се пресудом изборног суда конституише заложно право у корист једног учесника деобе. Заложно право засновано на изјави последње воље у ствари се изједначаје са уговорним заложним правом. Пристанак дужников на давање залоге може се изјавити и једним актом последње воље, тако да правила о уговорној залози важе и за тестаменталну залогу.

Грађански Законик није споменуо у § 306 оно заложно право, које се прибавља пописом ствари, а ради извршења судских одлука. Према § 469 зак. о грађ. суд. поступку пописане ствари сматрају се од дана пописа као законска залога онога повериоца, за чији је рачун попис вршен. За ово пописом прибављено заложно право има се дакле узети, да је оно једно законско заложно право, јер постоји на основу самог закона. И за ово заложно право важе у начелу прописи о уговорном заложном праву, у колико Грађански Поступак не би садржавао супротна каква правила.

б) За прибављање заложног права на покретностима путем уговора важи основни принцип, да није довољан споразум странака о заснивању залоге, већ је за стицање залоге потребна и предаја ствари заложном повериоцу. У § 307 став I изречно се каже: „Покретна ствар онда је у залози, кад је управо предана већ...“ Без државине ствари нема ни залоге. Овакав систем има и немачко право, које се трудило да *предају, традицију* ствари нарочито олакша. Српско право захтева исту онакву предају, каква је потребна за прибављање својине на покретним стварима. У § 308 каже се изречно, да је предаја или симболичка, или права, из руке у руку. Ако се ствар већ налази у државини заложног повериоца, онда је свака предаја излишна. Заложно право прибавља се тада самим споразумом странака (*traditio brevi manu*). У § 1205 немачког гр. зак. је то изречно предвиђено. У српском праву се такође примењује овај принцип, као сагласан са природом односа. Други случај, кад је код прибављања својине непотребна предаја т. зв. *constitutum possessorium*, нема примене у заложном праву. Исто тако не примењује се ни правило не-

¹ *Dr. Драг. Аранђеловић*, Законско заложно право давалаца под књижу и закуп (Бранич IX, стр. 3); *С. Радојичић*, Основи Трговачког Права (1912) стр. 181

мачког права (§ 1205 став II), да је за залог у ствари, која се налази у посредној државини сопствениковој, довољан пренос те посредне државине на заложног повериоца и извештај непосредном држаоцу о залагању.

Изузетак постоји само код ствари чија се својина доказује папиром једним. Тада је за пуноважно залагање довољна предаја папира у место предаје ствари.

Немачко право у тежњи да олакша залагање ствари поставило је у § 1206 принцип, да за прибављање заложног права није безусловно, да се изврши предаја, да се ствар да у искључиву државину заложном повериоцу, већ је довољна и *суддржавина*, било на тај начин, што се и заложном повериоцу повери учешће у заједничкој власти на ствари (на пример један кључ му се да), било што се ствар остави код трећег лица али тако, да се само обојици, т. ј. сопственику и заложном повериоцу може вратити натраг. И ако Грађански Законик не поставља овако правило, ипак изгледа боље и у таквом случају допустити пуноважно заснивање заложног права. Главно је, да се залога налази у фактичкој власти повериоцевој, да се не може отуђити ни уништити без његова знања и одобрења, а то је у овом случају несумњиво испуњено.

в) За пуноважност заложног права тражи се осим ових услова: споразум странака и предаја ствари, још и то, да је залагач био сопственик ствари, коју је дао у залог у. У § 314 садржано је то правило које важи и за покретну и непокретну залог у. Овај захтев српског права је доследна примена оног строгог начела, да нико не може уступити оно, што и сам нема. Такво начело истиче Грађански Законик и код прибављања својине на покретним стварима. Немачко право међутим, као и француско право, више води рачуна о саобраћајним потребама и допушта да се пуноважно прибави својина и онда, кад преносилац у ствари није сопственик, само ако је прибавилац савестан, т. ј. ако му то није познато. У српском праву само изузетно може прибавилац постати сопственик, и ако преносилац то није био, на основу саме предаје. О тим изузецима говори § 221, који је раније објашњен.

Да ли се ти изузеци, у колико би се по својој природи могли у опште применити на прибављање заложног права, смеју применити и на залог у? Практички би овде дошли у питање само други и трећи случај из § 221, а саме, кад је залагач тр-

говац или занатлија, а залаже ствари које сам продаје односно производи, или пак кад је залагачу сопственик био поверио ствар у ма ком виду, па он злоупотребом тог поверења заложитвар. И ако у глави VII, која говори о залози нема сличног наређења, као у глави VIII (§ 342), да се заложно право прибавља истим начином, као и својина, ипак је доследно применити § 221 и на залог, зато што су фактички правила о прибављању заложног права скоро идентична са оним о прибављању својине. *Ratio legis* је исти и код прибављања својине и залог.

Кад је заложно право на туђој ствари ништавно, појављује се питање, ко ће заложном повериоцу да накнади штету коју би он претрпео тиме што мора ствар да врати њеном власнику. У § 314 стоји, да заложни поверилац има право да тражи накнаду од заложноца. Да ли заложни поверилац може тражити од власника ствари да му накнади ону суму коју је дао на подлози залог. У § 314 стоји само то, да заложни поверилац има право на накнаду од залагача, а не каже се да нема право да тражи повраћај датог. Кад савесни држалац ствари има право на повраћај цене према §§ 204 и 220, онда треба то право дати и савесном заложном повериоцу. Јер и заложни поверилац је *држалац* и то *држалац права залог* према техници српског права, па се логички има применити и на њега пропис § 204. Овако решење је практично, с обзиром на то што српско право у врло уском обиму допушта прибављање права од несопственика.

г) Грађански Законик не помиње одржај као начин прибављања заложног права. У § 306 у коме су изложени основи прибављања права залог не помиње се застарелост. Да ли онај ко је држао три године савесно једну ствар као залог, прибављања пуноважно заложно право на основу одржаја, и ако залагач није био сопственик ствари? Пошто ни у глави IV (3. део) о застарелости нема прописа о прибављању заложног права застарелошћу мора се закључити, да таквог прибављања не може бити по Грађанском Законику. У § 928 предвиђа се само прибављање својине, а не и заложног права. Према томе, ако је залогу конституисао несопственик, ни застарелошћу се не може прибавити пуноважно заложно право. Неки нарочити разлог за ово одступање у ствари не постоји и боље би било изједначити у овом питању заложно право са осталим стварним правима на туђој ствари.

5. О вишеструком залагању.

Услед правила, да се заложно право на покретним стварима прибавља тек са предајом ствари повериоцу проистиче, да је вишеструко залагање знатно отежано, али не да је и онемогућено. Залагање је допуштено и тако, да се повериоцу уступи само посредна државина, т. ј. да се ствар преда нарочитом чувару, који ће је држати за оба лица. Случајеви оваки су, кад се у депоу код банкара налазе ствари, обично драгоцености или хартије од вредности, и то као залога и банкарева и других поверилаца. Вишеструко залагање је често код пописа покретних ствари за рачун више поверилаца, кад се ствар предаје једном лицу (стараоцу) на чување. У таквом случају одређује се и нарочити ранг тим залогама, т. ј. утврђује се ред, којим ће се повериоци намиривати из залоге. Ранг се одређује према времену заснивања заложног права, према принципу *Prior tempore potior jure* (§ 330) без обзира на то, да ли је у питању једна условна или будућа тражбина, која тек има да постане пуноважном тражином.

6. Обим заложног права.

1. Залогом се обезбеђује не само исплата главне тражбине, већ и других споредних тражбина, које су потицале из те главне тражбине.

Од споредних обавеза залога одговара на првом месту за интерес законски и уговорни, за интерес услед доцње, као и за евентуалну накнаду штете. Даље за све трошкове око продаје залоге. У немачком праву одговара и за трошкове око одржања ствари. У српском праву заложни поверилац је дужан да одржава ствар у исправном стању и ти трошкови падају њему на терет сем у случају супротног споразума.

Залога је одговорна и за свако проширење обавезе, под условом наравно, да је залагач у исто време и лични дужник. Иначе лични дужник нема право да једностраним актом, правним послом, без учешћа залагачевог проширује његову обавезу.

2. Код обима заложног права у погледу предмета залоге вреди поменути ова правила: На првом месту залога је недељива. Она одговара у целини својој за дуг, све док исти сасвим не буде измирен. Ако се подели тражбина, за сваки део одговара цела ствар. Ако је више ствари заложено, свака од њих одговара за целу тражбину. На другом месту заложно право обу-

хвата по правилу и право на производе и плодове ствари, у колико они не би били одвојени од ствари. Са одвајањем наравно та одговорност престаје (§ 315). Према томе ако су предмет залогѣ папири од вредности са каматним или дивидендним купонима, заложни поверилац мора да уступи купоне залагачу, пошто се код грађанских плодова долазак рока изједначује са одвајањем природног плода од главне ствари. Ово је правило диспозитивне природе и може се и друкчије уговорити.

7. Обавезе заложног повериоца.

1. На првом месту заложни поверилац — залогопримац — је дужан, да заложену ствар чува, и да се стара о њеном одржању. Он се мора старати и да се ствар не изгуби или уништи, као и да се не поквари и у опште изгуби од своје вредности. У § 317 изречена је та обавеза заложног повериоца и прописано је, да заложни поверилац одговара за сваку штету, коју би ствар претрпела његовом *кривицом* (*Verschulden*) или *небрежењем* (*culpa, Fahrlässigkeit*). Само ако би ствар сасвим случајно пропала, или би се покварила, не постоји никаква одговорност. Из овог последњег правила види се, да заложни поверилац одговара за сваки нехат, дакле за *culpa in abstracto*. То се види и из речи § 317, да заложни поверилац мора ствар „позорљиво“ чувати, што значи, са особитом пажњом.

2. Друга је обавеза заложног повериоца, да се пасивно понаша према ствари, да је не употребљава, нити да извлачи икакве користи из залогѣ. Он се не сме служити са ствари већ је мора једино чувати. То правило изречено је у § 318 у коме је прописано и то, да странке могу и другачије уговорити, т. ј. да се може уговором уступити заложном повериоцу и право да употребљава и да се служи са ствари. Кад такво право није нарочито уговорено, оно по Грађанском Законику не постоји, и ако се заложни поверилац користи стварју, одговара за штету. И у овом и у претходном случају истиче се питање, да ли залагач има у случају кад заложни поверилац не буде испуњавао своје обавезе још какво право, право на спречавање таквог држања, сем права на накнаду штете. Грађански Законик не садржи никакве одредбе о томе, тако да се мора узети, да залагач нема никакво друго право, У немачком праву (§ 1217) залагач је овлашћен у таквом случају да тражи, да се ствар депонује код власти, или ако је незгодна за депоновање, да се преда

једном од стране суда одређеном лицу на чување. Даље има залагач и право да откупи одмах залогу, а ако рок тражбини још није дошао, а она не носи интерес, по одбитку интереса за међувреме.¹

3. Заложни поверилац дужан је, по престанку заложног права, да врати ствар дужнику или залагачу. У § 325 предвиђен је случај, да дужник *исплати* дуг, па је стављено у дужност заложном повериоцу, да залогу врати натраг. Ово правило треба схватити као опште правило, да у сваком случају престанка заложног права, та обавеза повраћаја залоге постоји, сем ако није залога пропала. Повраћај се врши не по својинском основу, који је такође допуштен, већ по тражбеном основу, на основу уговора о залози, пошто је тај пут погоднији и простији. Што се тиче модалитета повраћаја ваља знати, да залагач мора сам да однесе ствар, да дође и да је узме. Заложни поверилац није дужан да му је донесе. С друге стране пак залагач није обавезан први да плати дуг, већ може да тражи, да му се једновремено и залога врати, чим он положи новац.

4. Још једну дужност има у немачком праву заложни поверилац, о којој међутим Грађански Законик не говори изречно. То је дужност, да неодложно извести залагача о пропасти или штети, која би ствари претила, под условом наравно, да је тај извештај могућ. Иначе заложни поверилац има право да залогу одмах изложи продаји, ако би тиме његова тражбина била доведена у питање, или ако би то иначе било потребно. Продају може извршити и преко посредника, ако ствар има берзанску или пијачну вредност, и то по текућој цени. И ако Грађ. Законик није прописао ништа за овај случај, ипак треба узети да и ова дужност јављања и продаје постоји, сходно основном начелу израженом у § 317 о чувању ствари. Савесан и брижљиви чувар мора све мере да предузме да би сачувао ствар од пропасти и оштећења, а једна је од тих мера и благовремена продаја, нарочито ако би услед смањења вредности ствари претила опасност и безбедности заложног права. Да оваква обавеза постоји и у српском праву види се по закону од 1.-X.-1872, којим се обавезују банке, које дају новац на залоге, да у случају кад ствари прети опасност од кvara или пропасти извести залагача, тако да ако он у

¹ У § 288 Пројекта Кривичног Законика одређена је за јавне зајмодавце, који би се неовлашћено служили залогом, казна до године дана затвора, или до 1000 дин. новчане казне.

року од 24—48 сахати не одреди шта ће се са залогом и не да допуну залогу или јемство, банка има право и дужност да ствар одмах изложи јавној продаји, пошто се претходно у присуству три лица констатује у каквом је стању ствар била. Што вреди за новчане заводе, вреди и за остале залогопримце.

5. Као особену евентуалну и нередовну дужност предвиђа § 314 наиме дужност повраћаја ствари сопственику њеном и пре редовног престанка заложног права, у случају кад залагач није био сопственик ствари и кад сопственик својинском тужбом тражи да му се ствар изда. Грађански Законик прописује у том случају да се заложена ствар има вратити правом сопственику. Сматра се наиме, да таква залога, конституисана од једног поп *dominus*-а, не важи и да се зато мора ствар издати правом сопственику. О правима законског повериоца у таквом случају већ је напред било говора.

8. Права заложног повериоца.

Заложни поверилац има два основна права, која проистичу из саме природе и циља заложног права. То су 1. *право на држање и чување залоге* све док дуг не буде измирен или заложно право другим неким начином не престане и 2. *право на намирење тиражбине из заложеног предмета* и то путем јавне продаје тог предмета. Другим речима права заложног повериоца свODE се на 1. *право на државину ствари* и 2. *право на продају ствари*.

1. Право на државину ствари.

По систему српског права и у опште модерног права заложно право заснива се тек предајом ствари заложном повериоцу у државину. Заложни поверилац има дакле у сваком случају и државину, односно детенцију ствари, која је дата у залогу. Та државина, према горе изложеним правилима, не мора бити искључива, већ се може јавити и у облику судржавине, нити мора пак бити материјална државина, т. ј. државина, коју би лично вршио заложни поверилац, већ се може вршити и преко повереника, преко трећег лица, које држи ствар заједнички за два или више повериоца.

Што се тиче садржине те државине, она се *исцрпљује* у чувању ствари. Заложни поверилац нема ни право на употребу ствари, ни право на привредно искоришћење ствари (§ 318), сем у случају кад је то право изречно одобрено. Такав споразум

странака је допуштен, али се он мора увек утврдити. Претпоставка је, према Грађанском Законику, да залога није *Nutzpfand*, т. ј. таква залога, која даје право и на користи од ствари. Ко противно тврди, тај треба то и да докаже. Немачко право прописало је у § 1213 став II, за ствари које по природи дају плодове, кад буду дате у искључиву државину заложном повериоцу, да се у сумњи узима да заложни поверилац има право и на плодове ствари. Ово не важи само за хартије од вредности (§ 1273 став II). Таква претпоставка у српском праву не постоји.

Немачко право садржи у § 1214 још један пропис, који се може примити и за српско право на случај да су странке уговориле, да заложни поверилац има право и на плодове ствари, а нису ништа изближе утврдиле о том праву повериоцем. Наиме по том пропису дужан је заложни поверилац да се стара о добивању плодова и да о томе полаже рачун. Примљени плодови у чистом износу урачунавају се у отплату дуга, пошто се претходно наравно одбије интерес, ако би га било. Ово важи наравно само за случај, да странке нису што друго уговориле. Странке могу уговорити и такво заложно право, при коме заложни поверилац има право на плодове у месту интереса. То је т. зв. *антикреза*. Такво право се може и у српском праву конституисати (в. § 318), јер Грађански Законик не забрањује такве уговоре, што се види и из § 834 став II, где су побројани сви забрањени уговори, међу које није убројана и антикреза.

Пошто заложни поверилац има државину ствари, то он ужива и све привилегије које државина даје, специјално има право на државинску заштиту. Заложни поверилац у српском праву није држалац ствари у техничком смислу те речи, већ је детентор, али је он држалац *права залоге* и зато ужива посесорне интердикте као и држалац ствари.

2. Право на продају ствари.

Ово је најглавније право заложног повериоца и са његовим реализањем заложно право развија тек своју потпуну садржину. Ово право проистиче из саме природе залоге, како је она у § 304 одређена, а о њему изречно говори и § 312 у вези са § 320. Право на продају залоге, то је у ствари право повериоца на првенствено намирење своје тражбине из заложеног објекта, реализано акцијом самог повериоца. Ово право на првен-

ствену наплату постоји под тим условом, да је и право на наплату тражбине пуноважно. Сама залога као таква не даје овлашћење, ако главна тражбина то овлашћење не даје. То се види из § 312 у коме стоји, да се намирење из залоге врши у случају, кад *дужник не плаћа свој дуг*. То исто се види и из § 320, а то проистиче у осталом и без нарочитог законског прописа из акцесорне природе заложног права. Самосталних стварно-правних овлашћења само на основу покретне залоге нема ни у немачком праву, ни у српском праву.

Право на продају залоге има у случају вишеструког залагања сваки заложни поверилац, под оним условима наравно, под којима је у опште продаја залоге допуштена. Ово право сматра Грађански Законик као једно *бићно правно овлашћење* и зато прописује у § 843 став II последња реченица, да би сваки споразум странака, којим би се то право искључило, био ништаван.

а) *Услови за продају залоге.*

1. Први услов за продају залоге јесте, да је тражбина, која се има намирити, једна новчана тражбина, односно да је претворена у новчану тражбину. Овај услов је разумљив. Он проистиче из саме природе заложног права и у Грађанском Законику није изречно ни споменут.

2. Други услов за продају залоге јесте, да је тражбини, која је залогом обезбеђена, прошао рок. Рок тражбине одређује се према општим принципима тражбеног права, који су и овде меродавни, кад има да се утврди, да ли је тај рок дошао или не.

3. Трећи услов јесте у погледу саме продаје, да се она има вршити са знањем „суда“ (§§ 312 и 320) или са знањем „власти“ (§ 843 став I). Што се тиче ове продаје, ту постоје у главnome два система. По једном продаја се вршила судским путем, по правилима која у опште важе за извршење судских одлука. Заложни поверилац је имао да подиже редовну тужбу и тражи осуду дужникову. Кад је пресуда постала извршном, онда се она извршивала по општим прописима. Овакав систем имало је новије немачко право све до Грађанског Законика од 1900 године. Једино у корист неких јавних штедионица и кредитних завода постојала је привилегија, да могу сами продавати залоге. Овај први систем важи у српском праву за хипотеку.

У римском праву важио је супротан систем. Залогу је продавао сам заложни поверилац без учешћа власти. Продаја није

морала бити јавна, само је заложни поверилац био дужан да претходно извести залагача. Тај систем у неколико само измењен, има данашње немачко право. Продаја залоге врши се и без судске пресуде, али се врши јавно и преко нарочитог од државе овлашћеног аукционатора.

У српском праву продаја се врши без пресуде судске, без учешћа судских власти, али са знањем суда или по правилу, полициске власти. Грађански Законик није расправио врло важно питање, да ли продаја мора бити јавна, путем надметања, или заложни поверилац може ствар да прода и из приватне руке. У § 320 стоји, да заложни поверилац има право са знањем суда заложену ствар продати. Иста таква одредба постоји и у § 843. Отуда се може извести закључак, да Грађански Законик не сматра јавну продају, путем надметања, као једино допуштени начин претварања залоге у новац, већ да је и приватна продаја допуштена, само има да се извести суд или полициска власт. Овакав систем је врло рђав и опасан по интересе залагача и зато треба овај недостатак српског права уклонити. Пракса оних банака, које дају зајмове на залог, међутим таква је, да се увек продаја врши јавним надметањем у присуству полициског органа. Продају врши сам заложни поверилац у присуству грађана и полициског органа. Ову праксу би требало и озакоњити, јер она одговара стварним потребама. Њоме се дају гаранције залагачима, да неће имати велике штете, ако би били у немогућности да откупе залог. Још боље би било, кад би се поставила нарочита лица, чија би дужност била да врше ове продаје, као што је то случај у немачком праву.

4. Немачко право има још неколико корисних одредаба, које би добро било унети и у српско право. Неке од њих се у осталом већ и практикују. Тако је случај са прописом немачког права (§ 1234), да се залагач има прво да опомене и да му се достави до знања, да ће се залога изложити продаји, ако не буде откупљена. Опомена се даје наравно тек кад прође рок исплати. После опомене није допуштена продаја све док не протекне месец дана од дана учињене опомене. А ако се опомена не да извршити из ма ког разлога, онда се рок од месец дана рачуна од дана, кад је истекао рок плаћања тражбине. Оваку праксу имају данас новчани заводи, само што они врше опомену једним општим позивом преко новина и ако према Грађанском Законику нису ни на то обвезани.

Даље у немачком праву мора се продаја у напред објавити са тачним назначењем места и времена продаје и са општим означањем ствари, која се продаје. У српском праву постоји према обичајном праву иста таква дужност, ма да у Грађанском Законику она није санкционисана. Три пута се објављује продаја преко Српских Новина. Продаја се врши само за готово. Надметач може бити и заложни поверилац и залагач. Продају врши нарочито лице, незаинтересовано, па се то могло допустити. У српском праву нема прописа о томе, и како продају врши сам залагач, треба узети да он нема права надметања, да би се избегле евентуалне злоупотребе.

Право на продају залоге и намирење из њене продајне цене не искључује право заложног повериоца да се наплаћује из осталог имања дужниковог. Питање је само, да ли он може тражити наплату и ако држи залог? У немачком праву (§ 777 С. Р. О.) не може безусловно, јер лични дужник има право да тражи да се поверилац прво намири из залоге, под условом да је он тај био који је дао залог. У српском праву нема прописа о томе, али изгледа логично допустити овај приговор дужнику. У том смислу може се навести § 321 други део, где се право заложног повериоца да тражи наплату од личног дужника ставља тек на II место.

Право на продају залоге појављује се на првом месту као правно овлашћење заложног повериоца, али је оно у исто време и једна обавеза заложног повериоца, и то обавеза у нарочитом смислу те речи. Наиме заложни поверилац дужан је да се намири из залоге искључиво на тај начин, што ће залогу изложити продаји и продајну цену употребити на исплату дуга. Он нема право да по истеку рока задржи залог за себе у место исплате дуга. То право он не може да прибави ни споразумом са залагачем. Грађански Законик је узео у заштиту залагаче, да не би у нужди уступали ствари у својину, које иначе не би хтели отуђивати, па је прописао да је ништаван уговор између залагача и заложног повериоца, којим се утврђује, да залога има припасти заложном повериоцу у случају да не буде откупљена о року. Такав споредни споразум, познат у римском праву под именом *lex commissoria* ништаван је, јер се сматра као противан природи заложног права (§ 843 став II). У старијем римском праву била је овака клаузула допуштена, али је у Јустинијановом праву забрањена. Исто тако према већ наведеном § 843 забрањен је и ништаван сваки споразум странака у том

смислу, да поверилац може залогу задржати за себе по једној одређеној вредности или да је може продати по у напред одређеној цени. Па је забрањен и ништаван уговор о томе, да дужник никад не може откупити залогу, јер би се тим уговором изиграо горе поменути пропис о забрани преласка својине на заложног повериоца. Али је забрањен и ништаван и такав споразум, којим би се *одузимало* заложном повериоцу право да залогу изложи продаји (§ 843).

Ови споразуми о другојачијем реализању заложног права а не путем јавне продаје према § 843 ништавни су само у том случају, кад су закључени пре него што је дошло време исплати тражбине. Истина то није изречно предвиђено у Грађанском Законику али се то претпоставља а може се у осталом извести и из текста § 843, по коме се види, да се замишља, да су ти споразуми углављени приликом заснивања заложног права. Разлог је још и то, што се нема чега бојати, да се накнадно такав споразум допусти, кад залагач не зависи више од заложног повериоца.

б) *Дејство продаје залоге.*

Са продајом залоге наступају извесне последице, које у главном повлачи свака продаја. На првом месту купац на јавној продаји прибавља заложену ствар у својину, и то чим му се ствар уступи, чим продаја остане на њему и он положи цену. Пуноважност прибављања својине зависила је у пандектном праву од тога, да ли је залагач био сопственик, т. ј. да ли је заложни поверилац имао пуноважно право залоге. У данашњем немачком праву примењују се аналого прописи о прибављању својине. У српском праву принцип је несумњиво, да за прибављање својине путем продаје залоге, — треба да важи услов, да је заложно право било пуноважно, т. ј. да је залагач био сопственик. Иначе ма како да је савесан, заложни поверилац није прибавио пуноважно заложно право. Али ако је залога била продата јавним надметањем, онда се примењује § 221, према коме, као што је напред изложено, савесни надметач и купац прибавља својину и онда, кад је ствар била туђа. Ако би заложни поверилац продао ствар испод руке, приватно, онда наравно примени § 221 не би било места.

Са продајом залоге престају сва стварна права, која би у рангу била доцнија од заложног. Она пак са рангом пре за-

логе имала би се наравно прва измирити. Сукоб појединих права је овде ређи, јер су ређи случајеви вишеструког залагања.¹

Што се тиче продајне цене, она се употребљује на исплату трошкова, а затим на измирење тражбине, обезбеђене залогом. Ако би што преостало, тај остатак (*hyperocha*) предаје се залагачу, односно оним лицима, која би прибавила стварно право на остатку (321). Ако добивена сума не би била довољна за измирење тражбине, поверилац се има обратити личном дужнику за остатак или мањак.

3) Право на допуну залогe.

Поред ова два основна права која постоје у сваком случају, заложни поверилац има још једно особено, евентуално право, о коме говори § 316, а то је право на допуну залогe, ако би заложена ствар ма којим узроком, за који није одговоран заложни поверилац, изгубила од своје вредности толико, да не би била довољна да обезбеди тражбину. У таквом случају заложни поверилац има право да тражи другу довољну залогу. Грађански Законик није предвидео, какве ће последице имати опирање дужниково, да да ту другу залогу. Логично би било признати повериоцу право, да одмах тражи наплату дуга, али како Грађански Законик то није учинио, значи да овај нема то право.

9. О преносу и о залагању заложног права.

Пошто је заложно право једно споредно, акцесорно право, то се оно само за се не може преносити.

Пренос заложног права врши се према томе искључиво са преносом тражбине, која је залогом обезбеђена. При томе важи правило, да са преносом тражбине у начелу прелази и заложно право на новог повериоца, и ако то изречно није уговорено. Само у случају кад би странке изречно утврдиле, да се тражбина преноси без залогe, само у том случају не бива и прелазак заложног права, већ ово престаје важити по самом закону. Ово правило, да заложно право прелази по самом закону на прибавиоца тражбине, изречено је у § 867 Г. З.: „Уступитељ преноси на пријемника сва своја права; и зато пријемнику иста и припадају.“ Што се тиче преноса тражбина, важе општи прописи о цесији тражбина. Према томе нити је потребан пристанак зала-

¹ О сукобу између појединих заложних права видети Ж. Перих, Грађански Судски Поступак, стр. 68 и даље.

гачев, нити је пак нужна предаја залогe, јер по самом закону прелази заложно право, чим се изврши пренос тражбине. Истина ово друго питање је мало сумњиво, с обзиром на захтев српског права да се изврши и традиција ствари, да би се прибавила залога, али је ипак логичније узети, да пријемник стиче одмах са тражином и залогу и да по том основу може да тражи да му се и преда ствар.

Што се тиче залагања залогe, т. ј. заложног права, ту постоје два разна система. Нека права, као на пример немачко право (§ 1274), не допуштају у опште залагање залогe, т. ј. давање залогe у залогу, т. зв. *пазалога*, исто онако као што није допуштено уступање самог заложног права без тражбине, која је залогом обезбеђена. И зато је у место залагања заложног права или залогe допуштено *залагање* тражбине, које повлачи и залагање залогe, исто онако као што *уступање* тражбине повлачи за собом уступање и заложног права.

Овакав систем је логичан и стоји у сагласности са природом заложног права, као једног *акцесоријума*. Заложни поверилац нема никакво овлашћење у погледу ствари, све док рок не дође, сем јединог права да чува и држи ствар, па не може имати право ни да залаже. Друга права пак, као на пример српски Грађански Законик, по угледу на аустриско (§ 454) и раније пруско право (A. L. R. I, § 127 ff) допуштају залагање саме залогe. У § 313 Грађанског Законика изречно је предвиђено да се допушта и давање *залогe* у *залогу*, али само по пристанку господара ствари. Грађански Законик је сматрао, да је залагање једна врста поверења према заложном повериоцу и да без пристанка залагача не сме заложни поверилац да је преда другом неком у залогу. Овим прописом из § 313 Грађански Законик је створио сукоб између права сваког повериоца да слободно располаже својом тражином у облику преноса, сем у случају кад је у питању једна чисто лична тражбина, па је према томе може и заложити, које залагање повлачи и залагање залогe (пазалогу) — и права залагача из § 313, да захтева, да залога остане у рукама првобитног заложног повериоца. Јер ако залагач изречно или прећутно не пристане на то, да се залога сме дати у даљу залогу, заложни поверилац нема то право, према § 313. Сукоб се у таквом случају појављује између прибавиоца заложног права на тражбини, који је по самом закону прибављао са тражином и заложно право, и залагача, који није допустио да

се залога преда другоме. Исти сукоб постоји и у случају преноса тражбине, када по самом закону (§ 867) прелази и заложно право.

По данашњем систему остаје да се тај сукоб реши на тај начин, што ће заложни поверилац бити дужан да чува ствар за *обојицу*, као повереник новог повериоца и као првобитни поверилац. Овако решење је и у пруском праву било примљено (R. G. E. Bd. 7, S. 194).

У случају преноса тражбине и преласка заложног права на новог повериоца, кад овај добије залог, он прима и према залагачу све обавезе у погледу заложеног предмета. У немачком праву према § 1251 одговара преносилац тражбине залагачу за обавезе примаоаче као солидарни јемац. Да ли то право може и по Грађанском Законику да се прими? Треба правити разлику. Ако је залога са пристанком залагачевим прешла у руке новог прибавиоца, тај пристанак покрива преносиоца. Према томе он није одговоран за радње прибавиоаче. Иначе ако је и без пристанка залагачевог прибавилац тражбине примио и залог, била би умесна горња одредба, и она бесумње постоји, пошто се радња заложног повериоца појављује као једна недопуштена радња, која заснива одговорност за све евентуалне последице.

10. Престанак заложног права.

1. Заложно право као акцесорно право престаје на првом месту са престанком тражбине, која је залогом обезбеђена. Чим тражбина престане, самим тим је заложно право сасвим излишно постало. Равнодушна је ствар како је тражбина престала. Грађански Законик предвиђа у § 325 само један случај престанка тражбине услед *исплате* дуга, па прописује, да тада залога престаје. Али то исто важи за престанак тражбине услед исплате, важи и за остале случајеве престанка тражбине. Изузетак постоји само у случају застарелости тражбине.

Застарелост тражбине не губи се право да се наплата изврши из заложеног предмета. О томе говори § 936. Ово у ствари и није изузетак, јер застарелост не чини да тражбина престаје. Она одузима само овлашћење да се тражи наплата. А кад се измирење тражбине може добити и без тражења од повериоца, тиме што ће се залога продати, разумљиво је да застарелост нема за последицу престанак заложног права.

2. Заложно право престаје у случају кад заложена ствар пропадне, кад нестане предмета заложног права (§ 323).

3. Заложно право престаје и у случају кад заложни поверилац врати ствар залагачу. Самим тим престаје заложно право, јер се прекида она веза између ствари и лица, која постоји код заложног права (§ 323). Ако се залога налази код залагача претпоставка је, аналого правној претпоставци код државине, да ју је заложни поверилац вратио (§ 1253 став II нем. грађ. законика). Немачко право прописало је у § 1253 став I, да нема важности изјава заложног повериоца, да он задржава право залогa, и ако је повратио ствар залагачу. Исто правило постоји и у српском праву, јер и оно сматра захтев традиције при заснивању залогa као један пропис принудног а не диспозитивног права. Међутим у § 323 стоји, да је повратио ствар *безусловно*. То треба схватити тако, да није дао само привремено и за релативно кратко време.

4. Заложно право престаје по истеку одређеног рока, ако је уговорено да ће трајати само извесно одређено време, макар да тражбина у таквом случају и даље постоји (§ 324).

5. Заложно право престаје у случају кад се заложни поверилац одрекне свог права залогa, ма да тражбина и даље постоји (§ 323). Изјава о одрицању има се учинити пред залагачем и не мора бити праћена непосредним повраћајем залогa. Повраћај се може и доцније извршити. Она се не може опозивати. Наравно да једнострано одустанак заложног повериоца има само у том случају за последицу престанак права, кад заложно право није оптерећено правима трећих лица.

6. Заложно право престаје најзад *стицајем* права својине и права залогa на једној истој ствари. О овом случају престанка не говори Грађански Законик али је он несумњив, јер проистиче из природе заложног права на туђој ствари. Престанак не наступа у оваквом случају стицаја само тада, ако би заложно право било оптерећено правима других лица, или ако би сопственик имао интереса на даљем опстанку заложног права.

Б) Заложно право на правима.

Књижевности: Horn, Rechte als Objekte des Pfandrechts (1897); Hellwig, Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen (1883); Geiseler, Das Pfandrecht an Forderungen (1889); Polzin, Pignus nominis und Pfandrecht an Forderungen (1902).

Предмет заложног права могу бити и сама субјективна права. Права се сматрају по Грађанском Законику као имовински

објекти, као ствари у правном смислу те речи (§ 184), па се према § 305 она могу и заложити. Права се у начелу сматрају као покретне ствари, сем у случају кад су везана за непокретности, па се зато и заложно право на правима у начелу третира као заложно право на покретностима, наравно у колико особена природа оваког заложног права не би захтевала какво одступање.

Код питања, која права могу бити предметом залогe постоји поред оног општег услова, који важи и код заложног права на стварима („да ствари имају имовинске вредности“), да право има имовинске вредности и тај услов, да је право *преносиво*, да се може одвојити од титулара права и пренети на другогa. Из овога проистиче, да она права, која су непреносива, не могу бити предметом залогe. Овај услов проистиче из саме природе заложног права и мора се сматрати као законски услов, и ако није у Грађанском Законику изречно предвиђен. Како би се иначе могло реалисати заложно право, ако би оно право, које је предмет залогe, било непреносиво? Немачки законик у § 1274 Abs. 2 изречно је поставио то правило („Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden“).

Што се тиче прибављања заложног права на правима, потребно је наћи извесно срeство, да се титулар залогe доведе у такав однос према праву, да он добије неку власт према праву, сличну оној која постоји код заложног права на стварима. Ако је право констатовано једном исправом, онда се залога прибавља са стицањем државине на тој исправи. Ако право није констатовано једном исправом, која би имала такав значај, да се прибављањем права на папиру прибавља и стиче и право из папира — онда се мора тражити други неки модус. Тај је модус као и код ужитка на правима нађен у томе, што је заложни поверилац код питања о прибављању залогe на једном праву изједначен са једним пријемником права, са цесионром, са оним који прибавља право путем преноса. Сва правила која важе за пренос права, примењују се и на залагање права, на прибављање заложног права на правима. Ово је правило изречно предвиђено у немачком грађ. законикy (§ 1274) а важи несумњиво и у српском праву, пошто је сагласно са природом заложног права и начином његова прибављања у опште.

Са залагањем једног права стиче заложни поверилац у начелу сва она овлашћења, која добива и цесионар приликом при-

бављања права, али наравно са оним ограничењем и оним оступањима, која захтева природа заложног права. Вршење тих овлашћења бива у једном одређеном циљу — да се подмири тражбина која је залогом обезбеђена, док код цесије права вршење је само себи циљ.

Особени прописи постоје за залагање тражбина, т. ј. таквих права која су управљена према једном одређеном лицу а садржина им је давање или чинење какво од стране тог лица. Пуноважност једног заложног права на тражбини условљена је тиме, да је дужник по тој тражбини извештен о залагању. Ово правило постоји несумњиво и у српском праву, аналого §-у 868 Г.З., по коме цесија тражбине важи према дужнику тек од тренутка, кад му се саопшти.

Кад се прибави заложно право на једној тражбини, онда је правни положај заложног повериоца и залагача (повериоца тражбине) према залози овако одређен: И један и други имају право да захтевају, да се тражбина испуни само према *обојници* заједнички. Исто тако и дужник по тој тражбини може пуноважно свој дуг измирити само према обојници заједнички. У место захтева да се тражбина измири према обојници заједнички, свака страна има право да тражи, да се дуговани предмет депоиује за обојницу, или ако није погодан за депоновање, да се преда нарочитом чувару на чување за обојницу (§ 1281 немачког законика).

Ова правна овлашћења трају у овом облику све док заложни поверилац не стекне право да залогу изложи продаји. Чим буду испуњени услови, под којима заложни поверилац може залогу да изложи продаји, мења се правни положај заложног повериоца и залагача према тражбини. Од тог тренутка само заложни поверилац има право да заложеној тражбину наплати; исто тако дужник може од тог момента само према заложном повериоцу да испуни тражбину пуноважно.

Наплату новчане тражбине врши заложни поверилац наравно у оној висини, у колико је за подмирење права, које је залогом обезбеђено, потребно. Али је заложни поверилац дужан да се стара о благовременом и исправном реалисању тражбине и за небрежење и кривицу у том погледу одговоран је. У место наплате тражбине заложни поверилац може и да прими тражбину у њеном износу као исплату дуга — *datio in solutum* (§ 1282 немачког законика).

Осим овог овлашћења да наплаћује тражбину, заложни поверилац има још и овлашћење на отказ тражбине. Он сам може тражбину да откаже, чим буду испуњени услови под којима има право на продају залоге. Отказ пак од стране дужника да би био пуноважан, потребно је да се учини пред заложним повериоцем и повериоцем тражбине. Друга нека овлашћења осим ова два, заложни поверилац нема. Кад дужник буде испунио тражбину, опет наступа промена у правним односима. Заложни поверилац губи право залоге на тражбини, јер тражбине више нема, али стиче право залоге на оним предметима, који су дати у циљу испуњења тражбине. Својину на тим предметима прибавља међутим досадашњи поверилац тражбине. Од заложног права на једном праву постаје заложно право на ствари, сем у случају кад је у питању новчана тражбина, јер тада заложни поверилац стиче својину на наплаћеном новцу а у висини суме која је залогом била обезбеђена.

Код продаје права, које је предмет залоге, постоји у немачком праву одступање од општег правила из покретне залоге да продају врши и без пресуде нарочити орган јавни, а на захтев заложног повериоца. Код заложног права на правима продаја се може вршити само на основу извршне судске пресуде, која мора претходно да се прибави (§ 1277). У српском праву не постоји овака изузетна одредба и зато се примењују општи прописи.





